

SECCIÓN DOCTRINAL

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

Relatores: DR. EDUARDO MANGIALARDI**
DR. NORBERTO JORGE PANTANALI***
DR. ENRIQUE JOSÉ QUINTANA****

Fecha de recepción: 1° de noviembre de 2006

SUMARIO (Segunda parte)

El proyecto genoma humano y el seguro de personas

- IV. El proyecto genoma humano
- V. La discriminación
- VI. La discriminación genética y el seguro
 - La reticencia
- VII. La cuestión en la legislación extranjera
- VIII. Respuestas al cuestionario dadas por los distintos países consultados

* Viene de la primera parte del informe general al cuestionario de las secciones nacionales AIDA – XII Congreso Mundial de Derecho de Seguros – Buenos Aires, octubre de 2006, realizado por la Asociación Argentina de Derecho de Seguros. Primera parte publicada en la *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 25.

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

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

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

Consideración del cuestionario

1. En su país: ¿se ha dictado alguna legislación con relación al Proyecto Genoma Humano? En caso afirmativo, se servirá hacernos llegar una síntesis de sus aspectos más importantes
2. En su país: ¿se ha dictado alguna legislación con relación al Proyecto Genoma Humano y el seguro de personas (vida)? En su caso, se servirá hacernos llegar una síntesis de los aspectos más importantes
 - Alemania
 - Australia
 - * El uso de la información genética en los seguros
 - * El seguro personal en Australia
 - ◆ Seguro de vida por plazo determinado
 - ◆ Seguro de protección de ingresos (o seguro de invalidez)
 - ◆ Seguro de trauma o crisis
 - ◆ Seguro de enfermedad y accidente
 - ◆ Seguro de viaje
 - * Seguros evaluados individualmente y colectivamente
 - * Obligación del solicitante de suministrar la información
 - * Decisión de la aseguradora
 - * Aceptado en términos estándares
 - * Aceptado en términos no estándares
 - * Diferida rechazada
 - * Obligación de la aseguradora de justificar sus decisiones
 - * Agentes y corredores
 - * Actuarios y aseguradoras
 - * La información genética en los seguros
 - * Recopilación de información sobre el estado general de la salud
 - * Obtención de datos genéticos
 - * Información de los antecedentes médicos familiares
 - * Información de pruebas genéticas
 - * Política sobre el uso de datos genéticos
 - Bélgica
 - Dinamarca
 - Francia
 - Grecia
 - Portugal
 - Suiza

3. En su país: ¿existe legislación específica respecto de la discriminación? En caso afirmativo: ¿la discriminación por caracteres genéticos se encuentra incluida en la misma?
4. La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla la posibilidad de que los aseguradores soliciten, a sus eventuales asegurados, un examen genético, previo a la contratación de un seguro de vida? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa sección nacional, teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, estos exámenes sólo darán probabilidades de contraer enfermedades.
5. La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla que los eventuales asegurados tienen un «derecho a no saber» y que por tanto sería arbitrario hacerlos someter a un examen genético, previo a la contratación de un seguro de vida? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa sección nacional.
6. La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla el caso de que si los aseguradores pudieran solicitar exámenes genéticos previos a la contratación de un seguro de vida, ello haría variar los cálculos actuariales? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa sección nacional.
7. En caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuere afirmativa: la legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla que el examen genético debe solicitarse igualmente al eventual asegurado, o entiende que los derechos individuales de éste deben prevalecer sobre los intereses económicos de los aseguradores? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa sección nacional.
8. La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿considera factible que una aseguradora interrogue a su eventual asegurado sobre si se ha realizado un examen genético, previo a la contratación de un seguro? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa sección nacional.
9. La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla el caso que si el eventual asegurado se ha realizado un examen genético, previo a la contratación del seguro, e interrogado por el asegurador responde negativamente, incurre en retención? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa sección nacional.
10. La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿considera legal que las aseguradoras formen dos grupos de riesgo; uno con aquellos asegurados que se han realizados un examen genético y otro con los que no? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa sección nacional.

11. La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿considera que si se dictara una legislación que prohíba obligar a un eventual asegurado a realizarse un examen genético, previo a la contratación de un seguro, los seguros de vida sufrirían una merma en su producción? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa sección nacional.
 12. La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla el caso que de realizarse exámenes genéticos, previos a la contratación de un seguro de vida, ello disminuiría el *a/ea* del contrato, de forma tal que pudiera llegar a desaparecer? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa sección nacional.
 13. La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla el caso que si a los aseguradores se les prohibiera solicitar el examen genético, previo a la contratación de un seguro, los asegurados, que conozcan su condición genética, lo podrían utilizar en perjuicio del asegurador? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa sección nacional.
 14. La legislación de seguros vigente en su país, o la jurisprudencia existente, ¿tiene forma de impedir tales eventuales perjuicios, ya sea a través de la reticencia o de alguna otra forma? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa sección nacional.
- IX. Declaraciones y convenios supranacionales
- a. Declaración universal sobre el proyecto genoma humano y los derechos humanos
 - b. Convención de Oviedo
 - c. Declaración universal de bioética y derechos humanos

Bibliografía

IV. EL PROYECTO GENOMA HUMANO Y EL SEGURO DE PERSONAS

El proyecto genoma humano

El Proyecto Genoma Humano es, según los científicos de AMGEN Internacional, un programa de investigación a nivel mundial para determinar la localización precisa de los 50 000 a 100 000 genes que se estima forman el genoma humano, así como para descifrar completamente las instrucciones genéticas contenidas en el DNA humano y determinar para qué sirven cada uno de nuestros genes.

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

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

Finalmente, el tercer nivel de complejidad del proyecto genoma implica la secuenciación del DNA. La secuencia exacta de nucleótidos dice a los investigadores no sólo donde se localiza el gen, sino también cómo el gen puede dar lugar a una enfermedad determinada. Volviendo a la analogía del mapa: si el mapa genético nos muestra un barrio, y el mapa físico nos sitúa una calle, la secuencia de DNA encuentra la casa, y nos

describe no sólo la fachada, sino incluso qué hay en su interior. Esta información tan detallada permite identificar errores a nivel del código genético, y por consiguiente puede permitir que se diseñen las estrategias necesarias para subsanar el error, esto es, curar la enfermedad originada por dicho error.

En estos últimos años la tecnología de secuenciación del DNA ha progresado, se ha automatizado y se ha hecho menos costosa. Los científicos pueden ahora secuenciar más de 15 millones de pares de bases por año (el genoma humano tiene alrededor de 3000 millones). Se ha conseguido obtener las secuencias genéticas completas de muchos organismos —entre los que se incluyen bacterias y levaduras—. El día 6 de abril de 2000, la empresa de biotecnología, Celera Genomics, anunció que alcanzó la secuenciación del genoma humano. En verdad se trata de un primer borrador del mismo, que será correcto en un 85% del total. En el mes de abril de 2003 los científicos han anunciado que el mapa genético ha sido completado.

No obstante, la obtención de una información tan poderosa puede desencadenar importantes dilemas éticos. Por ejemplo, ¿las compañías aseguradoras, los empleadores, la medicina prepaga, podrán tener acceso a la información genética de sus asegurados, trabajadores y clientes? Si un test pudiera decirle que puede o no desarrollar una enfermedad incurable, ¿desearía someterse a dicho test? Como consecuencia, además de su objetivo técnico de mapear completamente el genoma humano y diseñar las herramientas para analizar esta información, el Proyecto Genoma Humano ha creado también, foros de debate para explorar las implicaciones no médicas de este proyecto y servirá como terreno de formación básica para estudiantes y científicos.

Es por ello que en la Reunión internacional sobre el derecho ante el Proyecto Genoma Humano (Bilbao, España, mayo de 1993) se emitió la llamada “Declaración de Bilbao” en la que se manifestó expresamente, el

“Rechazo a la utilización de los datos genéticos que originen cualquier discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, del seguro o en cualquier otro”.

Esta declaración había sido precedida ya por la de Valencia de 1990 en la que se dijo que,

“Como principio general, la información genética sobre un individuo debería ser obtenida o revelada sólo con autorización de dicho individuo o de su representante legal. Cualquier excepción a este principio requiere una fuerte justificación legal y ética”.

En junio de 1991, el Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia se pronunció en favor de una reglamentación de la técnica de estudios genéticos.

“Para evitar cualquier abuso el comité entendió que debe prohibirse a los terceros (especialmente empleadores y aseguradores), no sólo tener acceso a los datos contenidos

en el registro de información genética, sino también reclamar a los interesados que se los provean”¹.

Ya en 1989, el Parlamento Europeo había adoptado una resolución sobre los problemas éticos y legales que presentaba la ingeniería genética², que favorecía la total prohibición del uso de pruebas genéticas y de la información genética en el seguro:

“las compañías de seguro no tienen derecho a exigir la realización de pruebas genéticas antes o después de formalizar un contrato de seguro ni de exigir que se informen los resultados de pruebas de este tipo que ya hubieren sido conducidas; y el análisis genético no debería ser requisito para la formalización de un acuerdo de seguro, estableciendo que el asegurador no tiene derecho a ser notificado por el titular de la póliza sobre todo dato genético del cual este último tuviera conocimiento”.

Como podemos ver, los principales riesgos de discriminación genética surgen, en principio, del trabajo y del seguro. Y no es raro que así sea, ya que si pensamos que la información genética fuera utilizada por aseguradores y empleadores, estaríamos ante una nueva categoría de personas discriminadas, que en algún momento fueron catalogados como los “parias del año 2000” y que yo me atrevería a llamarla la de los “muertos en vida”. Imaginemos, simplemente, una persona que no pueda trabajar, que no tenga acceso a los seguros de vida y de salud, y el resultado será uno solo, esto es gente discriminada y desesperada. Se dará entonces:

“una situación que denominamos la exclusión en derecho, encarnada en sujetos que a partir de ciertos hechos quedan marginados excluidos, de la utilización de la herramienta “ordenamiento jurídico” en diversos aspectos³.

V. LA DISCRIMINACIÓN

Discriminar significa “separar, distinguir”, conforme lo define el *Diccionario enciclopédico Codex*, pág. 481, editorial Codex, año 1961. En un sentido más amplio significa:

“el trato diferencial de los individuos a quienes se considera como pertenecientes a un grupo social determinado”⁴.

En la República Argentina la cuestión de la discriminación está tratada en la Ley 23.592 (AdLA XLVIII-D-1988), sancionada el 3 de agosto de 1988, promulgada el 23 de

1 “Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Aspectos jurídicos del Proyecto Genoma Humano”, ED, t. 153, págs. 929/945.

2 O.J. C96, 17 de abril de 1989.

3 GHERSI, CARLOS A., “La posmodernidad jurídica”, diario *La Ley*, 8 de mayo de 1997, año LXI, n° 88).

4 KIPER, CLAUDIO MARCELO, “La discriminación”, *La Ley*, t. 1995-B, págs. 1025/1034).

agosto de 1988 y publicada en el BO el 05 de septiembre del mismo año, la que en su artículo 1° establece que,

“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

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

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

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

“...la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos y garantías tutelados en esta Constitución...”⁵.

VI. LA DISCRIMINACIÓN GENÉTICA Y EL SEGURO

El seguro ha sido y es un gran adelanto para la humanidad, ya que a través de él se logra trasladar los riesgos que se corren en forma individual, hacia una comunidad de asegurados que los soportará en forma conjunta, con la contraprestación de un pago en dinero, llamado prima. Los aseguradores, que son los que organizan y administran esa

5 “Conf. KIPER, MARCELO C., obra citada.

comunidad de asegurados, intentan que exista una equivalencia entre prima y riesgo y cuanto más se disminuyan estos últimos, más se beneficiarán ya que la prima podrá disminuir en la misma proporción que disminuya el riesgo, o de mantenerse el valor de la misma, aumentarán las ganancias del asegurador.

Es por ello que la discriminación genética en el derecho de seguro se dará, con seguridad, en los seguros de personas (vida, muerte, accidentes) y en el seguro de salud y en la medicina prepaga. En todos los casos los aseguradores tratarán de disminuir el riesgo al máximo posible, intentando conocer con antelación, a través del mapa genético del eventual asegurado, no sólo si está enfermo, sino la posibilidad de que esto suceda.

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

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

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

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

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

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

asumieron algunos aseguradores ingleses, en el año 1999, que sometieron, en secreto, a sus potenciales clientes a exámenes que les permiten determinar los riesgos genéticos a los que están expuestos para limitar los alcances de las pólizas⁶.

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

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

Entramos así en el campo de los derechos de la personalidad del asegurado, entendiendo que éstos deben prevalecer por sobre los intereses del asegurador e, inclusive, sobre el de la comunidad de asegurados, ya que si bien sería legítimo el interés de todos y cada uno de ellos en que las primas sean los más reducidas posibles,

“a ese interés material se contraponen el personal de esos mismos asegurados en no tener que revelar su condición genética⁷.

Se intenta así, proteger los derechos personalísimos de los asegurados dentro de los que se encuentran el de igualdad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad. Se trata, entonces, de reconocer:

“la existencia de un derecho de autodeterminación informativa... que garantiza al potencial asegurado la decisión sobre la realización de un examen genético y, en consecuencia, sobre la posible utilización de los datos genéticos⁸.

Y esto es así ya que como lo sostiene el autor citado, siguiendo a PÉREZ LUÑO, existe un “derecho a no saber” o un “derecho al desconocimiento”. Imaginemos, por un momento que para contratar un seguro se nos exija hacernos un examen genético del cual surjan una serie de probables enfermedades genéticas, que pudieran llegar a ocasionarnos la muerte en un plazo determinado. Más allá de si ello ciertamente se producirá, podremos vivir como lo hicimos hasta el momento del examen o nuestra vida cambiará sustancialmente al comenzar a sufrir probables angustias, depresiones, etc. que pueden ser mucho más graves que la muerte misma.

6 Diario *Ámbito Financiero*, Buenos Aires, 28 de julio de 1999, 18, citando al “*The Independent*”.

7 Conf. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO, “El Código Genético y el contrato de seguros”, “El derecho ante el Proyecto Genoma Humano”, vol. III, pág. 41, Fundación BBV, Madrid 1994.

8 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO, ob. cit.

Es por ello que, sin lugar a dudas debe protegerse el derecho que tiene cada persona a:

“no tener que saber sobre sí mismo, más de lo que él mismo quiera”⁹.

Para ANDREA SIGNORINO BARBAT (Uruguay) la exigencia de exámenes genéticos por parte de la empresa aseguradora es legítimo en la medida que se recabe el consentimiento del eventual asegurado, y en tanto y en cuanto:

“el rechazo de la aceptación del riesgo resulte plena y profesionalmente fundado”¹⁰.

Una posición novedosa asume JOAQUÍN ALARCÓN FIDALGO cuando, hacia el futuro, habla de “la necesidad de un cambio de mentalidad”. Dice el prestigioso autor español:

“El cambio podría basarse en la cuestión de que no es que la información genética pueda ser utilizada (únicamente) para excluir de la cobertura enfermedades preexistentes o el tratamiento futuro de las mismas o para elevar las primas, sino que dichos test pueden ser utilizados para prevenir o tratar a tiempo las enfermedades e incluso para retrasar la aparición de la contingencia asegurada.

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

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

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

9 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO, ob. cit.

10 SIGNORINO BARBAT, ANDREA, “El genoma humano y el seguro de personas”, ponencia presentada en el IX Congreso Iberolatinoamericano de Derecho de Seguros, Guadalajara, México, marzo de 2006.

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

A efectos de fijar la reserva, es evidente que los test genéticos, en tanto descubren el presente-futuro significan asimismo un paso de gigante, dando consistencia a la fijación de los siniestros tardíos y evitando modelos abstractos no siempre acertados¹¹.

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

Distinto sería el caso del eventual asegurado que ya se ha hecho un examen genético y conoce sus resultados. Aquí, entendemos que el mismo deberá informar esta circunstancia a su asegurador ya que,

“además de la buena fe, que es un elemento esencial del contrato de seguros”¹²,

existe un deber de informar por parte del asegurado de todas las circunstancias por él conocidas, bajo apercibimientos de incurrir en *reticencia* (art. 5° Ley 17.418).

• **La reticencia**

En la República Argentina la reticencia se encuentra legislada en los arts. 5° a 9° y 130 de la Ley 17.418. El art. 5° define a la reticencia como:

“Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aún hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato...”.

11 ALARCÓN FIDALGO, JOAQUÍN, “El seguro de personas y el genoma humano”, ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Guadalajara, México, marzo de 2006.

