



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**Análisis genético y derecho a la intimidad en los
seguros personales en Perú**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Angela Magaly CALVO GUTIERREZ

ASESOR

Luis Manuel HUAYTA ROJAS

Lima, Perú

2017



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Calvo, A. (2017). *Análisis genético y derecho a la intimidad en los seguros personales en Perú*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.



1246.

131

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANATO DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA ✓

Unidad de Post Grado ✓

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

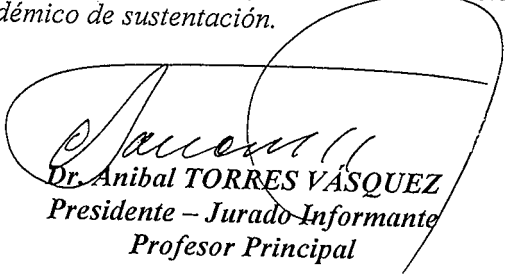
En la ciudad de Lima, a los veintisiete días del mes de junio del año dos mil diecisiete, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Anibal Torres Vásquez y con la asistencia de los Profesores: Dr. José Roberto Rendón Vásquez, Mg. Jairo Napoleón Cieza Mora, Mg. Manuel Alexis Bermúdez Tapia, Mg. Luis Huayta Rojas y la postulante al Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Bachiller **Angela Magaly CALVO GUTIERREZ**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: "ANÁLISIS GENÉTICO Y DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS SEGUROS PERSONALES EN PERÚ".

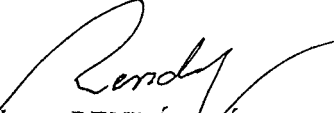
Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

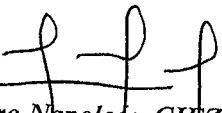
Aprobada con la nota catorce (14)


A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial a la Bachiller en Derecho **Angela Magaly CALVO GUTIERREZ**.

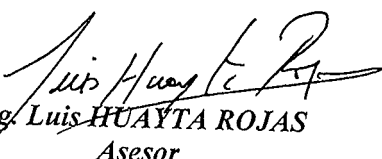
Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. Anibal TORRES VÁSQUEZ
Presidente - Jurado Informante
Profesor Principal


Dr. José Roberto RENDÓN VÁSQUEZ
Miembro
Profesor Principal


Mg. Jairo Napoleón CIEZA MORA
Jurado Informante
Profesor Contratado


Mg. Manuel Alexis BERMÚDEZ TAPIA
Miembro
Profesor Contratado


Mg. Luis HUAYTA ROJAS
Asesor
Profesor Contratado

Agradecimiento:

A mi *alma mater*, Universidad
Nacional Mayor de San Marcos.
A mi madre, por ser mi ejemplo.
A Carlos, mi hermano, por ser
insistente y perseverante.
A Miguel Angel, por ser mi apoyo,
fuerza e inspiración para seguir
adelante.

INDICE

Agradecimiento:.....	2
INDICE	3
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I:	10
ANÁLISIS GENÉTICO E IMPLICANCIAS EN EL DERECHO	10
1.1. DEFINICIONES BÁSICAS SOBRE GENÉTICA.....	10
1.2. EL PROYECTO GENOMA HUMANO	12
1.2.1. Antecedentes históricos.....	13
1.2.2. Objetivos del Proyecto Genoma Humano.....	15
1.2.3. Implicancias del Proyecto Genoma Humano.....	16
1.2.4. Aspectos éticos y jurídicos.....	19
1.3. ANÁLISIS GENÉTICO.....	23
1.3.1. Definición	23
1.3.2. Implicancias de los análisis genéticos.....	24
1.3.3. Alcance y privacidad del análisis genético	26
1.3.4. Implicancias en el Derecho de Seguros	29
1.3.5. Determinismo Genético	32
CAPITULO II:	34
ASPECTOS JURÍDICOS: BIOÉTICA Y DERECHO GENÉTICO.....	34
2.1. BIOÉTICA	34
2.1.1. Nociones generales	34
2.1.2. Definición	35
2.1.3. Características de la bioética	36
2.1.4. Principios de la bioética.....	37
2.1.5. Competencia de la bioética.....	38
2.1.6. Comités de bioética	38
2.2. DERECHO GENÉTICO, BIODERECHO	41
2.2.1. Definición	41