12 HALPERÍN – MORANDI, “Seguros”, págs. 50/51, Depalma, 2ª edición, año 1991.

El artículo 130, con relación al seguro de vida, establece que la reticencia no podrá ser alegada, por el asegurador, transcurrido tres años, desde la celebración del contrato, excepto cuando fuere dolosa. A su vez, el art. 7° dispone que en los seguros de vida, cuando el asegurado fuese de buena fe y la reticencia se alegase en el plazo del art. 5° (3 meses de haber conocido la reticencia o falsedad), después de ocurrido el siniestro, la prestación se reducirá si el contrato fuese reajutable conforme el art. 6° (el reajuste puede imponerse al asegurador cuando la nulidad fuere perjudicial para el asegurado, en la medida que el contrato fuere reajutable a juicio de peritos y se hubiera celebrado de acuerdo a la práctica comercial del asegurador).

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

Esta postura ha sido reafirmada por la Sala I de la Corte de Casación francesa al decir que,

“Considerando, que para garantizar el pago de un préstamo otorgado por un banco, Gaëtan P., adhirió en 1990 a un seguro colectivo suscripto por el banco con la compañía Generali destinado a cubrir los riesgos de muerte e invalidez; que, en el formulario de adhesión él respondió negativamente a las preguntas: “¿Está afectado de una enfermedad? ¿Ha seguido o debe seguir un tratamiento regular cualquiera que sea? ¿Tiene otra cosa que agregar concerniente a su estado actual o anterior de salud?”; que para justificar el cese de su actividad laboral, a partir del 1° de marzo de 1991, y de su invalidez remitió al asegurador cuya garantía solicitó, un certificado médico que contiene la mención “seropositivo HIV después de 1989”; que luego demandó a la compañía Generali para que fuera condenada a tomar a su cargo la restitución del préstamo; que esta compañía, haciendo valer que el cese del trabajo fue consecuencia de la seropositividad de Gaëtan P., conocida por este último al hacerse el examen prenupcial, en agosto de 1989, reconvino por nulidad de la adhesión por reticencia o falsa declaración intencional por aplicación del artículo 113-8 del Código de Seguro; que luego de la muerte de Gaëtan P. en 1993, el proceso fue retomado por su esposa.

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

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

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

Por estas motivaciones:

Se rechaza el recurso.

Se condena a Mme. P. a las costas.

Pres. M. LEMONTEY; relator Mme. MARC; abogado general, Mme. PÉTIT; abogados M. BALAT, SCP *Peignot et Garreau*¹³.

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

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

VII. LA CUESTIÓN EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

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

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

13 KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "El seguro de vida y el seropositivo en la Corte de Casación francesa", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 20, "Seguros II", págs. 111/128, Rubinzal Culzoni, año 1999.

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

Aparece un contrasentido en las normas citadas, ya que se libera a los aseguradores de la prohibición de exigir pruebas genéticas o de solicitar sus resultados, justamente en el seguro de vida que es donde la información genética adquiere mayor relevancia.

En nuestra opinión, la cuestión está relacionada con la filosofía imperante en el mundo, esto es el posmodernismo. El filósofo español MANUEL FERNÁNDEZ DEL RIESGO dice que,

“En términos generales la posmodernidad se ha ido configurando en nuestro discurso por los siguientes rasgos: mentalidad pragmático-operacional, visión fragmentada de la realidad, antropocentrismo relativizador, atomismo social, hedonismo, renuncia al compromiso y desenganche institucional a todos los niveles, político, ideológico, religioso, familiar, etc. Todo ello es, en alguna medida, consecuencia de la derrota del ideal del racionalismo iluminista y científico positivista unificadores del proyecto moderno”¹⁴.

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

14 FERNÁNDEZ DEL RIESGO, MANUEL, “La posmodernidad y la crisis de los valores religiosos”, pág. 89, “En torno a la posmodernidad”, VATTIMO G. y otros, Anthropos, año 1994.

El posmodernismo es una filosofía que impera a nivel mundial. A diario es dable observar ejemplos en donde los valores objetivos se han perdido y todos los individuos o grupos tienen “razones” que son superiores a las de los otros. Cualquiera puede decir cualquier cosa, sin tener el más mínimo conocimiento de lo que dice. Ello nos confunde y nos hace perder de vista las cuestiones que tienen que tener primacía. Pendulamos de un extremo al otro y así en aras a la libertad económica, que no criticamos, se cercenan derechos de las personas hasta dejarlos prácticamente indefensos.

Como bien dice CARLOS A. GHERSI:

“Las relaciones jurídicas de apariencia que se generan en los años noventa —verbigracia igualdad de oportunidades— contrastan con las prácticas reales de la exclusión estructural y sistemática”¹⁵.

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

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

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

Más recientemente, en febrero de 2005, el Senado estadounidense aprobó la *Genetic Information no-Discrimination Act (S-306)*, que prohibiría a los aseguradores, tanto individualmente como en grupo, requerir o utilizar información genética en la contratación o establecimiento de primas en seguro de salud. Este proyecto está pendiente de aprobación por el Congreso (*House of Representatives*, H.R. 1227)¹⁶.

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

En primer lugar, el grupo de países en los que, a la luz del progreso que se espera en la ciencia y la tecnología y ante la ausencia, por el momento, de suficientes pruebas relevantes y precisas, se adoptó una fórmula de moratoria voluntaria sobre pruebas genéticas. La moratoria, —un período de espera antes de tomar una posición legal

15 GHERSI, CARLOS A., “La posmodernidad jurídica”, diario *La Ley*, 8 de mayo de 1997, año LXI, n° 88.

16 Conf.: ALARCÓN FIDALGO, JOAQUÍN, “El seguro de personas y el genoma humano”, ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Guadalajara, México, marzo de 2006.

precisa sobre este asunto—, puede ser por un plazo fijo o por un plazo indefinido. En algunos casos, la moratoria se aplica solamente en el caso de pólizas por una suma de dinero asegurada que no supere un monto máximo. Francia, Finlandia, Alemania y el Reino Unido recurren o recurrieron a este método para posponer una decisión definitiva sobre la aceptabilidad de las nuevas tecnologías. Gran Bretaña sostiene una posición especial, que más adelante se detallará.

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

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

Finalmente, un grupo de países prohibieron el uso de pruebas genéticas en el ámbito del seguro. Este es el caso, por ejemplo, de Austria (desde 1994), Bélgica (desde 1992), Dinamarca (desde 1996), Francia (el artículo 16-10 del Código Civil introduce una norma sobre estudios de características genéticas), Portugal (Ley 12/2005) y Suiza¹⁷.

En América Latina no se ha dictado prácticamente ninguna legislación, con excepción de Colombia que, a nivel penal, tipifica como delitos la clonación, la manipulación genética y la inseminación no consentida y de la República Argentina, que dictó la Ley 25.326, de Protección de datos personales, del 30.10.2000 establece un régimen de especial protección para los datos sensibles, entre los que se hallan los datos médicos, que impiden su utilización que sólo pueden ser recogidos y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general, o con fines estadísticos o científicos, en este caso debidamente disociados. Por su parte, la legislatura de la ciudad de Buenos Aires cuenta con la Ley 421 de “Protección contra la discriminación por razones genéticas», del 28 de junio de 2000, que establece la prohibición, en el ámbito del Gobierno de la Ciudad

17 Conf.: respuesta al cuestionario “La influencia de los avances científicos y tecnológicos en el seguro de personas”, realizada por la Sección belga de AIDA.

de Buenos Aires, de la realización de estudios genéticos en exámenes preocupacionales, en exámenes para obras sociales, empresas de medicina prepaga o aseguradoras de riesgos de trabajo. Esta prohibición comprende a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, las comunas, los organismos descentralizados, entidades autárquicas, las empresas y sociedades del Estado o con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todos aquellos otros organismos o entidades donde la ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

VIII. RESPUESTAS AL CUESTIONARIO DADAS POR LOS DISTINTOS PAÍSES CONSULTADOS

La Asociación Argentina de Derecho de Seguros, rama nacional de AIDA, organizadora del XII Congreso Mundial de Derecho de Seguros de AIDA, y relatora del tema 2, "La influencia de los adelantos científicos y tecnológicos en el seguro de personas", preparó un cuestionario, como es costumbre en este tipo de congresos, que debía ser respondido por las secciones nacionales que integran la AIDA. En materia del genoma humano y el seguro de personas, se formularon 14 preguntas que fueron contestadas por los siguientes 20 países: Alemania, Australia, Bélgica, Brasil, Colombia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Francia, Grecia, Hungría, Indonesia, Italia, Japón, Paraguay, Portugal, Sudáfrica, Suiza y Uruguay. Lo que sigue, son las 14 preguntas con las respuestas dadas, por cada uno de los países mencionados. La mayoría de las respuestas transcritas son textuales, según la traducción que se nos entregó, con excepción de las correspondientes a Bélgica y Grecia, que no respondieron pregunta por pregunta, sino que lo hicieron en forma global, por lo que se extrajo de las mismas, la respuesta a cada una de ellas.

I. EN SU PAÍS: ¿SE HA DICTADO ALGUNA LEGISLACIÓN CON RELACIÓN AL PROYECTO GENOMA HUMANO? EN CASO AFIRMATIVO, SE SERVIRÁ HACERNOS LLEGAR UNA SÍNTESIS DE SUS ASPECTOS MÁS IMPORTANTES

◆ ALEMANIA

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

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

◆ AUSTRALIA

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

Ley para prohibir la clonación humana de 2002

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

Ley para prohibir la clonación humana de 2002 – artículo 3

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

Ley para prohibir la clonación humana de 2002 - artículo 7

Anexo. La ley sobre tecnología genética del 2000 es modificada según lo establece el punto 1 del anexo 1.

Ley sobre investigaciones que involucren embriones humanos de 2002

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

Ley sobre investigaciones que involucren embriones humanos de 2002 - artículo 3

Objetivo de la ley. El objetivo de esta ley es atender problemas, incluyendo problemas éticos, causados por el progreso científico en el ámbito de la reproducción humana y el uso de embriones humanos mediante la regulación de actividades que involucren el uso de ciertos embriones humanos creados mediante la tecnología de reproducción asistida.

◆ BÉLGICA

Si, a través de la ley del 25 de junio de 1992 (específica para el contrato de seguros) y, en general a través de la firma o ratificación de declaraciones internacionales.

◆ BRASIL

En Brasil la Ley 11.105.2005 establece normas de seguridad y crea instrumentos de fiscalización sobre las actividades con organismos genéticamente modificados.

(http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm)

◆ COLOMBIA

Sí. El Código Penal Ley 599 de julio 24 de 2000 —modificada por la Ley 890 de julio 7 de 2004 y Ley 906 de agosto 31 de 2004— en sus artículos 132, 133 y 134 tipificó como delito la clonación, la manipulación genética y la inseminación no consentida. Los artículos en cuestión se transcriben en seguida:

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

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

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

“Art. 134. Fecundación y tráfico de embriones humanos. El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

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

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

Mediante la Ley 208 de 1995 Colombia adhirió al

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

Por lo demás, la resolución 008430 expedida por el Ministerio de Salud establece las normas científicas, técnicas y administrativas que rigen la investigación en salud.

◆ **DINAMARCA**

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

◆ **FRANCIA**

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

◆ **GRECIA**

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

◆ **ITALIA**

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

◆ **JAPÓN**

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

◆ **PORTUGAL**

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

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

- La información genética o información sobre la salud que incluye características hereditarias de una o más personas relacionadas entre sí o que comparten características de este tipo. La información derivada de evaluaciones parentales, estudios de cigosidad de mellizos y estudios de identificación genética con fines penales así como los estudios de mutaciones genéticas somáticas en cáncer se encuentran excluidos en esta definición.
- La información genética puede ser el resultado de evaluaciones genéticas biológicas moleculares o puede obtenerse como resultado de evaluaciones por imágenes, citogénesis, bioquímica o psicología o la simple recolección de información familiar registrada en un árbol genealógico o similar, que en sí mismo exprese la condición genética de una persona o de sus relaciones.
- La información genética pasa a ser de naturaleza médica sólo cuando tiene como fin ser utilizada en la provisión del cuidado de la salud o tratamiento médico en caso de necesidad de confirmar o eliminar un diagnóstico clínico, prenatal o de preimplantación o en fármaco génesis. Por tanto, se excluye la información obtenida de pruebas para predecir la susceptibilidad ante enfermedades comunes y evaluaciones presintomáticas para enfermedades monogénicas.
- La información genética que no tiene implicancias inmediatas para la condición de la salud, como por ejemplo, los resultados de exámenes de paternidad, estudios cigóticos de mellizos, los resultados de pruebas predictivas —con la excepción de pruebas genéticas para determinar la propiedad de la medicina— y de heterocigosidad, evaluaciones prenatales o de preimplantación no pueden ser incluidas en las historias clínicas, salvo en casos de medicina genética, en cuyo caso se llevan registros por separado.
- En el caso de las historias clínicas para los casos o servicios de la medicina genética, no se permite acceso o consulta por parte de médicos, otros profesionales de la salud o personal de otros servicios dentro de la misma institución u otras instituciones del sistema de salud si contienen información genética sobre individuos sanos.
- La información genética debe quedar sujeta a medidas legislativas y administrativas de protección que refuercen los niveles de acceso, seguridad y confidencialidad.
- El uso de la información genética es un acto que involucra al propietario de esta información y a su médico, y está sujeta a normas deontológicas sobre el secreto profesional de los médicos y otros profesionales de la salud.
- La existencia de cualquier vínculo laboral entre los médicos u otros profesionales de la salud y cualquier actividad comercial, incluyendo a las compañías de seguro, organismos profesionales o proveedores de bienes y servicios no justifica ningún tipo de reducción de la obligación de mantener la confidencialidad.

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

◆ SUIZA

No por el momento; pero lo trata el texto de la Ley del 8 de octubre de 2004 que presumiblemente entrará en vigencia el 1° de enero de 2007. Se adjunta el *Proyecto de ley federal sobre evaluaciones genéticas en seres humanos*.

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

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

2. EN SU PAÍS: ¿SE HA DICTADO ALGUNA LEGISLACIÓN CON RELACIÓN AL PROYECTO GENOMA HUMANO Y EL SEGURO DE PERSONAS (VIDA)? EN SU CASO, SE SERVIRÁ HACER NOS LLEGAR UNA SÍNTESIS DE LOS ASPECTOS MÁS IMPORTANTES

• ALEMANIA

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

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

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

- **AUSTRALIA**

Como parte de un análisis conducido por la Comisión para la Reforma de la Ley de Australia, se publicó el informe número 96 durante el año 2003 sobre el estado de la información genética en Australia bajo el título: "ALRC 96 esencialmente suyo: la protección de la información genética humana en Australia".

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

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

Parte G. Seguros:

- * **El uso de la información genética en los seguros**

Introducción

Los seguros personales en Australia

Seguros establecidos por mutuo acuerdo o a nivel comunitario

Obligación del solicitante de revelar información

Decisión de la aseguradora

Obligación de la aseguradora de brindar razones

Agentes y corredores

Actuarios y corredores de reaseguros

La información genética en los seguros

Recopilación de información general sobre la salud

Recopilación de información genética

Política de la industria sobre el uso de información genética

EL USO DE LA INFORMACIÓN GENÉTICA EN LOS SEGUROS

INTRODUCCIÓN

25.1. La industria del seguro de Australia reviste una sustancial importancia económica. Considerando toda la gama de productos, las aseguradoras generales cobraron \$16,5 miles de millones en primas y pagaron \$11,4 miles de millones por reclamos hasta septiembre de 2002^[1]. Durante el mismo período, las aseguradoras de vida que operan

en Australia recibieron \$41 mil millones (*sic*) en primas y pagaron \$38,5 miles de millones en reclamos^[2]. Durante el período fiscal 2001-2002 las aseguradoras privadas de salud cobraron \$7,2 miles de millones en ingresos por contribuciones y pagaron más de \$6,5 miles de millones en beneficios^[3].

25.2. El objetivo del seguro es distribuir riesgos; es decir, repartir el riesgo entre un amplio grupo de personas. El seguro proporciona un mecanismo mediante el cual las personas que pagan una determinada suma o "prima" pueden ser indemnizadas contra hechos futuros que pueden causarle una pérdida. La naturaleza predictiva de la información genética potencialmente tiene un valor muy significativo en este contexto. Las compañías de seguros, especialmente las aseguradoras de vida, recogen y utilizan los antecedentes médicos familiares desde hace más de un siglo^[4]. Recientemente, el acceso a la información derivada de pruebas genéticas ha atraído la atención sobre el posible uso de la información genética en la industria del seguro en Australia y en el exterior^[5].

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

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

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

* **El seguro personal en Australia**

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

25.7. Es posible que la información genética sea de mayor relevancia con relación a las pólizas de seguros que dependen de la recopilación y uso de información sobre el estado de salud, que requieren una evaluación del riesgo de morbo-mortalidad y que son mutuamente evaluados^[8]. Este informe se concentra en esta clase de seguros, que incluye lo siguiente:

◆ **Seguro de vida por plazo determinado**

Dispone el pago de una suma global convenida en caso de muerte del asegurado. De acuerdo con la Asociación de Inversiones y Servicios Financieros (IFSA - Investment and Financial Services Association), el nivel promedio aproximado de cobertura por seguros de vida por plazo determinado en Australia es de \$235.000^[9].