2.2.1. Ámbito de aplicación.....	44
2.3. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL SOBRE GENOMA HUMANO ..	45
2.3.1. Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos del Hombre	46
2.3.2. Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos	47
2.3.3. Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina: Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.....	48
2.3.4. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos	50
2.3.5. La Declaración de Mónaco, Bioética y derechos del niño.....	52
2.3.6. Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales con las Generaciones Futuras	52
2.4. DERECHO GENÉTICO EN EL PERÚ.....	54
2.4.1. Código Civil.....	54
2.4.2. Código penal	54
2.4.3. Código de los niños y adolescentes	55
2.4.4. Leyes sobre diversidad y biotecnología	55
CAPITULO III.....	56
DIGNIDAD Y DERECHO A LA INTIMIDAD	56
3.1. DIGNIDAD	56
3.2. DERECHO A LA INTIMIDAD	58
3.2.1. Definición de derecho a la intimidad	58
3.2.2. Evolución Histórica y su consideración en otras legislaciones	59
3.2.3. Implicancias del derecho a la intimidad.....	62
3.3. DERECHO A LA VIDA PRIVADA	63
3.4. DERECHO A LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL	64
3.5. INTIMIDAD GENÉTICA	65
3.5.1. Autonomía genética	68
3.5.2. Derecho a conocer el origen biológico	68
3.6. DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PRIVACIDAD EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	69
3.7. IDENTIDAD DE LA PERSONA	71
CAPITULO IV:	73
DERECHO DE SEGUROS Y SEGUROS DE PERSONAS	73
4.1. DERECHO DE SEGUROS	73
4.1.1. Definición de riesgo	74

4.1.2.	Clasificación del riesgo	76
4.1.3.	Administración del riesgo	76
4.2.	LOS SEGUROS	77
4.2.1.	Definición de seguros	77
4.2.2.	Elementos del seguro	78
4.2.3.	Principios del Derecho de seguro.....	80
4.2.4.	Clasificación de los seguros	81
4.2.5.	El contrato de seguros	82
4.2.6.	Características y principios de los contratos de seguros	83
4.2.7.	Reticencia y falsa declaración.....	85
4.3.	SISTEMA DE SEGUROS EN PERÚ	88
4.3.1.	Consideraciones generales	88
4.3.2.	Actividad aseguradora en Perú	89
4.3.3.	Marco legal actual del sistema asegurador en nuestro país	91
4.3.4.	Ley del contrato de seguro	92
4.4.	SEGUROS PATRIMONIALES	94
4.5.	SEGURO DE PERSONAS	95
4.5.1.	Definición	95
4.5.2.	Clasificación del seguro de personas	95
4.5.3.	Disposiciones legales aplicables	98
4.5.4.	La reticencia en el derecho de seguros de personas	100
4.5.5.	Los contratos de seguros personales en el Perú	102
CAPITULO V:.....		104
RELACIÓN ENTRE ANÁLISIS GENÉTICO Y DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS SEGUROS PERSONALES EN PERÚ.....		104
5.1.	RELACIÓN ENTRE EL ANÁLISIS GENÉTICO Y DERECHO A LA INTIMIDAD	104
5.1.1.	Derecho a la intimidad en caso del historial médico	104
5.1.2.	Derecho a la intimidad en caso de los análisis genéticos.....	108
5.1.3.	Los seguros y el derecho a la intimidad.....	109
5.1.4.	Legislación nacional	112
CAPITULO VI:		113
DERECHO COMPARADO		113
DERECHO GENÉTICO E INFORMACIÓN GENÉTICA		113
6.1.	DERECHO GENÉTICO COMPARADO	113

6.2. REGULACIÓN SOBRE PRUEBAS GENÉTICAS Y EL DERECHO DE SEGUROS.....	114
6.3. LEY DEL CONTRATO DE SEGUROS EN DIVERSOS PAISES.....	116
6.3.1. Legislación en Argentina	116
6.3.2. Legislación en Chile	117
6.3.3. Legislación en España.....	117
6.3.4. Legislación en México	119
6.3.5. Legislación en Nueva Zelanda.....	119
CONCLUSIONES	121
FUENTES DE INFORMACIÓN	125
ANEXOS	129
Proyecto de Ley N° 2711-2016.....	129

INTRODUCCIÓN

El progreso del conocimiento, en ciencia y tecnología es cada vez más acelerado, incluso los resultados de las investigaciones y sus efectos suelen ser conocidos sin mayor demora por el avance de las comunicaciones y de internet. Una de las investigaciones de mayor relevancia para el ser humano, en las dos décadas pasadas, fue el Proyecto Genoma Humano, que trajo consigo el uso de nuevos términos y sobre todo, conocer en gran medida la composición biológica de los hombres y cómo es que ello determina cada una de las características internas y externas (genotipo y fenotipo, respectivamente). La decodificación del mapeo genético no sólo implica conocimiento puro, sino que ha permitido el surgimiento de otras disciplinas como la Genética, la Ingeniería Genética así como otras disciplinas que buscan regular esas actividades científicas.

El avance del conocimiento también promueve el intercambio comercial, que a su vez genera otras necesidades y expectativas. Uno de ellos es el sistema de seguros, actividad que surge en Italia, se extiende a Inglaterra y posteriormente se desarrolló a los demás países. Primero se manifiesta en el ámbito patrimonial y luego se aplicó al rubro de personas.

Cuando nos referimos a las personas, ya sea desde la óptica de la genética o desde el sistema de seguros, se debe tener en cuenta que es considerada como fin de la sociedad y del Estado, no es un medio, y por consiguiente se deben respetar sus derechos y se deben promover políticas de protección de esos derechos en caso que sean vulnerados. Pero además de tener derechos, las personas (naturales o jurídicas) también tienen obligaciones que deben ser respetadas y cumplidas por ellos, y en todo caso el Estado debe sancionar a quienes no cumplan con estas obligaciones.

La presente investigación se propuso como objetivo determinar si los análisis genéticos corresponden sólo al ámbito del derecho a la intimidad y privacidad de las

persona, y cuál es el tratamiento que le corresponde en el ámbito del Derecho de Seguros. Por ello, en el primer capítulo se desarrolla lo referido al Proyecto Genoma Humano, sus implicancias, consecuencias y la importancia de los análisis genéticos, los que brindar información relevante sobre la composición genética de la persona. Información que debe ser tratada con responsabilidad, incluso cuando se entrega los resultados, porque corresponde al ámbito personal y por ello amparado por el derecho a la intimidad.

En el segundo capítulo se desarrolla qué es la bioética y el derecho genético, como ramas que buscan delimitar la práctica científica relacionada con la información genética y la composición humana; además se desarrolla la normatividad relacionada al genoma humano, tanto en el ámbito internacional como es la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos del Hombre, como en el ámbito nacional. En el tercer capítulo se trata el Derecho a la Intimidad, su definición, referencia histórica, sus implicancias, relación con la información genética así como su relación con el derecho a la privacidad y su tratamiento legislativo.

El sistema asegurador está creciendo en nuestro país por lo que en el capítulo cuarto se define qué es el seguro, sus elementos esenciales así como el contrato de seguro. Se hace la distinción entre la reticencia y la declaración inexacta, los que conllevan a que el contrato quede sin efecto por culpa del contratante y/o asegurado, ello considerando que en la legislación nacional sobre el contrato de seguro se los ha considerado como términos equivalentes. Los seguros se clasifican en seguros generales y de personas, y esa distinción también se explica en éste capítulo, haciendo un mayor desarrollo en el seguro de personas, porque es en ese ámbito que se plantean los problemas y las hipótesis de la investigación.

En el capítulo quinto se relaciona el análisis genético y el derecho a la intimidad así como el derecho genético y el seguro de personas en el Perú. En el capítulo sexto se explica cuál es el tratamiento que le dan a la información genética en algunos sistemas legislativos del continente como de Europa, y finalmente, en el capítulo octavo se analiza, desde la perspectiva de los capítulos anteriores, las hipótesis

planteadas al inicio de la investigación (capítulo primero), estableciendo si se confirman o se niegan cada una de ellas.

Los temas tratados permiten un mayor desarrollo, pero lo que se busca destacar mediante la presente es el tratamiento que se debe dar a los análisis genéticos en nuestro sistema de seguros, tema que parece zanjado con la promulgación de la Ley del Contrato de Seguro, pero con ello sólo se ha dejado de tratar las implicancias legales que tienen los exámenes genéticos y cuya problemática es contemplada en diversas legislaciones así como en el ámbito doctrinario.

En efecto, la prohibición establecida en la Ley del Contrato de Seguro de nuestro país, no zanja el problema ni menos lo elimina, ya que la postura que se está aceptando es el determinismo genético, lo que es cuestionado por limitar la información genética y no considerar los diversos factores que intervienen en la manifestación y desarrollo de las enfermedades. Como veremos en el estudio, algunos países han optado legislativamente por considerar a los exámenes genéticos como un examen más, como lo son los análisis de sangre, los cuestionarios de antecedentes familiares, etc., y en tal medida, usar esa información para el beneficio de la salud individual, familiar y social.

Los análisis genéticos y el determinismo genético tienen implicancias legales, porque su tratamiento corresponde al derecho a la intimidad así como al derecho de seguros personales.

CAPITULO I:

ANÁLISIS GENÉTICO E IMPLICANCIAS EN EL DERECHO

1.1. DEFINICIONES BÁSICAS SOBRE GENÉTICA

Para poder comprender mejor lo que es el análisis genético es necesario tener nociones básicas de algunos términos.