◆ **Seguro de protección de ingresos (o seguro de invalidez)**

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

◆ **Seguro de trauma (o crisis)**

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

◆ **Seguro de enfermedad y accidente**

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

◆ Seguro de viaje

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

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

25.9. Los fondos de retiro casi siempre proveen cobertura de seguros para sus miembros por muerte o invalidez. Las primas correspondientes a los seguros incluidos en la jubilación comprenden el 87% del total de las primas de seguros cobradas por las aseguradoras de vida. Generalmente, con relación a los principales fondos de retiro, esta cobertura se dispone en términos de aceptación automática y no es evaluado en forma recíproca. El único requisito para el ingreso es que el asegurado se encuentre en forma y en condiciones de trabajar en la fecha de comienzo. En su respuesta a la encuesta, la Asociación Australiana de Aseguradoras de Vida y Reclamos explicó lo siguiente:

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

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

* Seguros evaluados individualmente y colectivamente

25.11. Es importante marcar una distinción entre los seguros evaluados individualmente y los evaluados en forma colectiva. La evaluación colectiva es la base de los sistemas de

seguros de salud públicos y privados de Australia. La Ley Nacional de Salud de 1953 (Cth) establece que los contratos de seguros de salud privados deben ser evaluados colectivamente: para establecer las primas, o pagar beneficios, los fondos no pueden discriminar con base al estado de salud, raza, sexo, preferencias sexuales, o por el uso de servicios de internación o médicos, o antecedentes de reclamos generales. Si bien este riesgo es compartido por todo el consorcio de asegurados, los actuarios y los corredores de reaseguros todavía solicitan datos sobre el estado de salud para determinar la prima total que las aseguradoras deben cobrar para cubrir el grupo^[14].

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

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

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

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

*** Obligación del solicitante de suministrar información**

25.15. El contrato entre la aseguradora y el solicitante del seguro se incluye en la póliza. Los contratos de seguros corresponden a una categoría especial de contratos que se basa

en el principio de “máxima buena fe”. Conforme a uno de los elementos de este principio, el solicitante tiene la obligación especial de brindar información conforme el *common law*^[16] y las disposiciones de la ley^[17]. La Ley de Contratos de Seguros de 1984 (Cth) reemplaza en gran parte el *common law* sobre la obligación de suministrar información sobre el tipo de seguros de interés para la encuesta.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

reducir el monto pagado al asegurado a la suma que colocaría a la aseguradora en la posición que hubiese tenido de no haberse producido la falta de datos o declaración falsa^[22]. Así, en estos casos la aseguradora reduce totalmente su responsabilidad.

* **Decisión de la aseguradora**

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

* **Aceptado en términos estándares**

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

* **Aceptado en términos no estándares**

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

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

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

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

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

* **Diferida**

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

* **Rechazada**

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

* **Obligación de la aseguradora de justificar sus decisiones**

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

no aceptación de la solicitud de un contrato de seguros;

cancelación de un contrato de seguros;

decisión de no renovar un contrato de seguro; o

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

25.29. Los recursos que los solicitantes tienen a disposición en caso de desacuerdo en la decisión de otorgar un seguro son limitados. El solicitante puede, en primera

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

* **AGENTES Y CORREDORES**

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

reúne a la industria del seguro de vida, retiro y seguro general bajo un régimen de licencias;

establece un nuevo régimen de provisión de información para productos financieros (excluyendo las ofertas de acciones y *debentures*);

introduce una nueva reglamentación para el mercado; e

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

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

25.32. Los agentes y corredores de seguros actúan como intermediarios entre la aseguradora y el solicitante, asesorando y vendiendo productos de seguros por cuenta de la aseguradora, o en forma independiente. Los agentes y corredores de seguros se rigen por la estructura de la concesión de licencias para todos los proveedores de servicios y asesoría financiera establecida por la FSRA. Generalmente, conforme a la FSRA, cada persona que asesora o vende servicios financieros, incluyendo seguros, debe:

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

representar a una entidad que tuviera una licencia AFS.

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

* **Actuarios y aseguradoras**

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

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

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

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

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

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

25.40. Si bien las compañías de seguros de Australia no producen sus propios manuales de seguros, muchos pueden adaptarlos con base a sus lineamientos internos, y todos aplican códigos de la industria, tales como la política de IFSA sobre pruebas genéticas que se analiza más adelante.

* **La información genética en los seguros**

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

* **Recopilación de información sobre el estado general de la salud**

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

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

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

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

* **Obtención de datos genéticos**

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

* **Información de los antecedentes médicos familiares**

25.47. La presentación de IFSA señaló que:

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

25.48. Típicamente, las preguntas sobre los antecedentes médicos familiares intentan establecer si los miembros inmediatos de la familia (padres, hermanos y hermanas —vivos o muertos—) sufrieron enfermedades cardíacas, accidentes cerebro vasculares, presión sanguínea alta, diabetes, cáncer u otros desórdenes familiares. La información

de los antecedentes médicos familiares se utiliza para evaluar la longevidad y la posibilidad de que una persona presente en el futuro una condición familiar o hereditaria.

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

La encuesta abarcó 7949 solicitudes de seguro de vida por un plazo determinado, cobertura por invalidez total y permanente (TPD - *Total and Permanent Disability*), seguro de invalidez, coberturas de traumas o combinaciones. Los antecedentes médicos familiares incidieron sobre 558 (7,39%) de las solicitudes. 349 solicitudes mostraron antecedentes médicos familiares que no revistieron importancia en la decisión de aceptar el seguro o contribuyeron a tomar una decisión favorable para la contratación del seguro (por ejemplo, aceptadas con tarifas estándar), al considerarse junto con otros datos médicos personales.

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

* Información de pruebas genéticas

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

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

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

25.51. En 2001, IFSA lanzó un proyecto de investigación para establecer el volumen de pruebas genéticas reveladas en las solicitudes de seguros de vida en Australia y el

resultado de esas solicitudes. IFSA comisionó al Instituto de Actuarios de Australia la realización de una encuesta, por seis meses, con todas las compañías de seguros de vida que venden seguros de vida por plazo determinado, seguros de invalidez total y permanente, seguros por traumas, seguros de invalidez, y seguros de gastos empresarios en Australia^[34].

25.52. La cantidad de solicitudes recibidas por las aseguradoras de vida de Australia que involucraron pruebas genéticas es bajo. La tabla 25-1 muestra las enfermedades genéticas por las cuales se suministraron resultados de pruebas genéticas durante los dos años de la encuesta. Durante los primeros cuatro períodos informados (finalizados el 31 de mayo de 2001, el 30 de noviembre de 2001, el 31 de mayo de 2002 y el 30 de noviembre de 2002) las aseguradoras recibieron un total de 235 solicitudes que incluyeron el resultado de una prueba genética, de las cuales se evaluaron 211. De estas 211 solicitudes, se otorgaron 98 seguros en términos estándares, 58 fueron otorgados en términos no estándares, 26 fueron diferidas y 29 fueron rechazadas. De las 113 solicitudes que fueron aceptadas en términos adversos —con condiciones no estándares, diferidas o rechazadas— la razón principal fue el resultado de la prueba genética en 27 casos (24% de los casos adversos) y, en 69 casos (61% de los casos adversos), otras razones médicas fundaron la decisión.

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

Enfermedad o padecimiento evaluado	Cantidad de solicitudes
Hemocromatosis hereditaria ¹	70
Enfermedad de Huntington	22
Cáncer de mama	10
Fibrosis quística	8
Factor V Leiden	5
Distrofia miotónica	4
Poliposis adenomatosa familiar	3
Cáncer colorrectal	2
Enfermedad poliquística del riñón	2

(Continúa)

(Continuación)

Enfermedad o padecimiento evaluado	Cantidad de solicitudes
Síndrome de Marfans	1
Cáncer colorrectal hereditario no polipósico	1
Neoplasia endocrina múltiple	1
Enfermedad dental de Charcot-Marie	1
Mutación del gen de la protrombina	1
Epidermólisis bulosa	1
Enfermedad de Tay Sachs	1
Ataxia espinocerebelar	1
Esclerosis tuberosa compleja	1
<i>Cantidad total de solicitudes</i>	235

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

25.53. Para colocar estas cifras en perspectiva, de acuerdo con las estadísticas recogidas por ASIC y ofrecidas a la encuesta realizada por IFSA, durante el año calendario finalizado el 31 de diciembre de 2001, aproximadamente 1,23 millones de nuevas pólizas fueron emitidas por los aseguradores de vida en Australia (excluyendo los productos de vida colectivos).

* **Política sobre el uso de datos genéticos**

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

25.55. En febrero de 1999, IFSA publicó un anteproyecto consensual sobre política de la industria que fue presentado ante la Comisión Australiana del Consumidor y la Competencia (ACCC). IFSA solicitó a ACCC autorización para varias cláusulas que podían interpretarse como anticompetitivas^[35]. Esto se debía a que el anteproyecto impedía que

las aseguradoras competir por precio en la medida en que se prohibía el “riesgo preferido”. En apoyo a su solicitud, IFSA sugirió que el objetivo principal del anteproyecto fuera verificar que las aseguradoras no realizaran pruebas genéticas. El anteproyecto se había encuadrado de este modo para impedir cualquier coerción indirecta para la realización de una prueba genética respetando, así, el “derecho a no saber” del solicitante acerca de una enfermedad o una predisposición genética.

25.56. La Ley de Prácticas Comerciales de 1974 (Cth) dispone que la ACCC puede otorgar una autorización si se cumple que cualquier aspecto anticompetitivo de los arreglos o de la conducta es superado por los beneficios públicos surgidos de los arreglos o de la conducta^[36]. En noviembre de 2000, la ACCC otorgó a IFSA una autorización por dos años, señalando la instauración de esta encuesta, “los complejos asuntos involucrados”, y la necesidad de proporcionar un “espacio para respirar” durante el cual estos asuntos pudieran debatirse y desarrollarse la política de gobierno. La ACCC arribó a la conclusión que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- **BÉLGICA**

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

“pueden depender solamente de la anamnesia del estado de salud del candidato en ese momento y no sobre técnicas de investigación genética que sirvan para predecir el futuro estado de salud”.

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

La posición de la legislación de seguros belga es comparable con la de, por ejemplo, Austria, en cuanto no sólo los aseguradores deben abstenerse de solicitar información genética al interesado sino que los interesados en contratar un seguro no pueden presentar resultados favorables de exámenes con el fin de obtener primas más bajas o condiciones más favorables. El interesado en un seguro no puede presentar información genética espontáneamente. El uso de la información genética está prohibido aun en circunstancias en las que favorezcan al asegurado.

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

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

Siguiendo los argumentos médicos, se invoca una serie de sólidos fundamentos jurídicos. Según el pensamiento jurídico de Bélgica, el principal argumento se desprende de la protección de la privacidad. El perfil genético, sostiene, es parte del “santuario” interior de cada persona, que no debe ser compartido con terceros. Además, “el derecho

a no saber” puede ser considerado un derecho de la personalidad, especialmente cuando se trata de cuestiones de salud que no tienen cura, al menos no *hic et nunc*.

El argumento fácilmente adquiere otra forma jurídica, en términos de discriminación (aunque este enfoque no estaba tan presente en la línea de pensamiento jurídico de Bélgica). Las características genéticas, sostiene el argumento, son, como en el caso de la raza o el sexo, criterios que no pueden conducir a un tratamiento diferente, salvo en circunstancias excepcionales y bien definidas. En este sentido, se resalta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Un problema interesante es establecer hasta dónde el criterio que sostiene el perfil genético es comparable o difiere de otros como la raza y el sexo.

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

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

- **DINAMARCA**

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

- **FRANCIA**

Los test genéticos están prohibidos (artículo 1141-1 del Código de la Salud Pública. Artículo L.133-1 del Código de Seguros).

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

- **GRECIA**

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

La naturaleza drástica de la intervención, en el caso del análisis genético, debido al rico contenido del material genético, debe ser tenida en cuenta a fin de definir las circunstancias específicas de su obtención y procesamiento. La metodología y el marco práctico del proceso deben cumplir los principios de protección de la personalidad y valor de los seres humanos así como el principio de la proporcionalidad, crucial para el mantenimiento del equilibrio entre los derechos afectados y el interés público que se persigue. Cualquiera sea el caso, el análisis del material genético con fines preventivos debería quedar excluido. Además, la HDPa estableció que el procesamiento innecesario de los datos personales para alcanzar el fin perseguido no es legítimo aun cuando el sujeto de los datos haya prestado su consentimiento según el inciso 1 del artículo 5 o el punto (a) del inciso 2 del artículo 7 de la Ley 2472/97 porque el consentimiento en sí mismo no autoriza actos de procesamiento contrarios al principio del fin y la necesidad (decisión N° 510/17/15.05.2000 de la autoridad). En caso de que una persona legítimamente reúna y procese material genético, debería tener la obligación de destruirlo una vez cumplido el fin buscado. Por tanto, consideramos que la recolección y procesamiento de la información genética en el caso de los contratos de seguro se encuentran prohibidos en este momento.

- **PORTUGAL**

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

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

- **SUIZA**

La legislación entrará en vigencia en enero de 2007.

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

3. EN SU PAÍS: ¿EXISTE LEGISLACIÓN ESPECÍFICA RESPECTO DE LA DISCRIMINACIÓN? EN CASO AFIRMATIVO: ¿LA DISCRIMINACIÓN POR CARACTERES GENÉTICOS SE ENCUENTRA INCLUIDA EN LA MISMA?

3) ALEMANIA

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

3) AUSTRALIA

Existe legislación sobre discriminación en Australia. (Véase "respuesta: H3. La legislación de Australia sobre derechos humanos y la igualdad de oportunidades"). No obstante, esto no se aplica a la discriminación por características genéticas. El informe ALRC del 96 encaraba el tema en los párrafos 25.58 y 25.59 consignados anteriormente.

3) BÉLGICA

Sí.

3) BRASIL

No existe legislación que prohíba discriminación por caracteres genéticos.

3) COLOMBIA

Sí. La Constitución Política proscribela discriminación en sus artículos 5°, 13, 16, 43 y 44 entre otros. A continuación se transcriben los artículos pertinentes.

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

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

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

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

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

Art. 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

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

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

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

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

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

“Problema jurídico. ¿Existe vulneración del derecho a la vivienda digna en conexión con el derecho a la igualdad, cuando una compañía de seguros niega el amparo de vida solicitado por quien obtuvo un subsidio de vivienda por parte del Estado, fue favorecido por el otorgamiento de un crédito, suscribió escritura de compraventa de un inmueble y la hipoteca respectiva, y, al solicitar el seguro informó ser poseedor asintomático del virus de inmunodeficiencia humana VIH? Sí.

Tesis

“(…) La efectividad de la tutela respecto a la petición de una persona para que su vivienda sea digna dependerá de las condiciones jurídico-materiales del caso concreto. ... Dentro de este contexto, para saber si existe vulneración del derecho a la vivienda digna en conexión con el derecho a la igualdad, es necesario analizar si la razón por la cual se niega la expedición de la póliza de vida tiene un fundamento, o si por el contrario carece de respaldo constitucional, pues lo único que se pretende es desconocer los derechos de los demandantes. ...Esta conducta asumida por la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, pues no se puede concebir bajo ningún argumento que el ser portador asintomático de VIH, sea una exclusión para adquirir un seguro de vida. No hay ninguna disposición legal, que así lo contemple y de existir dicha disposición desconocería los postulados constitucionales. Las normas contenidas en el Código del Comercio, señalan

que toda persona tiene interés asegurable en su propia vida, en la de las personas a quienes puedan legalmente reclamar alimentos y en la de aquéllas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico aunque éste no sea susceptible de evaluación cierta ... Igualmente, para tomar un seguro de vida, no es necesario realizar un examen médico pues, únicamente se exige que el tomador declare sinceramente los hechos o circunstancias que determinen el estado de riesgo ... Precisamente, aquí la buena fe de los demandantes al declarar voluntariamente que son portadores asintomáticos de VIH, se constituyó en este caso en un motivo de rechazo, hecho que no puede ser avalado por esta corporación, debido a que de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos ... todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra toda discriminación. ... En el caso de la suscripción de una póliza de vida, se parte de un supuesto y es que cualquier póliza que se suscriba, se encuentra sometida a un hecho cierto e indeterminado cual es, la muerte del tomador o asegurado, razón por la que aunque existan niveles probables de vida, no se puede tener la certeza de cuando se producirá el deceso del tomador del seguro. Por tanto, no es jurídicamente admisible que se niegue la suscripción de la póliza de vida, a una persona asintomática de virus de inmunodeficiencia humana, bajo el argumento que dicha persona va a morir más rápido que otra que no tenga esa condición, porque ello resulta discriminatorio y en consecuencia violatorio de la Constitución Política². Es claro, entonces que no hay ninguna razón que justifique la decisión de la aseguradora demandada de no expedir el seguro de vida solicitado por los demandantes, por cuanto si bien la aseguradora solidaria de Colombia, se encuentra amparada por la autonomía de su voluntad en las relaciones contractuales, esta autonomía, no puede constituirse en un abuso de su posición en detrimento de los derechos de quien acude a ella. De aceptar esta Sala, que la aseguradora acusada puede dejar de suscribir un seguro de vida, bajo el argumento de que la persona que lo solicita padece del virus de inmunodeficiencia humana, sería como aceptar toda forma de discriminación, desconociendo los preceptos constitucionales y las normas contenidas en el derecho internacional, como quiera que si se admite este tipo de exclusiones, muy seguramente, en el futuro tendría que admitirse que quien es portador de VIH, va a ser excluido de todo tipo de negocio, inclusive se puede llegar a decir que quien es portador del virus no puede trabajar, asistir a un centro educativo, tener un contrato de salud, o emplear un medio de transporte, pues estas actividades se derivan al igual que la actividad aseguradora de un negocio jurídico en donde las partes contratantes tienen que expresar su consentimiento, consentimiento que no puede tener como fundamento la discriminación”³. C.Co. art. 1137; C.Co. art. 1158; Declaración Universal de los Derechos Humanos art. 7; C.Po. art. 13.