- **Genética.-** Según el Diccionario Akal de términos biológicos, la palabra genética hace referencia a dos aspectos, uno relacionado con la biología y otra al organismo. Define a la genética como “la parte de la biología que estudia la variación heredable y su base física, el ADN o material hereditario; de un organismo, la base física de sus caracteres hereditarios, esto es, la secuencia y ordenamiento de sus genes” (2003:280)

La Enciclopedia Britannica, señala que la genética es el “Estudio de la HERENCIA en general y de los GENES en particular” (2006: p. 1115)¹

- **Herencia.-** Es la “transmisión de caracteres físicos y mentales de los progenitores a la descendencia a través de los genes”. (Britannica, 2006: 1262).

¹ La Enciclopedia Britannica, hace referencia histórica señalando que la genética moderna se inició con Gregor Mendel al formular los conceptos básicos de la herencia; Hardy-Weinberg estableció las bases matemáticas para el estudio de la herencia en poblaciones; Walter Sutton señaló que son los cromosomas donde se alojan los elementos hereditarios de Mendel; Tomas Hunt Morgan demostró que los genes están en los cromosomas; Oswald Avery demostró que el ADN es el componente cromosómico que lleva la información genética; D. Watson y Francis Crick dedujeron la estructura molecular del ADN. Todos estos elementos habrían contribuido al desciframiento del código genético. (2006: 1115)

- **Gen.-** El gen es definido como la unidad del material heredado, pero su definición no es uniforme, adquiere diversas concepciones en la genética clásica, genética molecular y genética evolutiva (Vasquez Vega, 2014). Según el Diccionario Enciclopédico Larousse se define al gen como “Unidad de material hereditario. Segmento de ADN (ácido desoxirribonucleico) que funciona como una clave para una proteína determinada, con una estructura lineal y compuesto de muchos subelementos, los nucleótidos, del orden de centenares (estos a su vez son unidades de recombinación y mutación). El lugar físico que ocupa cada gen en el cromosoma se denomina locus” (Larousse, 2009)
- **Datos genéticos humanos.-** “Información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos”²
- **Análisis genético o prueba genética.-** “Procedimiento destinado a detectar la presencia, ausencia o modificación de un gen o cromosoma en particular, lo cual incluye las pruebas indirectas para detectar un producto génico u otro metabolito específico que sea indicativo ante todo de un cambio genético determinado”³

Las pruebas genéticas de detección son procedimientos que permiten conocer información sobre la presencia, ausencia y anomalías de parte del material genético del individuo. (Rodríguez, 2011, p.14) Daniel Vasquez, precisa que los análisis o pruebas genéticas no se restringen a exámenes de ADN, ARN, cromosomas o proteínas, o metabolismos que detecten genotipos. (Vasquez Vega, 2014, pág. 6).

² Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, artículo 2. Tomado de http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

³ Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, artículo 2. Tomado de http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

- **Desorden genético.-** Los desórdenes genéticos pueden ser monogenéticos y multifactoriales. Los monogenéticos dependen exclusivamente de los genes por lo que si una persona hereda determinados genes (pueden ser de enfermedades) desarrollará la enfermedad; en tanto que las multifactoriales requieren además de los genes, de la interacción de otros factores como el medio ambiente, la alimentación, etc. Es decir, en caso de desórdenes multifactoriales, las pruebas genéticas no diagnostican ni determinan una enfermedad sino la posibilidad de desarrollarla. (Vasquez Vega, 2014, págs. 6-7)

- **Ingeniería Genética.-** Se denomina así al “conjunto de métodos y técnicas que permiten la formación extranuclear de nuevas combinaciones de material hereditario y su posterior incorporación en organismos huéspedes. Las enzimas de restricción permiten la unión artificial de genes de diferentes organismos, y así del mero entendimiento y descripción de los fenómenos que rigen la función de los genes, se ha pasado a su posible control genético” (Tomas y Garrido, 2011, pág. 156)

1.2. EL PROYECTO GENOMA HUMANO

El genoma es el conjunto de genes de un organismo o el conjunto de cromosomas diferentes (Kemelmajer de Carlucci, 2004, pág. 16). Entonces, cuando hablamos de genoma humano, nos estamos refiriendo al conjunto de genes de los seres humanos, lo que implica a toda la humanidad.

El cuerpo humano tiene en promedio un billón de células, cada una de las cuáles contiene un núcleo de 46 cromosomas que contienen el ADN, estos filamentos de ADN tienen segmentos denominados genes, cada uno de los cuáles ocupan una posición determinada. Los genes “aparte de gobernar el crecimiento, controlar las características físicas que heredamos y regir la supervivencia del organismo, lleva consigo la información que marca el paso y ritmo de nuestra vida.” (Varsi, Derecho Genético, 2001, págs. 89-90)

Conocer la información genética implica conocer la estructura humana biológica en su esencia, por lo que se generó muchas expectativas e intereses, tanto de los estados como de investigadores y particulares.