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

transporte, pues estas actividades se derivan al igual que la actividad aseguradora de un negocio jurídico en donde las partes contratantes tienen que expresar su consentimiento, consentimiento que no puede tener como fundamento la discriminación”.

“Por consiguiente, habrá de concederse la protección solicitada, pues en el caso objeto de revisión, la única negativa de la aseguradora para no expedir la póliza de vida, además de ser discriminatoria, impide que los actores puedan adquirir su vivienda, y aquí este derecho adquiere el carácter de fundamental al estar íntimamente relacionado con otros que son de esta naturaleza, tales como la vida, la igualdad y la dignidad de quien acude a esta instancia judicial”.

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

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

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

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

3) DINAMARCA

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

3) ECUADOR

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

3) EL SALVADOR

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

3) ESPAÑA

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

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

3) FRANCIA

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

3) GRECIA

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

3) HUNGRÍA

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

3) INDONESIA

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

3) ITALIA

No. A los efectos del artículo 11 de la convención sobre los derechos del hombre y sobre la biomedicina firmada en Oviedo el 4 de abril de 1997, incluida en Italia con la ley del 28 de marzo de 2001, n° 145, está prohibida toda forma de discriminación en lo atinente a una persona a causa del patrimonio genético.

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

3) JAPÓN

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

3) PARAGUAY

No, no existe.

3) PORTUGAL

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

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

3) SUDÁFRICA

Sí. Según el artículo 9(3) a 9(5) de la Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 108 de 1996, ninguna persona puede sufrir discriminación directa o indirecta por una o varias de las siguientes causas: raza, género, sexo, embarazo, estado civil, origen étnico o social,

color, orientación sexual, edad, discapacidad, religión, conciencia, creencia, cultura, idioma o nacimiento. Cualquier forma de discriminación se considera injusta salvo que se establezca lo contrario.

En caso de que no exista discriminación según los términos de la Constitución, la determinación de tarifas depende del acuerdo entre el potencial asegurado y el asegurador sobre la tarifa de la cobertura, con base a los potenciales riesgos del asegurado y circunstancias específicas.

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

3) SUIZA

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

3) URUGUAY

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

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

** Ley 17. 817:

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

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

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

4. LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA DE SU PAÍS ¿CONTEMPLA LA POSIBILIDAD DE QUE LOS ASEGURADORES SOLICITEN, A SUS EVENTUALES ASEGURADOS, UN EXAMEN GENÉTICO, PREVIO A LA CONTRATACIÓN DE UN SEGURO DE VIDA? PARA EL CASO QUE EN SU PAÍS NO HUBIERA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA, LE SOLICITAMOS EMITA LA OPINIÓN QUE, AL RESPECTO, TIENE ESA SECCIÓN NACIONAL, TENIENDO EN CUENTA QUE, EN LA MAYORÍA DE LOS CASOS, ESTOS EXÁMENES SÓLO DARÁN PROBABILIDADES DE CONTRAER ENFERMEDADES

4) ALEMANIA

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

4) AUSTRALIA

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

4) BÉLGICA

Sí. Véase respuesta a la pregunta 2.

4) BRASIL

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

4) COLOMBIA

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

Con fundamento en el principio de la buena fe del asegurado, bastaría con la declaración de estado de salud que se diligenciara como presupuesto adjunto a la solicitud de seguro, para el estudio y aprobación del seguro desde el punto de vista médico; dejando a un lado exámenes médicos más complejos e “impopulares” para el asegurado como un examen genético.

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

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

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

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

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1.160.

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

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

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

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

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

4) DINAMARCA

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

4) ECUADOR

No existe norma expresa sobre la posibilidad de solicitar tales exámenes. Como herramienta de política de suscripción, en principio, no debería ser limitada legalmente, pues la aceptación de riesgos o la limitación por exclusiones no está sujeta, salvo contadísimos casos, a imposición legal. Sin embargo, la invocación de circunstancias excluyentes para un asegurado, determinadas mediante exámenes genéticos, podría violentar principios consagrados constitucionalmente, que prohíben la discriminación por cualquier razón.

4) EL SALVADOR

No hay legislación específica sobre la posibilidad de que los aseguradores soliciten a los eventuales asegurados un examen genético; las compañías tampoco lo piden. En caso

llegase a existir la posibilidad de solicitar un examen genético esto vendría a ayudar a los aseguradores en la apreciación del riesgo, y en consecuencia en la selección de las personas que se considerarían asegurables.

4) ESPAÑA

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

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

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

4) FRANCIA

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

4) GRECIA

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

4) HUNGRÍA

No. La opinión de la sección nacional se encuentra bajo discusión.

4) INDONESIA

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

4) ITALIA

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

4) JAPÓN

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

4) PARAGUAY

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

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

4) PORTUGAL

El artículo 11 (2) de la Ley 12/2005 establece que ninguna persona será discriminada a causa de evaluaciones de heterocigosidad, pruebas presintomáticas o pruebas genéticas de diagnóstico, incluyendo las evaluaciones realizadas para la obtención o mantenimiento

del empleo, evaluaciones para la obtención de un seguro de vida o médico, acceso a la educación o aquellos estudios realizados en procesos de adopción, con participación del adoptado o de los padres adoptantes.

4) SUDÁFRICA

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

4) SUIZA

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

4) URUGUAY

No existe legislación, doctrina ni jurisprudencia al respecto.

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

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

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

5. LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA DE SU PAÍS ¿CONTEMPLA QUE LOS EVENTUALES ASEGURADOS TIENEN UN “DERECHO A NO SABER” Y QUE POR TANTO SERÍA ARBITRARIO HACERLOS SOMETER A UN EXAMEN GENÉTICO, PREVIO A LA CONTRATACIÓN DE UN SEGURO DE VIDA? PARA EL CASO QUE EN SU PAÍS NO HUBIERA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA, LE SOLICITAMOS EMITA LA OPINIÓN QUE, AL RESPECTO, TIENE ESA SECCIÓN NACIONAL

5) ALEMANIA

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

5) AUSTRALIA

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

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

25.56. La Ley de Prácticas Comerciales de 1974 (Cth) dispone que la ACCC puede otorgar una autorización si se cumple que cualquier aspecto anticompetitivo de los arreglos o de la conducta es superado por los beneficios públicos surgidos de los arreglos o de la conducta^[36]. En noviembre de 2000, la ACCC otorgó a IFSA una autorización por dos años, señalando la instauración de esta encuesta, “los complejos asuntos involucrados”, y la necesidad de proporcionar un “espacio para respirar” durante el cual estos asuntos pudieran debatirse y desarrollarse la política de gobierno. La ACCC arribó a la conclusión que:

Asegurar que los miembros de IFSA no pidan que los solicitantes de seguros se sometan a pruebas genéticas y que los solicitantes no sean indirectamente influenciados para someterse a dichas pruebas, probablemente resulte en un beneficio para el público. En particular, la comisión considera que existe un beneficio público al evitar la coerción iniciada por la aseguradora para someterse a pruebas genéticas³⁷¹.

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

5) BÉLGICA

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

5) BRASIL

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

5) COLOMBIA

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

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

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

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

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

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

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

5) DINAMARCA

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

5) ECUADOR

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

5) EL SALVADOR

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

5 ESPAÑA

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

5) FRANCIA

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

5) GRECIA

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

5) HUNGRÍA

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

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

5) INDONESIA

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

5) ITALIA

No existe una norma explícita al respecto. El derecho “a no ser informado” resulta no obstante unánimemente deducido tanto por el artículo 10, apartado 2, de la Convención de Oviedo que lo sanciona en modo explícito, como por el principio general de respeto de la dignidad humana que constituye una de las coordenadas de nuestro ordenamiento constitucional (artículo 2 de la Constitución). Este derecho encuentra no obstante el límite del interés de otro individuo y de la colectividad en conseguir informaciones útiles para el propio bienestar, prevaleciendo en este caso el derecho a la salud sancionado por el artículo 32 de la Constitución. En esta perspectiva, en el año 1999 el garante de la *privacy*, enfrentado el caso de una mujer afectada por una enfermedad congénita que, queriendo tener un hijo, se había sometido a investigaciones genéticas, ha establecido que para manejar la incolumidad psicofísica de una persona, se pueden adquirir legítimamente en clínicas u hospitales, los datos sanitarios, en especial los datos genéticos de un pariente, incluso sin el consentimiento de éstos o en caso de que rechacen esta adquisición.

5) JAPÓN

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

5) PARAGUAY

Si bien es cierto, que en el Paraguay no existe legislación, doctrina y mucho menos jurisprudencia que contemple que los eventuales asegurados tengan un “derecho a no saber” y que por tanto sería arbitrario hacerlos someter a un examen genético, previo a la contratación de un seguro de vida, *no es menos cierto que el mas interesado en saber el resultado de los exámenes que se le hacen para el seguro de vida individual es el asegurable.*

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

5) PORTUGAL

Como ya se ha mencionado, la Ley portuguesa (artículo 12 de la Ley 12/2005) prohíbe las pruebas genéticas en el caso de los solicitantes de seguros personales (seguros de salud y vida).

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

- La información sobre la salud, incluyendo cualquier dato registrado que fuera resultado de pruebas u otros exámenes complementarios, intervenciones y diagnósticos, pertenece al individuo involucrado y esta información será conservada en las unidades de cuidado de la salud. No podrá ser utilizada con ningún otro fin diferente al cuidado de la salud, estudios de la salud u otros fines establecidos por ley.
- El propietario de la información sobre la salud tiene el derecho, si así lo deseara, de ser informado sobre todos los registros médicos relacionados con su persona o de que esta información sea entregada a una persona designada por él, salvo en circunstancias excepcionales o justificadas en las que se demuestre de manera fehaciente que pudiera ser perjudicial.
- El acceso a la información de la salud será autorizado al propietario de esta información o a un tercero, con el consentimiento de la persona involucrada, a través de un médico debidamente calificado y elegido por el propietario de la información.

5) SUDÁFRICA

No hay legislación sobre este tema.

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

El asesoramiento previo tanto como posterior a la realización de cualquier examen debe incluir información sobre los derechos del paciente con relación a los resultados de estos exámenes, que debe incluir información sobre el “derecho a no saber”. Durante la comunicación de los resultados así como durante el asesoramiento posterior al examen,

se debe obtener el consentimiento del paciente respecto de la recepción de los resultados y de la utilización de dichos resultados.

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

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

5) SUIZA

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

5) URUGUAY

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

6. LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA DE SU PAÍS ¿CONTEMPLA EL CASO DE QUE SI LOS ASEGURADORES PUDIERAN SOLICITAR EXÁMENES GENÉTICOS PREVIOS A LA CONTRATACIÓN DE UN SEGURO DE VIDA, ELLO HARÍA VARIAR LOS CÁLCULOS ACTUARIALES? PARA EL CASO QUE EN SU PAÍS NO HUBIERA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA, LE SOLICITAMOS EMITA LA OPINIÓN QUE, AL RESPECTO, TIENE ESA SECCIÓN NACIONAL

6) ALEMANIA

Se teme que el mercado del seguro de vida podría modificarse sustancialmente, si los aseguradores exigen exámenes antes de contratar un seguro de vida. Aquellas personas con información genética negativa obtendrían pólizas con primas elevadas o directamente

ninguna. Los riesgos “positivos” tendrían la posibilidad de celebrar contratos con primas bajas.

6) AUSTRALIA

La respuesta a la pregunta 15 anterior explica cómo mediante el Código de Práctica de la industria se prohíbe a las aseguradoras de vida solicitar una prueba genética a los potenciales tenedores de pólizas.

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

6) BÉLGICA

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

6) BRASIL

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

6) COLOMBIA

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

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

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

6) DINAMARCA

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

6) ECUADOR

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

6) EL SALVADOR

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

6) ESPAÑA

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

6) FRANCIA

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

6) JAPÓN

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

6) PARAGUAY

La respuesta de la primera parte de la pregunta es similar a la dada a la pregunta anterior.

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

6) PORTUGAL

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

6 SUDÁFRICA

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

6) URUGUAY

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

6) Las secciones nacionales de Grecia, Hungría, Indonesia, Italia y Suiza, tienen la cuestión en estudio.

7. EN CASO DE QUE LA RESPUESTA A LA PREGUNTA ANTERIOR FUERE AFIRMATIVA: LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA DE SU PAÍS ¿CONTEMPLA QUE EL EXAMEN GENÉTICO DEBE SOLICITARSE IGUALMENTE AL EVENTUAL ASEGURADO, O ENTIENDE QUE LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE ÉSTE DEBEN PREVALECER SOBRE LOS INTERESES ECONÓMICOS DE LOS ASEGURADORES? PARA EL CASO QUE EN SU PAÍS NO HUBIERA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA, LE SOLICITAMOS EMITA LA OPINIÓN QUE, AL RESPECTO, TIENE ESA SECCIÓN NACIONAL

7) ALEMANIA

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

7) AUSTRALIA

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

7) BÉLGICA

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

7) BRASIL

La cuestión está en estudio, según informa la sección nacional.

7) COLOMBIA

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

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

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

7) DINAMARCA

Véase respuesta a pregunta 6.

7) ECUADOR

Queda contestada con la respuesta anterior.

7) EL SALVADOR

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

7) ESPAÑA

No hay legislación sobre este punto.

7) FRANCIA

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

7) GRECIA

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

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

A la luz del principio de proporcionalidad, la Opinión 15/2001 de la autoridad griega sobre la protección de los datos personales (DPA) señala lo siguiente:

“La metodología y el marco práctico del proceso debe observar los principios de protección de la personalidad y valor del ser humano así como el principio de proporcionalidad, que es crucial para el mantenimiento del equilibrio entre los derechos afectados y el interés público perseguido”.

Además,

“conforme el artículo 4 de la Ley 2472/97 sobre la protección de datos personales, los datos personales deben ser reunidos de manera justa y legal para fines específicos, explícitos y legítimos y deben ser procesados justa y legalmente a la luz de dichos fines. Al mismo tiempo, los datos personales deben ser adecuados, relevantes y no excesivos con relación a los fines para los cuales son procesados en un momento determinado. El principio del objetivo mencionado presupone la definición precisa del objetivo que motiva la recolección y procesamiento de los datos. Es necesario evaluar la proporcionalidad y legitimidad teniendo presente los riesgos que representa el uso de las tecnologías biométricas con relación a la protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona” (Decisión 9/2003 de DPA).

7) HUNGRÍA

En discusión. La legislación actual no brinda una respuesta clara.

7) PARAGUAY

Esta sección nacional se remite a la respuesta anterior.

7) SUDÁFRICA

Las disposiciones de la Constitución sobre los derechos de los individuos, como se ha mencionado, se aplican como ley suprema. Los intereses financieros del asegurador no están protegidos específicamente en la Constitución. Sin embargo, existe una cláusula sobre la limitación de los derechos constitucionales. El artículo 36 establece que los derechos enumerados en la Carta de derechos pueden limitarse por disposición de la Ley de aplicación general sólo cuando dicha limitación sea razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática fundada en la dignidad, la igualdad y la libertad. Todos los factores relevantes deben ser tenidos en cuenta, incluida la naturaleza del derecho, la importancia del fin de la limitación, la naturaleza y alcance de la limitación, la relación entre la limitación y sus fines, y medidas menos restrictivas para lograr este fin.

Es opinión de la sección nacional que el criterio del interés público, según la Constitución, determinará si los derechos del individuo pueden ser limitados o infringidos contractualmente a expensas de los intereses financieros del asegurador. Además, las posibilidades de que los derechos del asegurador prevalezcan sobre los derechos humanos fundamentales del asegurado son reducidas.

7) URUGUAY

Como dijimos no existe legislación, doctrina o jurisprudencia al respecto. La opinión de esta sección nacional es que el tema del genoma humano no debe plantearse en términos de enfrentamiento entre los derechos individuales y los intereses económicos de los aseguradores.

Creemos que los aseguradores podrían eventualmente solicitar un examen genético con la aceptación previa del asegurado y con base a los resultados eventualmente aplicar una extraprima por la agravación del riesgo que derive de los mismos.

Por otra parte, consideramos que se tenderá de hecho al equilibrio entre por un lado, el interés de los aseguradores de minimizar sus riesgos pero a su vez el interés de los mismos de no perder asegurados por la vía de excederse en los requisitos de asegurabilidad o extraprimas a aplicar y por otro lado, el interés de los eventuales asegurados a contar con un seguro acorde a sus necesidades y con tranquilidad respecto a su cobertura.

7) Para las secciones nacionales de Hungría, Indonesia, Italia, Japón, Portugal y Suiza la cuestión se encuentra en estudio.

**8. LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA DE SU PAÍS
¿CONSIDERA FACTIBLE QUE UNA ASEGURADORA INTERROGUE A
SU EVENTUAL ASEGURADO SOBRE SI SE HA REALIZADO UN
EXAMEN GENÉTICO, PREVIO A LA CONTRATACIÓN DE UN
SEGURO? PARA EL CASO QUE EN SU PAÍS NO HUBIERA
LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA, LE
SOLICITAMOS EMITA LA OPINIÓN QUE, AL RESPECTO, TIENE ESA
SECCIÓN NACIONAL**

8) ALEMANIA

Conforme la declaración autorregulatoria de la Asociación Alemana de Seguros, el asegurador sólo puede preguntar al posible asegurado si ha realizado algún examen genético antes de tomar el seguro si la suma del seguro supera los 250.000 euros. Esto se debe a que, ante una cobertura elevada, las compañías de seguro reconocen un importante riesgo de abuso.

8) AUSTRALIA

Como se mencionó anteriormente, no existe legislación en Australia que rijan las acciones de las aseguradoras en este contexto. No obstante, el Código de Práctica de IFSA establece que las aseguradoras pueden solicitar los resultados de todas las pruebas genéticas. Los elementos clave de la política de IFSA sobre pruebas genéticas son los siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fuente: “Esencialmente suyo ALRC 96: la protección de la información genética humana en Australia”.

8) BÉLGICA

Sin embargo, surge un problema en la situación en la cual se han realizado pruebas genéticas—por ejemplo, por motivos terapéuticos o científicos—y el candidato conoce estos resultados. Como hemos visto, la prohibición de la comunicación de los datos evitará que el asegurado comunique esta información, aun cuando estuviera dispuesto a hacerlo. Los riesgos desfavorables (aquellos que no están favorecidos por su perfil genético) se verán inclinados a obtener una cobertura cuando los riesgos positivos puedan llevarlos a no obtener un seguro para ciertos riesgos específicos. Nos enfrentamos con una situación de “selección adversa”. Los peligros relacionados con este problema amenazarían el equilibrio y la supervivencia de la compañía de seguros (*casu quo*: la industria del seguro) y este peligro reviste tal gravedad que podría atentar contra el interés del asegurado. Desde este ángulo, surgen argumentos para obligar al asegurado que tiene información sobre su perfil genético a comunicarlo al asegurador. Para hacer frente al argumento de que esta obligación desalentaría a la gente a someterse a una evaluación genética, una solución sería limitar la obligación de comunicación a los casos en los que se intenta obtener una cobertura “normal” o “socialmente aceptable”.

8) BRASIL

La legislación no prohíbe la pregunta sobre la realización de exámenes genéticos.

8) COLOMBIA

No lo contempla. La legislación en seguros sólo indica que el solicitante debe declarar sinceramente los hechos o circunstancias que delimitan el estado del riesgo (art. 1058, Código de Comercio), bien puede ser en cuestionario diseñado por la compañía.

En este caso la aseguradora podría incluir la pregunta en el cuestionario. Así como tener en cuenta la respuesta para la evaluación del riesgo físico y su calificación como riesgo estándar o agravado.

8) DINAMARCA

No, véase respuesta a pregunta 2.

8) ECUADOR

En principio, una aseguradora podría tomar en cuenta dicha información, pero, como hemos indicado, los efectos discriminatorios pueden impedir este tipo de políticas, y por ello no podrían ser obligatorias.

No existe doctrina o jurisprudencia sobre el tema. Sin embargo, parece claro que exigir un examen genético no es viable en un contrato de seguro, aunque solicitar información sobre antecedentes que el asegurado pueda tener, podría ser factible. El problema es que dicha información, aun si fuese voluntariamente proporcionada por el asegurado, no puede ser utilizada con efectos discriminatorios.

8) EL SALVADOR

La legislación de El Salvador contempla la obligación del asegurado de declarar al asegurador todos los hechos que tengan importancia para la apreciación del riesgo, tal como los conozca o los deba conocer al momento de declararlos, por lo que en caso el asegurado se ha realizado un examen genético, tendría que hacerlo saber a la aseguradora.

8) ESPAÑA

La legislación española no contempla este supuesto.

8) FRANCIA

La ley francesa no prohíbe a los aseguradores hacer preguntas sobre el estado de salud de quien solicita un seguro. Ella prohíbe preguntar al asegurado si se ha hecho un examen genético y, en caso afirmativo, de que le comunique los resultados de ese examen.

8) GRECIA

Véanse repuestas anteriores.

8) HUNGRÍA

En discusión. La legislación actual no brinda una respuesta clara.

8) INDONESIA

La cuestión está en estudio.

8) ITALIA

No. Véase la respuesta a la pregunta 4.

8) JAPÓN

Desde el punto de vista de la ley regulatoria de seguros, no es considerado apropiado que una compañía aseguradora solicite al presunto asegurado que le brinde información adicional a las preguntas médicas usuales preparadas por las compañías de seguros de vida.

8) PARAGUAY

Véase respuesta pregunta anterior (7).

8) PORTUGAL

Los aseguradores no pueden conducir exámenes genéticos en aquellas personas que soliciten seguros de vida (artículo 11 (2) de la Ley 12/2005) ni utilizar la información genética obtenida en exámenes genéticos previos sobre sus clientes actuales o potenciales con el fin de otorgar seguros de vida o de salud (artículo 12 (3) de la Ley 12/2005).

8) SUDÁFRICA

No existe legislación o jurisprudencia sobre la divulgación de información genética. La situación será cubierta por el *common law* sobre la provisión de información y el derecho constitucional a la privacidad que se ha tratado arriba. Se aplica el derecho de un potencial asegurado a comunicar información relevante y sustancial al asegurador. En opinión de la sección nacional, el interrogatorio no sería ilegal y el asegurado debería comunicar cualquier información relevante que fuera de su conocimiento y podría elegir no comunicar los resultados de evaluaciones genéticas previas que no sean relevantes para la evaluación de los riesgos a ser asegurados.

8) SUIZA

La cuestión se encuentra en estudio.

8) URUGUAY

Acorde con lo antes expuesto, nuestra opinión es que resulta factible el efectuar una pregunta al eventual asegurado sobre si se ha efectuado un examen genético.

9. LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA DE SU PAÍS ¿CONTEMPLA EL CASO QUE SI EL EVENTUAL ASEGURADO SE HA REALIZADO UN EXAMEN GENÉTICO, PREVIO A LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO, E INTERROGADO POR EL ASEGURADOR RESPONDE NEGATIVAMENTE, INCURRE EN RETICENCIA? PARA EL CASO QUE EN SU PAÍS NO HUBIERA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA, LE SOLICITAMOS EMITA LA OPINIÓN QUE, AL RESPECTO, TIENE ESA SECCIÓN NACIONAL

9) ALEMANIA

Según la declaración autorregulatoria del GDV, no se consideraría un caso de reticencia si el interesado miente sobre la existencia de un examen genético realizado en el pasado. Sin embargo, en el caso de una cobertura superior a 250.000 euros, el GDV considera que la información genética es “información relevante” para el asegurador. Por tanto, si el asegurado miente sobre la existencia de un examen genético, constituiría reticencia.

9) AUSTRALIA

Como se mencionó anteriormente, no existe ninguna legislación específica en Australia que rija las acciones de las aseguradoras en este contexto. No obstante, como se hace constar en el informe número 96 de ALRC:

La Ley de Contratos de Seguros de 1984 (Cth) establece en el artículo 21 que la obligación de un solicitante de proveer información implica proveer toda la información que sea o pudiera ser de su conocimiento a la aseguradora siempre que dicha información sea relevante para la aseguradora. En la práctica, ocurre inicialmente cuando los solicitantes de seguros responden a preguntas formuladas por las aseguradoras en las solicitudes. La obligación puede llevar a un solicitante a brindar mayor información a la aseguradora si las preguntas iniciales no satisfacen tal obligación. La información revelada es utilizada en el proceso de otorgamiento del seguro (o evaluación del riesgo), en el cual la aseguradora evalúa si aceptará la solicitud del seguro y, en tal caso, cuáles serán sus condiciones.

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

9) BÉLGICA

La cuestión se encuentra en estudio.

9) BRASIL

Sí. Incurrir en reticencia si deja de informar la realización del examen.

9) COLOMBIA

Una vez hecha la pregunta en el cuestionario sobre estado de salud, si el asegurado habiéndoselo practicado, omite esta información o contesta negativamente, sí incurrir en reticencia.

De todas formas, no existen referencias expresas a la obligación de dar a conocer el resultado de una prueba genética ni su práctica. Este tema se subsume en el marco del principio de la ubérrima buena fe que se consagra en el artículo 1058 del Código de Comercio texto que fue declarado exequible mediante pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia de mayo 15 de 1997, de la cual fue ponente JORGE ARANGO MEJÍA.

Por considerarlos pertinentes, se transcriben algunos apartes de esa sentencia, así:

“Aseverar que el contrato de seguro es ubérrima *bona fidei contractus*, significa, ni más ni menos sostener que en él no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, sino que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo ... Naturalmente, la necesidad de que el contrato de seguro se celebre con esta buena fe calificada, vincula por igual al tomador y al asegurador. Sin embargo, la corporación centra su interés en la carga de información precontractual que corresponde al tomador, pues es en relación con ésta que pueden surgir las nulidades relativas contempladas en el artículo 1058 del Código de Comercio. Para la Corte Constitucional, es claro que el régimen rescisorio especial para las reticencias e inexactitudes relevantes, surge de base objetivas, determinadas por la naturaleza de las cosas: la ineludible necesidad de contratar en masa, que constriñe a la empresa aseguradora, y la correlativa imposibilidad física de inspeccionar todos y cada uno de los riesgos contratados, que explica por qué el asegurador queda supeditado a la honradez del tomador, y por qué éste debe asumir, en todo momento, una conducta de máxima buena fe. Finalmente, la justicia conmutativa hace fácil entender que si el asegurador, como se ha visto, está normalmente obligado a proceder con base en una extrema confianza respecto de la persona y las declaraciones del tomador, es equitativo y razonable que la tradición de esa inusual confianza se castigue con sanciones que excedan los niveles ordinarios ... En efecto, cuando, a pesar de la infidelidad del tomador a su deber de declarar sinceramente todas las circunstancias relevantes que constituyen el estado de riesgo, de buena fe se le ha expedido un póliza de seguro, la obligación asegurativa está fundada en el error y, por tanto, es justo que, tarde o temprano, por intermedio de la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa, salga del ámbito jurídico. Esto, con prescindencia de extemporáneas consideraciones sobre la necesidad de que la reticencia o inexactitud tenga relación de causalidad con siniestro que haya podido sobrevenir, justamente porque lo que se pretende es restablecer o tutelar un equilibrio

contractual roto *ab initio*, en el momento de celebrar el contrato de seguro, y no al acaecer el siniestro. La relación causal que importa y que, para estos efectos, debe existir, no es, como sostienen los demandantes, la que enlaza la circunstancia riesgosa omitida o alterada con la génesis del siniestro, sino la que ata el error o el dolo con el consentimiento del asegurador...”.

9) DINAMARCA

No, véanse respuestas a preguntas 2 y 4.

9) ECUADOR

No está regulada este tipo de reticencia, y tampoco existe jurisprudencia sobre la materia. En todo caso, la eventual reticencia está ligada al conocimiento del antecedente genético, que no siempre se dará bajo la premisa anterior.

9) EL SALVADOR

Toda inexactitud u omisión dolosa o culposa en las declaraciones del asegurado que sirvan a la aseguradora para la apreciación del riesgo, da derecho al asegurador a dar por terminado el contrato de seguro. Ello con base a lo que estipula nuestra legislación.

9) ESPAÑA

El asegurado tiene un deber general de declarar las circunstancias por él conocidas que pudieran influir en la valoración del riesgo (art. 10 y 89 Lcs), deber que se circunscribe, en el momento de la contratación del seguro, a la contestación del cuestionario que le somete el asegurador. En el caso de que el asegurador le interrogara sobre este punto en el cuestionario, en principio, debería contestar, so pena de incurrir en reticencia. La doctrina española, que entiende mayoritariamente que no es posible la realización de pruebas genéticas sin el consentimiento del asegurado, no se ha pronunciado sobre este punto. En principio, no conocemos ninguna aseguradora en el mercado español que incluya este tipo de información en su cuestionario.

9) FRANCIA

El asegurado no está obligado a declarar toda circunstancia concerniente a su estado de salud. Su obligación está limitada a responder completamente y exactamente a las preguntas del asegurador (artículo L. 113-2 del Código de seguros). Toda pregunta sobre genomas está prohibida. La doctrina considera que la falsa respuesta del asegurado a una pregunta del asegurador relativa a un examen genético no podría ser sancionada toda vez que la pregunta hecha sería ilícita.

9) ITALIA

Según la constante jurisprudencia de la Suprema Corte de Casación

“con el objeto que un contrato de seguro pueda considerarse anulable según el artículo 1892 CC, no basta que exista cualquier declaración reticente o falsa, sino que es necesario que ésta tenga efectivamente una actitud orientada a influenciar la determinación exacta del riesgo que es fundamento del contrato”.

En los test genéticos, no obstante, la ciencia médica no se expresa nunca en términos de certeza, sino sólo de probabilidad (*screenings*). Además, tal como se ha mencionado, la Constitución italiana, además de reconocer al derecho a la salud el carácter de derecho inviolable, impone al desarrollo de la actividad económica (art. 41 de la Constitución) el límite de la dignidad humana.

De acuerdo a la mejor doctrina, esto significa que en el hipotético conflicto entre el asegurador, que está en la búsqueda de la creciente reducción de los márgenes de riesgo con el fin de acrecentar su beneficio, y el asegurado, que estipula un contrato de seguro para las enfermedades con el objetivo de controlar la propia salud, la organización jurídica debe prestar mayor protección al segundo.

9) JAPÓN

No, no lo contempla. La Sección japonesa no tiene una opinión totalmente unánime al respecto.

9) PARAGUAY

Si efectivamente el asegurable se ha realizado un examen genético, previo a la contratación del seguro, e interrogado por el asegurador y aquél responde negativamente, *claro que incurre en reticencia*.

9) PORTUGAL

Si así lo desearan, los titulares de pólizas podrán informar la realización de exámenes genéticos. Sin embargo, como este tipo de información está clasificada legalmente como información sobre la salud (artículo 6 (1) y artículo 4 (1) de la Ley 12/2005), se considera confidencial.

Los resultados de los exámenes genéticos son propiedad de la persona involucrada y, aun cuando autorizaran el acceso a terceros, no puede ser utilizada por los aseguradores como lo establece el artículo 12 (3) de la Ley 12/2005.

En resumen, esta información no puede ser utilizada por los aseguradores en la práctica y, por tanto, no deben solicitarla.

9) SUDÁFRICA

No hay legislación o jurisprudencia específica sobre las pruebas genéticas. La situación, una vez más, quedará cubierta por el *common law* según el cual, cuando un asegurado no comunique datos relevantes, incurre en reticencia por omisión, lo que invalidará el contrato y será penalmente responsable cuando, en forma intencional o negligente, omita presentar información relevante. Debido al conocimiento íntimo del posible asegurado sobre todos los datos relacionados con el riesgo que desea transferir al asegurador, una disposición legal le exige informar todo dato relevante que tuviera en su conocimiento al asegurador. Ello permite al asegurador decidir si está preparado para asumir el riesgo del asegurado y para llegar a un acuerdo con el asegurado [*Mutual & Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality* 1985 1 SA 419 (A); *Anderson Shipping v Guardian National Insurance* 1987 3 SA 506 (A); *Qilingile v SA Mutual Life Assurance Society* 1993 1 SA 69 (A); *De Waal NO v Metropolitan Lewens Bpk* 1994 1 SA 818 (O); *SA Eagle v Norman Welthagen Investments* 1994 2 SA 122 (A); *Commercial Union Insurance Co of SA Ltd v Lotter* 1999 2 SA 147 (SCA)]. La ley debe ser interpretada y aplicada teniendo en cuenta los derechos y valores constitucionales. En opinión de la sección nacional, no habría razón alguna para no aplicar estos principios en el caso de los resultados de las pruebas genéticas.