El Proyecto Genoma Humano es una empresa en la que participaron varios países “con el propósito de decodificar la totalidad de la información contenida en el patrimonio hereditario del género humano. (Martínez, 2004, pág. 181)

1.2.1. Antecedentes históricos

Una de las mayores empresas de la ciencia ha sido tratar de conocer al hombre en su integridad, ya sea desde su composición biológica, su estructura psicológica, emocional y también en su interrelación social.

Cuando se descubrió el ADN, se iniciaron proyectos para conocer la información que contenían sus estructuras pequeñas denominadas genes.

Desde la década de los setenta se buscó conocer la secuenciación del genoma humano. Los primeros mapas genéticos se obtuvieron a través del análisis de los RFLP⁴. En 1987 se publicó un primer mapa genético, a partir de las sondas genéticas habidas en todo el genoma humano. (Susanne, Charles y Esther Rebato, 2012, pág. 77)

Posterior a ello, contando con el avance científico y tecnológico, en abril de 1988 se propuso decodificar la composición genética de los seres humanos,

⁴ Polimorfismos en la longitud de los fragmentos de restricción, los que eran conocidos desde los años 70. “Son variaciones en las bases nitrogenadas en el sitio donde una enzima de restricción corta un segmento de ADN. Estas variaciones afectan el tamaño de los fragmentos que resultan del corte. Los RFLP se pueden utilizar como marcadores en la construcción de mapas físicos y de ligamento.” Tomado de: http://webs.um.es/jalozate/recursos-docentes/Areas/General/Ayudas_docentes/Glosario/Glosario/52.htm

siendo la *National Institute of Health* la que lo oficializó mediante el **Proyecto Genoma Humano**, dirigido por J Watson. En el mismo año, un *workshop* del Col Spring Harbour crea HUGO (Organización del Genoma Humano)⁵, que se encargó de coordinar la investigación. (Susanne, Charles y Esther Rebato, 2012, pág. 78)

El proyecto se inició oficialmente en Estados Unidos, en octubre de 1990, y estableció como objetivo conocer toda la secuencia del ADN de los 23 cromosomas humanos, 22 autosomas más los cromosomas Y y X que determinan el sexo. (Cervantes, 20015, pág. 56)

La inversión efectuada por los diversos estados que promovieron el proyecto hizo posible iniciar las investigaciones; pero sus objetivos y el gran valor que implica contar con la información genética de la especie humana, despertó intereses privados, por lo que posteriormente se sumó al emprendimiento la empresa *Celera Genomics* presidida por Craig Venter, investigador que había pertenecido al equipo inicial del proyecto y se apartó en 1994. (Martínez, 2004, pág. 182)

Tanto la investigación pública como privada avanzaron casi a la par, y por ello, como refiere Martínez, tanto la Organización del Genoma Humano (HUGO) como *Celera Genomics* anunciaron haber elaborado el primer borrador del genoma humano y presentaron sus resultados con un día de diferencia, el primero lo hizo a través de la revista *Nature* el 15 de febrero de 2001; y el segundo, lo publicó en la revista *Science* el 16 de febrero de 2001. (2006, pág. 182)

⁵ The Human Genome Organisation. <http://www.hugo-international.org/>

El proyecto se impulsó de manera conjunta por el Programa Genoma Humano del Departamento de Energía y por el Instituto Nacional de Investigación del Genoma Humano, dependiente del Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos de Norteamérica, con la colaboración inicial del Wellcome Trust del Reino Unido, y posteriormente: Alemania, Australia, Brasil, Canadá Corea, China, Dinamarca, Francia, Holanda, Italia, Israel, Japón México y Rusia. (Martínez, 2006: 181)

El proyecto fue concebido para desarrollarse en un plazo de 15 años, sin embargo culminó oficialmente dos años antes, en abril de 2003, al haberse alcanzado las metas fijadas: decodificación de los genes humanos. “La secuencia terminada producida por el Proyecto Genoma Humano cubre más del 99% de las regiones de genes contenidas en el género humano y éstas han sido secuenciadas con una precisión de 99.99%.” (Cervantes García, Daniel, González Ruiz, Claudia Rebeca, Mayek Pérez, Netzahualcóyotl, 2005, pág. 56)⁶

1.2.2. Objetivos del Proyecto Genoma Humano

Los objetivos del Proyecto, conforme lo señala Martínez fueron:

- a) “Identificar los aproximadamente 30 mil genes contenidos en el ADN humano.
- b) Determinar la secuencia de los tres billones de pares de bases químicas del genoma.
- c) Almacenar la información en bases de datos.
- d) Mejorar las herramientas para su análisis.
- e) Transferir tecnologías relacionadas al sector privado.
- f) Detectar los problemas éticos, legales y sociales que pudieran presentarse a partir de los resultados del Proyecto.” (2004, pág. 181-182)

Conforme a ello, el Proyecto no sólo tuvo como objeto conocer la información genética, también consideró los problemas que ello podía acarrear en los ámbitos éticos, legales y sociales⁷. Contar con la información

⁶ Los resultados se puede encontrar en: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/genome/guide/human/>

⁷ Cervantes señala, por su parte, el aspecto meramente biológico del PGH, ya que conforme lo señala, los objetivos específicos son: “1) revelar la secuencia de aminoácidos de cada polipéptido codificado por nuestros genes. Mediante el análisis de las secuencias, se conocerá la función de dichos polipéptidos; 2) obtener información detallada acerca de las secuencias que participan en el control de la expresión de los genes; 3) identificar los genes que causan enfermedades humanas o que contribuyen a ellas, así como determinar los cambios en la secuencia que determinan la enfermedad; 4) obtener conocimientos acerca de la evolución a nivel molecular. Los productos de los genes característicos del hombre ayudarán a explicar porque somos biológicamente diferentes

genética humana ha traído muchas consecuencias en diversos ámbitos, entre ellos el legal, que se encarga de poner los límites así como regular las conductas para evitar los abusos y excesos.

1.2.3. Implicancias del Proyecto Genoma Humano

Citado por Martínez, James Watson señala que:

“Los seres humanos no encontraron nunca un conjunto más importante de manuales de instrucciones. Cuando por fin se interpreten, los mensajes genéticos codificados dentro de nuestro ADN proporcionarán las respuestas últimas a las preguntas sobre los cimientos químicos de la existencia humana” (2006, pág. 182)

Y en efecto, la decodificación del genoma humano ha traído muchas consecuencias. Cervantes señala que “El PGH influirá en la biomedicina, pues permitirá avanzar en el conocimiento de la base genética de enfermedades (Medicina genómica) y abrirá perspectivas nuevas en el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de enfermedades, aunque esto último requerirá de investigación post-genómica.” (2005, pág. 61)

Aparisi, resalta la importancia de los resultados del Proyecto Genoma Humano, porque la información genética obtenida ha permitido conocer los factores endógenos que intervienen en el estado de salud actual o a futuro de las personas, así como permite “descubrir características de la personalidad como aptitudes intelectuales, y manuales, temperamento, etc.” (El proyecto genoma humano: Algunas refelexiones sobre sus relaciones con el Derecho, 1997, pág. 112).

Entre otras implicancias, también se considera la posibilidad de confeccionar un mapa genético detallado individual, lo que permitiría

a otros organismos; 5) disponer de la información para obtener cualquier gen particular en muestras de DNA y continuar la investigación en biología molecular humana; 6) proporcionar la oportunidad para elaborar proteínas humanas antes desconocidas, con valor potencial en medicina.” (2005: 57)

conocer la predisposición o posibilidad para desarrollar enfermedades de origen genético; lo que permitiría adoptar medidas preventivas así como elaborar medicamentos de acuerdo al perfil genético de cada individuo, mejorando el sistema de prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades. (Cervantes, 2005, pág. 62)

Sussane y Rebato señalan que como resultado del Proyecto Genoma Humano, en el ámbito médico, se considera a los genes como responsables de la mayor parte de enfermedades y se llegaron a las siguientes conclusiones: i) hay enfermedades para las cuáles no existe terapia ni siquiera paliativa, ii) se puede diagnosticar antes que se presente la enfermedad, iii) el conocimiento de los genes no determina conocer los procesos fisiológicos, iv) la terapia génica está manifestando dificultades, v) se ha empezado a tratar a los seres humanos como secuencias de ADN e incluso se piensa que los problemas sociales tienen causa genética, vi) las enfermedades monogénicas pueden ser diagnosticadas pero tienen baja incidencia, vii) en tanto que las enfermedades multifactoriales son más frecuentes pero de diagnóstico más difícil. (2012, pág. 87)

Conocer la composición genética nos da una probabilidad (quizá muy alta), más no es determinante; es decir, se puede conocer respecto de qué enfermedades se tienen mayor predisposición, pero el desarrollo de las enfermedades no depende sólo de la genética, intervienen diversos factores como los individuales, sociales y culturales.