9) URUGUAY

Nuestra legislación regula la reticencia en el artículo 640 del Código de Comercio. El mismo dispone que,

“toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hecha de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato, o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado de las cosas, hace nulo el contrato”.

Es decir regula la reticencia en forma general y no solamente para los exámenes genéticos que opinamos quedaría incluido entre las circunstancias cuya omisión en declarar podrían configurar reticencia.

- 9) Para las secciones nacionales de Grecia, Hungría, Indonesia y Suiza, la cuestión se encuentra en estudio.

**10. LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA DE SU PAÍS
¿CONSIDERA LEGAL QUE LAS ASEGURADORAS FORMEN DOS
GRUPOS DE RIESGO; UNO CON AQUELLOS ASEGURADOS QUE
SE HAN REALIZADOS UN EXAMEN GENÉTICO Y OTRO CON LOS
QUE NO? PARA EL CASO QUE EN SU PAÍS NO HUBIERA
LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA, LE
SOLICITAMOS EMITA LA OPINIÓN QUE, AL RESPECTO, TIENE ESA
SECCIÓN NACIONAL**

10) ALEMANIA

No hay ley o jurisprudencia en Alemania que considere la división de los asegurados en dos grupos según la existencia de un examen genético.

10) AUSTRALIA

Como se mencionó anteriormente (véase respuesta a la pregunta H3), no existe ninguna legislación específica en Australia que rija las acciones de las aseguradoras en este contexto.

No obstante, si las aseguradoras mantienen registros separados de los “grupos de riesgo”, sólo pueden hacerlo en cumplimiento del “Código de Práctica”. Por tanto, la información genética que se precise para poblar dicha base de datos no puede ser solicitada específicamente por las aseguradoras. Si esta división de grupos se continúa realizando entre las aseguradoras de Australia, sólo incluye a aquellos clientes de cada aseguradora y sólo cuando los mismos clientes ya poseen dicha información.

10) BÉLGICA

No sería legal, conforme la legislación existente.

10) BRASIL

En Brasil no existe legislación, todavía a la sección le parece factible la formación de dos grupos de riesgo.

10) COLOMBIA

No lo considera. Si considero legal que las aseguradoras formen dos grupos de riesgo con y sin examen genético, sólo con motivo de observación, para estudios de mortalidad y morbilidad; previa autorización del asegurado, tal como funciona actualmente para reportar información a las centrales de riesgo del sistema financiero.

La ley en el derecho positivo obliga a la aseguradora a tarifar con respecto al riesgo. Aunque se podría presentar una discriminación legítima, dados los desarrollos jurisprudenciales ya reseñados, podría adquirir el carácter opuesto.

10) DINAMARCA

No, véase respuesta a preguntas 2 y 4.

10) ECUADOR

No está regulado. Para el sector de profesionales médicos no se debe aceptar esta conformación de grupos asegurados por razones de riesgo genético, precisamente porque no siempre es ciento por ciento certera. Sobre este tema, conocemos de alguna demanda por negligencia médica, planteada por el paciente, por cuanto el médico no explicó al paciente la conveniencia de un examen genético durante el embarazo.

10) EL SALVADOR

No hay legislación específica al respecto, pero sí consideramos que estaríamos frente a un caso discriminatorio, que pudiera verse amparado por la legislación que sí tenemos al respecto sobre la discriminación.

10) ESPAÑA

No existen pronunciamientos sobre este punto; pero en principio y en virtud del principio de no discriminación no parece posible.

10) FRANCIA

La doctrina considera que el asegurador no tendría derecho a ubicar a los asegurados en dos grupos de riesgos (con o sin test genéticos); ni de rechazar las propuestas de seguro de personas que no se hayan efectuado test genéticos ni de establecer tarifas diferentes para esos dos grupos. Sería una discriminación prohibida por el Código Penal.

10) ITALIA

No. Vale lo anteriormente mencionado en referencia a la imposibilidad para los aseguradores de imponer test genéticos a los propios asegurados y/o tratar los relativos éxitos (incluso a los fines de discriminación estadística).

10) JAPÓN

Este tema es una cuestión de controversia en nuestro sector. Nuestro sector no tiene una opinión totalmente unánime al respecto.

10) PARAGUAY

Teniendo en cuenta que en el Paraguay no existe legislación, doctrina ni jurisprudencia con respecto al examen genético, nuestra opinión en la Sección paraguaya es que necesariamente basado en los principios técnicos y actuariales deben existir dos grupos de riesgo conforme a lo señalado en la pregunta. Caso contrario, no tendría sentido la separación.

10) PORTUGAL

Véase la respuesta a la pregunta anterior (9).

10) SUDÁFRICA

No existen leyes específicas en este sentido salvo por las disposiciones constitucionales sobre la discriminación injusta. Cuando la discriminación es justa a los fines de los intereses del público en general, esta discriminación podría considerarse constitucional y, por tanto, legal. En opinión de la sección nacional, no habría razón alguna que impida la identificación del riesgo.

10) URUGUAY

No existe norma al respecto pero nuestra opinión es que dicha agrupación podría calificarse como discriminatoria.

- 10) Para las secciones nacionales de Grecia, Hungría, Indonesia y Suiza, la cuestión se encuentra en estudio.

I I. LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA DE SU PAÍS ¿CONSIDERA QUE SI SE DICTARA UNA LEGISLACIÓN QUE PROHÍBA OBLIGAR A UN EVENTUAL ASEGURADO A REALIZARSE UN EXAMEN GENÉTICO, PREVIO A LA CONTRATACIÓN DE UN SEGURO, LOS SEGUROS DE VIDA SUFRIRÍAN UNA MERMA EN SU PRODUCCIÓN? PARA EL CASO QUE EN SU PAÍS NO HUBIERA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA, LE SOLICITAMOS EMITA LA OPINIÓN QUE, AL RESPECTO, TIENE ESA SECCIÓN NACIONAL

I I) ALEMANIA

No existen estimaciones ni evaluaciones sobre la posibilidad de que la venta de seguros de vida se reduzca si la ley prohíbe a los aseguradores exigir que los asegurados se sometan a un examen genético.

I I) AUSTRALIA

Primero: el Código de Práctica de IFSA mencionado anteriormente, no es suscrito por todas las aseguradoras del mercado australiano. Por tanto, en teoría, ¿es posible que algunas aseguradoras estén solicitando la realización de pruebas genéticas antes de aceptar propuestas? ¿Es éste un escenario posible?

Segundo: la conclusión de ALRC fue la siguiente:

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

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

A la luz de esta declaración, se admite que una aseguradora no arriesgaría la atención de ACCC en la búsqueda de dicha información.

Tercero: el Informe de ALRC fue concluido en el año 2002. Por tanto, la pregunta sería: “¿cuál es la posición actual frente al control legislativo o la actualización de los resultados del informe”? Lamentablemente, no podemos ofrecer respuesta alguna en este momento.

I I) BRASIL

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

I I) COLOMBIA

La legislación no lo contempla. Sucederá como acontece actualmente para el examen del sida (VIH). Aunque las compañías de seguros están en la libertad de incluirlo en sus requisitos médicos de asegurabilidad, el asegurado también está en la libertad de practicárselo o no. La respuesta es que en sólo muy pocos casos el asegurado se niega a practicárselo. Las compañías aseguradoras no han visto mermada la producción por exigirlo o no exigirlo.

I I) DINAMARCA

Como se menciona arriba, se prohíbe solicitar la realización de exámenes para obtener datos genéticos. No ha tenido efecto en la venta de seguros de vida.

I I) ECUADOR

No parece significativo el efecto.

I I) EL SALVADOR

No hay legislación al respecto. Consideramos que los seguros de vida no sufrirían una merma en su producción.

I I) ESPAÑA

Como se ha puesto de manifiesto, las entidades aseguradoras españolas no están solicitando ni utilizando información derivada de pruebas genéticas, por lo que no parece posible que una eventual prohibición legislativa pudiera incidir en la producción de seguros.

I I) FRANCIA

No ha habido caída de cifras de negocios de seguros de vida después de la entrada en vigor de la ley que prohíbe los exámenes genéticos.

I I) HUNGRÍA

En discusión. La legislación actual no brinda una respuesta clara.

Nuestra opinión: semejante prohibición podría afectar considerablemente la venta de seguros de vida.

I I) ITALIA

No. No obstante se presume que donde eso fuera permitido, se registraría una contracción en las ventas para dos razones esenciales. En primer lugar por la comprensible contrariedad de buena parte de la población a tener "previsiones" respecto al propio estado de salud. Y en segundo lugar, porque la antiselección al ingreso que se derivaría/ resultaría de esto, comportaría un inevitable alza de los premios aplicados para los sujetos mayormente necesitados de la cobertura de seguro.

I I) JAPÓN

No existe legislación al respecto. Pero en el mercado actual de las pólizas de seguro en Japón, dicha posibilidad es considerada poco probable.

I 1) PARAGUAY

Teniendo en cuenta que en el Paraguay no existe legislación, doctrina ni jurisprudencia con respecto al examen genético, nuestra opinión en la Sección paraguaya es que al dictarse una ley que prohíba obligar a un eventual asegurado a realizar un examen genético, previo a la contratación de un seguro, los seguros de vida no debería sufrir merma alguna en su producción. Por el contrario habría más gente interesada porque con el examen genético la expectativa sería más atractiva ante la aleatoriedad de la muerte.

I 1) PORTUGAL

En nuestro mercado, los aseguradores no pueden realizar pruebas genéticas en aquellas personas que solicitan un seguro de vida (artículo 11 (2) de la Ley 12/2005). El impacto de esta medida en cuanto a la producción de primas no ha sido objeto de estudio.

I 1) SUDÁFRICA

No existe ley o jurisprudencia al respecto. La opinión de la sección nacional es que las ventas no caerán, aunque los límites de las sumas aseguradas podrían reducirse.

I 1) URUGUAY

No vemos que pudiera existir tal merma pero dada la escasa, por no decir nula, experiencia que tenemos en el país consideramos no podemos emitir una opinión fundada.

11) Para las secciones nacionales de Bélgica, Grecia, Indonesia y Suiza, la cuestión se encuentra en estudio.

12. LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA DE SU PAÍS ¿CONTEMPLA EL CASO QUE DE REALIZARSE EXÁMENES GENÉTICOS, PREVIOS A LA CONTRATACIÓN DE UN SEGURO DE VIDA, ELLO DISMINUIRÍA EL ALEA DEL CONTRATO, DE FORMA TAL QUE PUDIERA LLEGAR A DESAPARECER? PARA EL CASO QUE EN SU PAÍS NO HUBIERA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA, LE SOLICITAMOS EMITA LA OPINIÓN QUE, AL RESPECTO, TIENE ESA SECCIÓN NACIONAL

I 2) AUSTRALIA

Australia no cuenta por el momento con legislación o jurisprudencia. No obstante, las aseguradoras de vida ya han encarado este problema y acordaron seguir el Código de Práctica de IFSA. Se admite que el problema fue encarado con mayor énfasis en el punto

de vista de la privacidad de la persona que en el de la disminución del atractivo de los seguros de vida como tales. Al respecto cabe señalar que hubo y hay aseguradoras de vida que reconocieron y aun reconocen estos riesgos.

12) BRASIL

No existe legislación, doctrina o jurisprudencia y la sección entiende que habrá disminución del *alea*, sin llegar a desaparecer, sea por los accidentes, sea por las nuevas enfermedades contagiosas.

12) COLOMBIA

No se considera que la incertidumbre desaparezca. Vale la pena evaluar que si las pruebas genéticas pueden conllevar prevención, la incertidumbre recaerá sobre el momento en que aparezcan las enfermedades. Por ello, las compañías de seguros de vida deberán evaluar sus sistemas de tarificación de acuerdo con los hábitos de vida y las actividades del asegurado, que son los elementos que influirán aleatoriamente en la mortalidad o en el desarrollo de una determinada enfermedad.

12) DINAMARCA

No, véase arriba.

12) ECUADOR

La infalibilidad de estos exámenes podría tener consecuencias directas en la aleatoriedad del seguro, pero lo que existe realmente es un manejo de probabilidades, que con los exámenes genéticos es mucho más certera. Sin embargo, como hemos mencionado antes, no es muy factible que la utilización de exámenes genéticos, pueda llegar a darse en la práctica, pues afecta principios fundamentales de no discriminación. En este sentido, lo que sucede con personas con VIH positivo, demuestra que las aseguradoras han cambiado poco a poco su posición de negativa absoluta de este riesgo, a una paulatina aceptación del mismo, en la medida que puede ser desconocido por el asegurado al momento de tomar el contrato.

12) EL SALVADOR

No hay legislación al respecto. Consideramos que la realización de exámenes genéticos previo a la contratación de un seguro sí podría llegar a disminuir la aleatoriedad del contrato de seguro, ya que se estaría dependiendo en la contratación del mismo de situaciones más certeras.

12) ESPAÑA

No existe legislación ni jurisprudencia sobre el particular. En relación con la doctrina, muy escasa, se debe tener en cuenta que en la actualidad los resultados de los test genéticos existentes se refieren casi exclusivamente a enfermedades monogénicas, de aparición poco frecuente. En el caso de enfermedades poligénicas (aquellas que afectan a más de un gen y están relacionadas también con la forma de vida del individuo) su predictibilidad es meramente probabilística, en el sentido de que una persona a la que el análisis pronostica una determinada enfermedad no tiene por qué contraerla en el futuro, por lo que el factor aleatorio no desaparece.

12) FRANCIA

La doctrina considera que el carácter aleatorio del seguro (artículo 1964 del Código Civil) podría ser disminuido por los exámenes genéticos.

12) ITALIA

Existiendo la prohibición de solicitar a los asegurados someterse a test genéticos, la doctrina y la jurisprudencia nunca enfrentaron el problema. En línea teórica, estando el riesgo asegurado evaluado sobre bases de probabilidades, los resultados de los —*screenings* genéticos— que a su vez tienen una validez de probabilidades —podrían influenciarlo—. Se debe no obstante tener presente que —en esas condiciones— el riesgo en el aspecto de seguro está calculado, incluso a los efectos del premio de tarifa aplicado, basándose sobre una hipótesis estadística que no utiliza dicha discriminación.

12) JAPÓN

No. En el mercado actual de las pólizas de seguro en Japón, esta posibilidad es también considerada baja.

12) PARAGUAY

Ídem respuesta anterior.

12) SUDÁFRICA

No existe ley o jurisprudencia al respecto. En opinión de la sección nacional, las pólizas de seguro de vida no desaparecerán aunque podrían surgir otros planes de inversión y ahorro más atractivos para los consumidores.

12) URUGUAY

Opinamos que el *alea* del seguro se conservaría a pesar de los exámenes genéticos.

- 12) Para Alemania, Bélgica, Grecia, Hungría, Indonesia, Portugal y Suiza, la cuestión se encuentra en estudio.

**13. LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA DE SU PAÍS
¿CONTEMPLA EL CASO QUE SI A LOS ASEGURADORES SE LES
PROHIBIERA SOLICITAR EL EXAMEN GENÉTICO, PREVIO A LA
CONTRATACIÓN DE UN SEGURO, LOS ASEGURADOS, QUE
CONOZCAN SU CONDICIÓN GENÉTICA, LO PODRÍAN UTILIZAR
EN PERJUICIO DEL ASEGURADOR? PARA EL CASO QUE EN SU
PAÍS NO HUBIERA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O
JURISPRUDENCIA, LE SOLICITAMOS EMITA LA OPINIÓN QUE, AL
RESPECTO, TIENE ESA SECCIÓN NACIONAL**

13) ALEMANIA

Sí, hay preocupación en torno a la posibilidad de que, en caso de que se prohíba a las compañías de seguro solicitar datos genéticos, algunos interesados que conocen sus datos genéticos negativos, no lo informarán al asegurador y contratarán con la compañía de seguros (en especial, desearán una cobertura elevada). La preocupación existe debido a que no sería razonable que otros asegurados paguen un precio más elevado.

13) AUSTRALIA

Las aseguradoras de vida tienen derecho a solicitar los antecedentes familiares de los potenciales asegurados así como cualquier resultado de pruebas genéticas a las que el solicitante se hubiera sometido de manera voluntaria.

No obstante, si la información genética de un solicitante es conocida por él y no es revelada a la aseguradora de vida deliberadamente, son claros los derechos y los recursos de las aseguradoras en la Ley de Contratos de Seguros de 1986 en caso de falta de provisión, fraudulenta o involuntaria

13) BÉLGICA

Sin embargo, surge un problema en la situación en la cual se han realizado pruebas genéticas—por ejemplo, por motivos terapéuticos o científicos—y el candidato conoce estos resultados. Como hemos visto, la prohibición de la comunicación de los datos evitará que el asegurado comunique esta información, aun cuando estuviera dispuesto a hacerlo. Los riesgos desfavorables (aquellos que no están favorecidos por su perfil genético) se verán inclinados a obtener una cobertura cuando los riesgos positivos puedan llevarlos a no obtener un seguro para ciertos riesgos específicos. Nos enfrentamos con una situación de “selección adversa”. Los peligros relacionados con este problema

amenazarían el equilibrio y la supervivencia de la compañía de seguros (*casu quo*: la industria del seguro) y este peligro reviste tal gravedad que podría atentar contra el interés del asegurado. Desde este ángulo, surgen argumentos para obligar al asegurado que tiene información sobre su perfil genético a comunicarlo al asegurador. Para hacer frente al argumento de que esta obligación desalentaría a la gente a someterse a una evaluación genética, una solución sería limitar la obligación de comunicación a los casos en los que se intenta obtener una cobertura “normal” o “socialmente aceptable”. Esta solución sigue la línea marcada por aquella que adoptaron varios países, especialmente aquellos que optaron por un sistema de topes.

13) BRASIL

No existe legislación, doctrina o jurisprudencia y la sección entiende que se podría utilizar la información en perjuicio del asegurador.

13) COLOMBIA

No lo contempla. Sin embargo, basta recordar que según el derecho privado, el asegurado está obligado a manifestar exactamente el estado del riesgo que conozca y el derecho constitucional podría crear excepciones a esta obligación.

Por ejemplo, los asegurados que conozcan su condición genética, lo podrían utilizar en perjuicio del asegurador, pero a la vez la compañía de seguros, precisamente pensando en lo mismo, podría incluir condiciones particulares en sus contratos tales como exclusiones de ciertas coberturas o limitaciones relacionadas con el examen genético. Tratándose que el seguro de vida es un contrato de adhesión, el asegurado sólo tendría la alternativa de adherirse a él.

13) DINAMARCA

Como se menciona arriba, se prohíbe la solicitud de exámenes para obtener datos genéticos.

13) ECUADOR

No existe nada al respecto en la ley, jurisprudencia o doctrina, pero, por supuesto que habría perjuicio para el asegurador, si existe conocimiento previo del asegurado sobre su condición genética, y deliberadamente no lo informa. Claro que el problema es de orden probatorio, para que el asegurador pueda demostrar el ocultamiento de la información por

13) EL SALVADOR

No hay legislación al respecto. Nuestra opinión al respecto es que los asegurados que conozcan su condición genética sí podrían utilizarlo en perjuicio del asegurador en el sentido de que se les facilitaría a ellos ocultar información respecto a su condición.

13) ESPAÑA

Como se ha puesto de manifiesto, la legislación española no contempla de modo especial la utilización de datos genéticos por parte de los aseguradores, siendo de aplicación la doctrina general relativa al deber precontractual de declaración del riesgo y al deber de comunicación de la posible agravación durante la vigencia del contrato.

13) FRANCIA

La doctrina considera que los asegurados informados de su condición genética, teniendo el derecho de no saber, podrían ejercitar una acción contra el asegurador que les haya revelado su condición genética. Esta revelación podría ser considerada como una falta en el sentido de los artículos 1382 –1383 del Código Civil.

13) GRECIA

Sí, se podría utilizar en perjuicio del asegurador.

13) HUNGRÍA

La legislación actual no reglamenta esta situación. Esta sección nacional no tiene una opinión por el momento, aunque lo estamos estudiando.

13) INDONESIA

La cuestión se encuentra en estudio.

13) ITALIA

El problema no ha sido planteado en doctrina y en jurisprudencia. En línea teórica, no existen obstáculos para que el asegurado utilice, incluso en el dominio judicial, los resultados de los test genéticos contra el asegurador. Se observa no obstante que, no influyendo el resultado de los test genéticos sobre la medida del premio aplicado por el asegurador no se aplica la regulación del artículo 1897 CC a los efectos del cual

“si el contrayente comunica al asegurador cambios que producen una disminución del riesgo tal que, si hubiese estado en conocimiento de la misma en el momento de la conclusión del contrato, habría llevado a la aplicación de un premio menor, el asegurador, a partir del vencimiento del premio o de la cuota/parte de premio sucesiva a la comunicación mencionada, no puede exigir sino el premio menor”.

Del mismo modo, al no estar la evaluación del riesgo influenciada por el resultado de los test genéticos (los cuales, de todos modos, en el estado actual de los conocimientos científicos, no ofrecen certezas sino sólo posibilidades), no parece aplicable ni siquiera la disciplina sobre la inexistencia del riesgo (que comporta la nulidad del contrato) o sobre la cesación del riesgo durante el seguro.

13) JAPÓN

No existe legislación al respecto. Nuestra sección nacional reconoce la posibilidad de una selección adversa. También parece existir la posibilidad que un médico aconseje a un paciente que contrate un seguro a fin de asegurarse la remuneración por un tratamiento médico.

13) PARAGUAY

En la Sección paraguaya sostenemos el criterio, que ninguna persona cuerda y en especial aquella imbuida del altruismo que caracteriza a las personas que piensan en el *bienestar* de su familia *jamás podría utilizar en perjuicio del asegurador*.

13) PORTUGAL

En nuestra opinión, este caso, en teoría, constituye un contrato de seguro no válido, debido a inexactitudes u omisiones (artículo 429 del Código Comercial portugués).

Cualquier declaración inexacta, así como la falta de información de hechos o circunstancias conocidas para el titular de la póliza o para la persona responsable de tomar el seguro, que pudiera influir en la existencia del mismo contrato o de las condiciones que contiene, invalida la póliza.

En caso de que hubiera prueba de mala fe por parte del individuo que realiza las declaraciones, el asegurador tiene derecho a retener la prima.

Sin embargo, no se conocen casos de este tipo en concreto ya que se trata de información confidencial a la que el asegurador no tiene acceso. Aun cuando el asegurador tuviera acceso a esta información (suponiendo que se obtuvo autorización del titular de la póliza) no tendría posibilidad de hacer uso de ella (artículo 11 (2) de la Ley 12/2005).

13) SUDÁFRICA

No existe legislación o jurisprudencia alguna. La posición actual sobre la obligación de dar a conocer información sustancial y la responsabilidad por la omisión de suministrar información, según 19, se aplicaría también en este caso. En opinión de la sección nacional, la omisión de informar este tipo de información afectaría sin duda a los aseguradores y la situación podría ser utilizada por el asegurado potencial para su propio beneficio.

13) SUIZA

La cuestión se encuentra en estudio.

I3) URUGUAY

Esta sección nacional opina que en efecto tal prohibición podría fomentar actitudes fraudulentas en los asegurados que conozcan su condición genética, generando un factor de antiselección peligroso para el asegurador.

I4. LA LEGISLACIÓN DE SEGUROS VIGENTE EN SU PAÍS, O LA JURISPRUDENCIA EXISTENTE, ¿TIENE FORMA DE IMPEDIR TALES EVENTUALES PERJUICIOS, YA SEA A TRAVÉS DE LA RETICENCIA O DE ALGUNA OTRA FORMA? PARA EL CASO QUE EN SU PAÍS NO HUBIERA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y/O JURISPRUDENCIA, LE SOLICITAMOS EMITA LA OPINIÓN QUE, AL RESPECTO, TIENE ESA SECCIÓN NACIONAL

I4) ALEMANIA

Hasta el momento, no hay ninguna norma que permita a las compañías de seguro evitar la reticencia.

I4) AUSTRALIA

Como se mencionó en la respuesta a la pregunta 13, existen la Ley de Contratos de Seguros y varias resoluciones importantes de la Suprema Corte relativas a la doctrina de reticencia.

I4) BÉLGICA

La cuestión se encuentra bajo estudio.

I4) BRASIL

Sí, el principio de la buena fe impone que el asegurado informe, con veracidad, todas las condiciones de salud conocidas por él, incluso datos de la condición genética.

I4) COLOMBIA

Como lo comentado anteriormente, las compañías de seguros sí tienen las herramientas jurídicas y administrativas para prevenir los perjuicios, tales como:

La inclusión de preguntas clave en el cuestionario de salud.

La inclusión de condiciones particulares al contrato de seguro relacionadas con el tema.

La inclusión de exclusiones o limitaciones de cobertura.

La penalización de la reticencia.

La anulación del contrato de seguro en los dos primeros años de vigencia del seguro en vida del asegurado por error en la declaración de asegurabilidad.

Etc.

I4) DINAMARCA

Véase respuesta a la pregunta 13. En opinión de esta sección nacional, el riesgo de abuso es bajo en esta área.

I4) ECUADOR

La reticencia en la declaración, al menos en teoría, puede ser invocada por el asegurador, en tanto en cuanto demuestre que el asegurado conocía de la circunstancia no declarada.

I4) EL SALVADOR

Nuestra legislación sí contempla la posibilidad de impedir tales perjuicios, dándole al asegurador el derecho de dar por terminado el contrato de seguro cuando el asegurado en sus declaraciones ha actuado de manera dolosa o culposa

I4) ESPAÑA

En el caso de incumplimiento del asegurado del deber de contestación veraz del cuestionario presentado por el asegurador (art. 10 LCS), éste podrá rescindir el contrato en el plazo de un mes, a contar desde que tuvo conocimiento de la reticencia o inexactitud. En el caso de haberse producido el siniestro la prestación del asegurador se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. En el caso de que la reticencia del asegurado se hubiera producido con culpa grave dolo, el asegurador quedará liberado del pago de la prestación.

En el caso de incumplimiento del deber de comunicar la agravación del riesgo (art. 13 LCS), el asegurador tendrá la facultad de proponer una modificación del contrato o bien de rescindir el contrato.

En el seguro de vida (art. 89 LCS) el asegurador no tendrá estas facultades transcurrido un año desde la conclusión del contrato, pudiendo las partes fijar un plazo inferior, salvo el caso de dolo del asegurado.

I4) FRANCIA

No es posible renunciar por adelantado a un derecho de orden público o a una disposición imperativa (artículo 6 del Código Civil). El derecho de no saber constituye un derecho de orden público. El asegurado no puede renunciar por adelantado a la protección de tal derecho. Toda renuncia por adelantado a ese derecho sería nula y de ningún efecto.

I4) GRECIA

La cuestión se encuentra en estudio.

I4) HUNGRÍA

Esta sección nacional no tiene opinión por el momento, aunque lo estamos estudiando.

I4) INDONESIA

La cuestión se encuentra bajo estudio.

I4) ITALIA

Por las razones expuestas en las respuestas anteriores, no.

De todos modos se observa que según la jurisprudencia, el asegurado incurre en *misrepresentation* del riesgo sólo si no responde a una específica pregunta del cuestionario que le es presentado por el asegurador y no está obligado a ningún comportamiento positivo, como el de divulgar los resultados de los test genéticos a los cuales se ha eventualmente sometido.

I4) JAPÓN

No existe legislación al respecto. Pero la jurisprudencia gradualmente se ha vuelto más estricta para el seguro de fraude, y por tanto, pareciera existir la posibilidad que se permita la rescisión por mala fe en las pólizas de seguro.

I4) PARAGUAY

En la Sección paraguaya de AIDA considera que el seguro

“es nulo si se celebró con la intención de enriquecerse indebidamente..., y la reticencia hace anulable el contrato”,

con la expresa salvedad que se deben presentar las pruebas al juez para que éste en un juicio ordinario declare la nulidad del contrato.

14) PORTUGAL

Véase respuesta a la pregunta anterior.

14) SUDÁFRICA

El derecho de acceso a la información, según el artículo 32 de la Constitución, establece que toda persona tiene derecho a acceder a cualquier tipo de información que otra persona pudiera tener y que fuera necesaria para proteger algún derecho. Además, se aplica la doctrina del *common law* sobre reticencia que se menciona en I9 y I13. La posición del *common law* que surge de la doctrina puede resumirse de la siguiente manera: debido al conocimiento íntimo por parte del asegurado de todos los datos relacionados con el riesgo que desea transferir al asegurador, la ley le exige informar todo dato relevante que pudiera conocer al asegurador. Ello permite al asegurador establecer si está preparado para asumir el riesgo del asegurado y llegar a un acuerdo con el asegurado [*Mutual & Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality* 1985 1 SA 419 (A); *Anderson Shipping v Guardian National Insurance* 1987 3 SA 506 (A); *Qilingile v SA Mutual Life Assurance Society* 1993 1 SA 69 (A); *De Waal NO v Metropolitan Lewens Bpk* 1994 1 SA 818 (O); *SA Eagle v Norman Welthagen Investments* 1994 2 SA 122 (A); *Commercial Union Insurance Co of SA Ltd v Lotter* 1999 2 SA 147 (SCA)].

14) SUIZA

La cuestión se encuentra en estudio.

14) URUGUAY

Como esta sección nacional ya ha dicho, existe la institución de la reticencia que podría paliar los perjuicios, pero no sería por cierto aplicable si se prohibiera al asegurador solicitar tales exámenes.

Como se puede observar, la mayoría de los países coincide con la opinión sustentada por la Sección argentina, en este trabajo, aunque con algunos matices diversos. En efecto, en general se considera que el examen genético previo no debe solicitarse al eventual asegurado con el objeto de no violentar sus derechos individuales y de respetar su "derecho a no saber". Algunos, cuando la suma asegurada es muy elevada, autorizan el examen mencionado, con autorización del asegurado, a los efectos de evitar la antiselección. En otros varios casos son los propios aseguradores, o las entidades que los nuclean, los que se autolimitan.

IX. DECLARACIONES Y CONVENIOS SUPRANACIONALES

a) DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE EL PROYECTO GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS

La UNESCO, en el mes de septiembre de 1997 emite la Declaración Universal sobre el Proyecto Genoma Humano y los Derechos Humanos, n° 29C/21, firmada por los delegados de casi cien países, con la sola disidencia de Canadá. Esta declaración, a mi juicio, por un lado, exalta y proclama, los derechos humanos al sostener el respeto a la dignidad y derechos del individuo cualquiera sean sus características genéticas; el derecho que se respete el carácter único y la diversidad de cada persona; la necesidad de recabar el consentimiento previo, libre e informado de la persona que haya de someterse a un examen genético; pero, por el otro lado, en el in. "d" del art. 5°, y el art. 9°, se deja abierta una enorme "brecha" para que los estados signatarios de la declaración, puedan vulnerar los derechos humanos al permitir que se pueda realizar un examen genético a una persona, sin su consentimiento, cuando la misma no estuviera en condiciones de expresarlo y siempre y cuando se obtenga un beneficio directo para su salud.

Pero si esto no fuera posible (el beneficio directo para su salud) igual se podrá realizar el examen, con carácter excepcional, *permitiendo exponer al interesado a un riesgo y coerción mínimos*, cuando de dicha investigación pudiera surgir un beneficio de salud para un grupo de edad o que se encuentre en las mismas condiciones genéticas, a reserva de que dicha investigación se realice dentro de las condiciones que fije la ley y que sea compatible con la protección de los derechos humanos (conf. art. 5°, inc. "d").

A su vez, el art. 9° establece que con el objeto de proteger los derechos humanos

"sólo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello"

y la reserva del respeto del derecho internacional público y del internacional relativo a los derechos humanos.

Como se puede observar, los estados se reservan para sí legislar en la materia pudiendo, no sólo limitar el consagrado principio del consentimiento previo, libre e informado, y de la confidencialidad, sino también, someter a las personas al examen genético bajo coerción y aunque corran un riesgo. Aparece aquí, nuevamente, la cuestión del posmodernismo, filosofía en la cual se inscribe, en mi criterio, la declaración de la UNESCO. Por un lado se declaman y exaltan los derechos humanos y, por el otro, se los limita hasta el extremo de permitir los exámenes genéticos haciendo uso de la coerción y aunque las personas corran riesgos. Coincido con la expresión de CARLOS A GHERSI en el sentido que,

“...la posmodernidad será la contradicción entre la exaltación del ser humano y la retrocesión legislativa y jurisprudencial que lo denigra”¹⁸.