Otro aspecto a considerar es que las deficiencias o afectaciones a la salud se derivan de diversas causas y no sólo las genéticas, además, las enfermedades se manifiestan de diversas maneras y los exámenes genéticos, tanto en lo que respecta a las deficiencias monogénicas o multifactoriales, nos permiten contar con información que puede ser empleada, más que de manera discriminatoria, para mejorar las políticas preventivas en salud.

En la actualidad se realizan mapeos genéticos individuales. Las personas acuden voluntariamente para realizarse análisis genéticos, lo que contribuye al desarrollo de la medicina preventiva. Al respecto Jorqui señala:

“Los avances en genética humana, propiciados en gran medida por el proyecto Genoma Humano, han dado como fruto la expansión del número y nivel de los test genéticos. Los cuáles favorecen el despliegue de esa nueva forma de enfocar la función médica dirigida hacia la posibilidad de prever el riesgo de que una persona actualmente sana contraiga en el futuro alguna enfermedad identificada en sus genes.” (2010, pág. 10)

El conocimiento genético no sólo es de relevancia en el ámbito biológico y médico, también ha permitido el desarrollo de otras disciplinas como la Ingeniería Genética, que se encarga de la manipulación genética, es decir, el “procedimiento técnico que permite la intervención sobre los genes de células somáticas de un ser vivo o la modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético de una planta, animal o ser humano” (Aparisi Miralles, 1997, pág. 43)

Esto, como resulta evidente, ha generado mucha controversia, porque la manipulación implica hacer experimentos que pueden atentar contra los derechos esenciales de la persona, además que pueden afectar los caracteres hereditarios. Aparisi señala que la manipulación o Ingeniería genética es el:

“procedimiento técnico que permite la intervención sobre los genes de células somáticas de un ser vivo o la modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético de una planta, animal o ser humano. En este último caso de trata, por tanto, de intervenciones que permiten la modificación de genotipo original”. (1997, pág. 43)

Buscar la cura para enfermedades o mejorar el sistema biológico de las personas con fines de salud no presentaría mayor inconveniente si las prácticas se enmarcaran dentro de parámetros que respeten los derechos esenciales de las personas así como el respeto a sus características “naturales”.

1.2.4. Aspectos éticos y jurídicos

Como ya lo hemos señalado, la decodificación del genoma humano ha implicado avance en la ciencia y el conocimiento, pero también ha generado cambios en los ámbitos económicos, sociales, políticos y legales. Toda actividad científica debe manejarse dentro de ciertos parámetros para evitar que el ser humano se convierta en sólo un “objeto” de estudio. De la misma forma, la información genética debe tratarse con mucha responsabilidad y la manipulación de los genes requiere de principios que limiten la actividad, porque el ser humano es el fin supremo⁸ y la manipulación de su esencia biológica indiscriminada atentaría sus derechos fundamentales.

Esta preocupación se hizo notar con anticipación como lo cita Aparizi, puesto que en la Conferencia realizada en Estrasburgo sobre “Derechos Humanos y Comunidad Europea”, realizada en noviembre de 1989, se tomó en consideración el desarrollo de la ciencia, y se estableció que *“El debate debe continuar en términos filosóficos y éticos, de tal manera que a medida que progrese la ciencia progrese también nuestra conciencia”* (El proyecto genoma humano: Algunas refelexiones sobre sus relaciones con el Derecho, 1997, págs. 50-51)

Conociendo la importancia de la información que contienen los genes, Mosquera señala que el gen humano no es una cosa y no puede ser considerado como tal debido a que es parte del cuerpo humano, por lo que no se puede admitir la patente de la información genética. (Biotecnología y patentes, 1998, pág. 76)

En efecto, no se puede considerar a los genes como un objeto, son los determinantes de nuestra estructura orgánica, definen nuestras cualidades genotípicas y fenotípicas; y como tal requieren protección de cualquier

⁸ En los cuerpos normativos de los países, se establece que el hombre es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

manipulación indiscriminada así como de los intereses privados que buscan lucrar con dicha información. La protección más relevante proviene de la moral y del derecho, mediante disposiciones que establecen límites a las investigaciones a fin de proteger la vida, la integridad así como los derechos fundamentales de las personas.

El genoma humano es considerado como patrimonio común de la humanidad y como tal “...no pertenece a una generación determinada ni a quienes integran la humanidad en un momento dado, tiene permanencia y beneficia tanto a las generaciones actuales como a las futuras.” (Mosquera Vásquez, Biotecnología y patentes, 1998, pág. 77)

El ser humano es objeto de protección a través del reconocimiento de sus derechos fundamentales básicos como son la dignidad, la libertad y la igualdad. Esa protección debe aplicarse también a la información genética, habida cuenta que los genes forman parte esencial del ser humano.