Ratificando la declaración de la UNESCO, el 10 de diciembre de 1998 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó por consenso la Declaración Universal sobre el Genoma Humano. El documento fue presentado por iniciativa de Francia a la Asamblea General, con el apoyo de 86 países.

b) CONVENCIÓN DE OVIEDO

Con el auspicio del Consejo de Europa, se elaboró la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina el 4 de abril de 1997, llamada la Convención de Oviedo. El artículo 11 de esta convención prohíbe cualquier forma de discriminación sobre la base de la herencia genética y el artículo 12 explícitamente prohíbe la realización de pruebas predictivas por razones que no sean la investigación médica, aun con el consentimiento de la persona involucrada. Según el artículo 12:

“Sólo podrán realizarse pruebas predictivas de enfermedades genéticas que permitan identificar a un sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad o que permitan detectar una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad con fines médicos o de investigación médica y sujeto al asesoramiento genético adecuado”¹⁹.

c) DECLARACIÓN UNIVERSAL DE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS

Esta declaración fue aprobada, por aclamación en la 33 sesión de la Asamblea General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005. Su texto es el siguiente:

“DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1. ALCANCE

a) La declaración trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales.

b) La declaración va dirigida a los estados. Imparte también orientación, cuando procede, para las decisiones o prácticas de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas.

18 GHERSI, CARLOS A., ob. citada.

19 Un número creciente de países ha firmado y ratificado la Convención de Oviedo (www.conventions.coc.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm).

ARTÍCULO 2. OBJETIVOS

Los objetivos de la presente declaración son:

- i) proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los estados en la formulación de legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética;
- ii) orientar la acción de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas;
- iii) promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos;
- iv) reconocer la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico, destacando al mismo tiempo la necesidad de que esa investigación y los consiguientes adelantos se realicen en el marco de los principios éticos enunciados en esta declaración y respeten la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- v) fomentar un diálogo multidisciplinario y pluralista sobre las cuestiones de bioética entre todas las partes interesadas y dentro de la sociedad en su conjunto;
- vi) promover un acceso equitativo a los adelantos de la medicina, la ciencia y la tecnología, así como la más amplia circulación posible y un rápido aprovechamiento compartido de los conocimientos relativos a esos adelantos y de sus correspondientes beneficios, prestando una especial atención a las necesidades de los países en desarrollo;
- vii) salvaguardar y promover los intereses de las generaciones presentes y venideras; y
- viii) destacar la importancia de la biodiversidad y su conservación como preocupación común de la especie humana.

PRINCIPIOS

En el ámbito de la presente declaración, tratándose de decisiones adoptadas o de prácticas ejecutadas por aquellos a quienes va dirigida, se habrán de respetar los principios siguientes.

ARTÍCULO 3. DIGNIDAD HUMANA Y DERECHOS HUMANOS

- a) Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.
- b) Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

ARTÍCULO 4. BENEFICIOS Y EFECTOS NOCIVOS

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se deberían potenciar al máximo los beneficios directos e indirectos para los pacientes, los participantes en las actividades de investigación y otras personas concernidas, y se deberían reducir al máximo los posibles efectos nocivos para dichas personas.

ARTÍCULO 5. AUTONOMÍA Y RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.

ARTÍCULO 6. CONSENTIMIENTO INFORMADO

a) Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo podrá llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.

b) La investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente declaración, en particular en el artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

c) En los casos correspondientes a investigaciones llevadas a cabo en un grupo de personas o una comunidad, se podrá pedir además el acuerdo de los representantes legales del grupo o la comunidad en cuestión. El acuerdo colectivo de una comunidad o el consentimiento de un dirigente comunitario u otra autoridad no deberían sustituir en caso alguno el consentimiento informado de una persona.

ARTÍCULO 7. PERSONAS CARENTES DE LA CAPACIDAD DE DAR SU CONSENTIMIENTO

De conformidad con la legislación nacional, se habrá de conceder protección especial a las personas que carecen de la capacidad de dar su consentimiento:

a) La autorización para proceder a investigaciones y prácticas médicas debería obtenerse conforme a los intereses de la persona interesada y de conformidad con la legislación nacional. Sin embargo, la persona interesada debería estar asociada en la mayor medida posible al proceso de adopción de la decisión de consentimiento, así como al de su revocación;

b) Se deberían llevar a cabo únicamente actividades de investigación que redunden directamente en provecho de la salud de la persona interesada, una vez obtenida la autorización y reunidas las condiciones de protección prescritas por la ley, y si no existe una alternativa de investigación de eficacia comparable con participantes en la investigación capaces de dar su consentimiento. Las actividades de investigación que no entrañen un posible beneficio directo para la salud se deberían llevar a cabo únicamente de modo excepcional, con las mayores restricciones, exponiendo a la persona únicamente a un riesgo mínimo y una carga mínima y, si se espera que la investigación redunde en provecho de la salud de otras personas de la misma categoría, a reserva de las condiciones prescritas por la ley y de forma compatible con la protección de los derechos humanos de la persona. Se debería respetar la negativa de esas personas a tomar parte en actividades de investigación.

ARTÍCULO 8. RESPETO DE LA VULNERABILIDAD HUMANA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.

ARTÍCULO 9. RESPETO DE LA PRIVACIDAD Y CONFIDENCIALIDAD

Se debería respetar la privacidad de las personas interesadas y la confidencialidad de la información que les atañe. En la mayor medida posible, esa información no debería utilizarse o revelarse para fines distintos de los que determinaron su acopio o para los que se obtuvo el consentimiento, de conformidad con el derecho internacional, en particular el relativo a los derechos humanos.

ARTÍCULO 10. IGUALDAD, JUSTICIA Y EQUIDAD

Se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad.

ARTÍCULO 11. NO DISCRIMINACIÓN Y NO ESTIGMATIZACIÓN

No se debería discriminar ni estigmatizar a ningún individuo o grupo por ningún motivo, en violación de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

ARTÍCULO 12. RESPETO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y DEL PLURALISMO

Se debería tener debidamente en cuenta la importancia de la diversidad cultural y del pluralismo. No obstante, estas consideraciones no habrán de invocarse para atentar contra la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales o los principios enunciados en la presente declaración, ni tampoco para limitar su alcance.

ARTÍCULO 13. SOLIDARIDAD Y COOPERACIÓN

Se habrá de fomentar la solidaridad entre los seres humanos y la cooperación internacional a este efecto.

ARTÍCULO 14. RESPONSABILIDAD SOCIAL Y SALUD

a) La promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos es un cometido esencial de los gobiernos, que comparten todos los sectores de la sociedad.

b) Teniendo en cuenta que el disfrute del nivel de salud más alto que se pueda alcanzar es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, convicciones políticas, condición económica o social, los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar:

- i) el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano;
- ii) el acceso a una alimentación y un abastecimiento en agua adecuados;
- iii) la mejora de las condiciones de vida y del medio ambiente;
- iv) la supresión de la marginación y exclusión de personas por cualquier motivo; y
- v) la reducción de la pobreza y el analfabetismo.

ARTÍCULO 15. APROVECHAMIENTO COMPARTIDO DE LOS BENEFICIOS

a) Los beneficios resultantes de toda investigación científica y sus aplicaciones deberían compartirse con la sociedad en su conjunto y en el seno de la comunidad internacional, en particular con los países desarrollados. Los beneficios que se deriven de la aplicación de este principio podrán revestir las siguientes formas:

- i) asistencia especial y duradera a las personas y los grupos que hayan tomado parte en la actividad de investigación y reconocimiento de los mismos;
 - ii) acceso a una atención médica de calidad;
 - iii) suministro de nuevas modalidades o productos de diagnóstico y terapia obtenidos gracias a la investigación;
 - iv) apoyo a los servicios de salud;
 - v) acceso a los conocimientos científicos y tecnológicos;
 - vi) instalaciones y servicios destinados a crear capacidades en materia de investigación; y
 - vii) otras formas de beneficio compatibles con los principios enunciados en la presente declaración.
- b) Los beneficios no deberían constituir incentivos indebidos para participar en actividades de investigación.

ARTÍCULO 16. PROTECCIÓN DE LAS GENERACIONES FUTURAS

Se deberían tener debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética.

ARTÍCULO 17. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, LA BIOSFERA Y LA BIODIVERSIDAD

Se habrán de tener debidamente en cuenta la interconexión entre los seres humanos y las demás formas de vida, la importancia de un acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos y su utilización, el respeto del saber tradicional y el papel de los seres humanos en la protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

ARTÍCULO 18. ADOPCIÓN DE DECISIONES Y TRATAMIENTO DE LAS CUESTIONES BIOÉTICAS

a) Se debería promover el profesionalismo, la honestidad, la integridad y la transparencia en la adopción de decisiones, en particular las declaraciones de todos los conflictos de interés y el aprovechamiento compartido de conocimientos. Se debería procurar utilizar los mejores conocimientos y métodos científicos disponibles para tratar y examinar periódicamente las cuestiones de bioética.

b) Se debería entablar un diálogo permanente entre las personas y los profesionales interesados y la sociedad en su conjunto.

c) Se deberían promover las posibilidades de un debate público pluralista e informado, en el que se expresen todas las opiniones pertinentes.

ARTÍCULO 19. COMITÉS DE ÉTICA

Se deberían crear, promover y apoyar, al nivel que corresponda, comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas con miras a:

i) evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales pertinentes suscitados por los proyectos de investigación relativos a los seres humanos;

ii) prestar asesoramiento sobre problemas éticos en contextos clínicos;

iii) evaluar los adelantos de la ciencia y la tecnología, formular recomendaciones y contribuir a la preparación de orientaciones sobre las cuestiones que entren en el ámbito de la presente declaración; y

iv) fomentar el debate, la educación y la sensibilización del público sobre la bioética, así como su participación al respecto.

ARTÍCULO 20. EVALUACIÓN Y GESTIÓN DE RIESGOS

Se deberían promover una evaluación y una gestión apropiadas de los riesgos relacionados con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas.



ARTÍCULO 21. PRÁCTICAS TRANSNACIONALES

a) Los estados, las instituciones públicas y privadas y los profesionales asociados a actividades transnacionales deberían procurar velar por que sea conforme a los principios enunciados en la presente declaración toda actividad que entre en el ámbito de ésta y haya sido realizada, financiada o llevada a cabo de cualquier otra manera, en su totalidad o en parte, en distintos estados.

b) Cuando una actividad de investigación se realice o se lleve a cabo de cualquier otra manera en un Estado o en varios (el Estado anfitrión o los estados anfitriones) y sea financiada por una fuente ubicada en otro Estado, esa actividad debería someterse a un nivel apropiado de examen ético en el Estado anfitrión o los estados anfitriones, así como en el Estado donde esté ubicada la fuente de financiación. Ese examen debería basarse en normas éticas y jurídicas que sean compatibles con los principios enunciados en la presente declaración.

c) Las actividades de investigación transnacionales en materia de salud deberían responder a las necesidades de los países anfitriones y se debería reconocer la importancia de la investigación para contribuir a la paliación de los problemas urgentes de salud a escala mundial.

d) Al negociar un acuerdo de investigación, se deberían establecer las condiciones de colaboración y el acuerdo sobre los beneficios de la investigación con la participación equitativa de las partes en la negociación.

e) Los estados deberían tomar las medidas adecuadas en los planos nacional e internacional para luchar contra el bioterrorismo, así como contra el tráfico ilícito de órganos, tejidos y muestras, los recursos genéticos y los materiales relacionados con la genética.

PROMOCIÓN DE LA DECLARACIÓN

ARTÍCULO 22. FUNCIÓN DE LOS ESTADOS

a) Los estados deberían adoptar todas las disposiciones adecuadas, tanto de carácter legislativo como administrativo o de otra índole, para aplicar mediante leyes o reglamentos los principios enunciados en la presente declaración. Esas disposiciones deberían respaldarse con actividades en el ámbito de la educación, la formación y la información al público.

b) Los estados deberían alentar la creación de comités de ética independientes, multidisciplinarios y pluralistas, tal como se dispone en el artículo 19.

ARTÍCULO 23. EDUCACIÓN, FORMACIÓN E INFORMACIÓN EN MATERIA DE BIOÉTICA

a) Para promover los principios enunciados en la presente declaración y entender mejor los problemas planteados en el plano de la ética por los adelantos de la ciencia y la tecnología, en particular para los jóvenes, los estados deberían esforzarse no sólo por

fomentar la educación y formación relativas a la bioética en todos los planos, sino también por estimular los programas de información y difusión de conocimientos sobre la bioética.

b) Los estados deberían alentar a las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales, así como a las organizaciones no gubernamentales internacionales, regionales y nacionales, a que participen en esta tarea.

ARTÍCULO 24. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

a) Los estados deberían fomentar la difusión de información científica a nivel internacional y estimular la libre circulación y el aprovechamiento compartido de los conocimientos científicos y tecnológicos.

b) En el contexto de la cooperación internacional, los estados deberían promover la cooperación científica y cultural y llegar a acuerdos bilaterales y multilaterales que permitan a los países en desarrollo crear las capacidades necesarias para participar en la creación y el intercambio de conocimientos científicos y de las correspondientes competencias técnicas, así como en el aprovechamiento compartido de sus beneficios.

c) Los estados deberían respetar y fomentar la solidaridad entre ellos y deberían también promoverla con y entre individuos, familias, grupos y comunidades, en particular con los que son más vulnerables a causa de enfermedades, discapacidades u otros factores personales, sociales o ambientales, y con los que poseen recursos más limitados.

ARTÍCULO 25. ACTIVIDADES DE SEGUIMIENTO DE LA UNESCO

a) La UNESCO deberá promover y difundir los principios enunciados en la presente declaración. Para ello, la UNESCO solicitará la ayuda y la asistencia del Comité Intergubernamental de Bioética (CIGB) y del Comité Internacional de Bioética (CIB).

b) La UNESCO deberá reiterar su voluntad de tratar la bioética y de promover la colaboración entre el CIGB y el CIB.

DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 26. INTERRELACIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD DE LOS PRINCIPIOS

La presente declaración debe entenderse como un todo y los principios deben entenderse como complementarios y relacionados unos con otros. Cada principio debe considerarse en el contexto de los demás principios, según proceda y corresponda a las circunstancias.

ARTÍCULO 27. RESTRICCIONES DE LOS PRINCIPIOS

Si se han de imponer limitaciones a la aplicación de los principios enunciados en la presente declaración, se debería hacer por ley, en particular las leyes relativas a la seguridad pública para investigar, descubrir y enjuiciar delitos, proteger la salud pública y salvaguardar los derechos y libertades de los demás. Dicha ley deberá ser compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

ARTÍCULO 28. SALVEDAD EN CUANTO A LA INTERPRETACIÓN: ACTOS QUE VAYAN EN CONTRA DE LOS DERECHOS HUMANOS, LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES Y LA DIGNIDAD HUMANA

Ninguna disposición de la presente declaración podrá interpretarse como si confiriera a un Estado, grupo o individuo derecho alguno a emprender actividades o realizar actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana.

Esta declaración viene, en nuestro criterio, a solucionar las “brechas” que había dejado la anterior de 1997, y que más arriba criticamos, al no permitir realizar exámenes genéticos bajo coerción e impedir que los países puedan limitar los derechos que de ella emanan.

Para finalizar debemos decir que el Proyecto Genoma Humano es un notable avance científico para la humanidad que no debe ser utilizado para discriminar, ya que ello significaría un enorme menoscabo a los derechos personalísimos. Si así sucediera la raza humana habrá retrocedido substancialmente en su lucha por la igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN FIDALGO, JOAQUÍN, “El seguro de personas y el genoma humano”, ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Guadalajara, México, marzo de 2006.

Amgen Internacional, [en línea], disponible en: www.amgen.es/biotecnología/genoma.htm

Diario *El Nacional*, [en línea], disponible en: [www.uneeduve/salud/articulos/elnacional/1298/declaración clonación.htm](http://www.uneeduve/salud/articulos/elnacional/1298/declaración_clonación.htm)

Diario *Ámbito Financiero*, del 28 de julio de 1999, pág. 18.

FERNÁNDEZ DEL RIESGO, MANUEL, “La posmodernidad y la crisis de los valores religiosos”, pág. 89, “En torno a la posmodernidad”, VATTIMO G. y otros, *Anthropos*, año 1994.

GHERSI, CARLOS A., “La posmodernidad jurídica”, diario *La Ley*, 8 de mayo de 1997, año LXI, n° 88.

HALPERÍN - MORANDI, “Seguros”, págs. 50/51, Depalma, 2ª edición, año 1991.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Aspectos jurídicos del Proyecto Genoma Humano”, ED, t. 153, págs. 929/945.

KIPER, CLAUDIO MARCELO “La discriminación”, *La Ley*, t. 1995-B, págs. 1025/1034.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO, “El Código Genético y el contrato de seguros”, “El derecho ante el Proyecto Genoma Humano”, vol. III, pág. 41, Fundación BBV, Madrid, 1994.

SCHAEGIS, CHRYSTELLE, “*Progrès scientifique et responsabilité administrative*”, CNRS Droit, CNRS Editions, París, octubre de 1998.

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

UNESCO, *Declaración universal sobre el Proyecto Genoma Humano y los derechos humanos*, nro 29C/21, septiembre de 1997.

UNESCO, *Declaración universal de bioética y derechos humanos*, octubre de 2005.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE M., *Resarcimiento de daños - Daños a las personas*, pág. 94, Hammurabi, año 1994.