Los derechos humanos se clasifican en derechos en primera, segunda y tercera generación⁹. Los derechos de la tercera generación son aquellos referidos a los derechos de los pueblos o de la solidaridad entre las naciones, dentro del cual también se comprende el derecho a la autodeterminación, la identidad nacional, la protección del medio ambiente, el desarrollo y progreso, así como el conocimiento del patrimonio genético de la humanidad.

Respecto de los derechos de la tercera generación, Bergel señala que “Constituyen en su conjunto una respuesta adecuada a los problemas creados por la sociedad tecnológica”¹⁰ de los cuales surgen diversos problemas como la protección del medio ambiente, la calidad de vida, los

⁹ Los derechos humanos de la primera generación son los derechos civiles y políticos, y los de la segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁰ Citado por Varsi, Enrique. Derecho Genético. 2001. Pág. 95

relacionados con la genética, etc. Hay una tendencia cada vez mayor de promover y priorizar el avance tecnológico hasta el punto que muchas de nuestras actividades cotidianas están relacionadas con los equipos tecnológicos, por lo que nos hemos convertido en una sociedad tecnológica.

La sociedad se encuentra en constante cambio y los derechos deben ir regulando los cambios, siendo necesario, en algunos casos, reconocer derechos de manera expresa para generar mecanismos de protección. Acorde con ello, Varsi señala que con el transcurrir de los tiempos y el avance científico, en especial los relacionados al ámbito genético, se hizo necesario considerar la protección de otros derechos como: (Derecho Genético, 2001, págs. 98-99):

- Derecho a la integralidad (protege la esencia genética y el genoma).
- Derecho a la existencia (busca proteger los elementos biológicos del ser humano).
- Derecho a conocer el propio origen biológico y a la investigación de la paternidad (busca resguardar legalmente el derecho a la identidad).
- Derecho a la intimidad genética (implica la protección de la información personal).
- Derecho a saber y no saber (basado en la facultad de ignorar o conocer los resultados del *biotest*).
- Derecho a la individualidad biológica (referido a proteger la característica de ser uno e irrepetible así como la unidad del ser humano).
- Derechos reproductivos (aplicación de procedimientos de reproducción).
- Derecho a sobrevivir (por la cual se busca proteger a los embriones crioconservados).

Si bien el Proyecto Genoma Humano fue concebido con la finalidad principal de obtener la información contenida en los genes, no dejó de lado las consideraciones éticas, por lo que creó el “Grupo para la Evaluación y Planificación de la Investigación Ética” con la finalidad de que se evalúen

las consideraciones sociales, éticas y legales del proyecto. Luego adoptó la denominación ELSI (Comité para las implicaciones Legales, Sociales y Éticas) el que trata de comprender las implicancias socioeconómicas, étnicas y raciales, relacionadas con el análisis del genoma humano (Susanne, Charles y Esther Rebato, 2012, págs. 80-81):

- Se interesa por saber si las investigaciones sobre genoma humano pueden generar discriminaciones individuales y/o poblacionales, o generar implicancias raciales.
- Evitar que se reduzca el concepto de ser humano a secuencias de ADN y de los problemas sociales a causas genéticas.
- Que se dejen de respetar los valores y tradiciones culturales.

Asimismo, el comité ELSI estableció los siguientes principios (Susanne, Charles y Esther Rebato, 2012, pág. 81):

- i) El genoma humano es herencia común de la humanidad.
- ii) Respeto de los derechos humanos básicos.
- iii) Respeto de los valores, tradiciones y cultura de todos los participantes.
- iv) Apoyo a la libertad y dignidad humana.

Toda investigación debe estar delimitada por principios como los establecidos por ELSI, los que deben guiar, no sólo las que se realizan sobre el genoma humano, sino en general todo tipo de investigación. La persona es considerada como elemento base de toda sociedad, sobre la cual se han establecido los derechos fundamentales, y la misma consideración se debe tener respecto del medio dónde se desarrolla, porque parte de sus derechos fundamentales es contar con un medio ambiente adecuado para el desarrollo su vida.

El desarrollo de la genética ha influenciado en los diversos campos de estudio, entre ellos el Derecho. Al respecto, De Sola considera que la información genética “constituye un campo de predilección para la actividad

del profesional del Derecho. Pocos son en efecto los temas donde concurren tantos y tan encontrados temas”.¹¹

1.3. ANÁLISIS GENÉTICO

El ADN, desde el punto de vista funcional, se clasifica en codificante y no codificante. Este último no permite obtener información sobre las características físicas o fenotípicas (como las predisposiciones para las enfermedades), la única información que brindan es obtener un código anónimo diferenciador denominado perfil genético, información que adquiere relevancia cuando se la compara con otro perfil anónimo. Del ADN codificante se obtiene información de gran trascendencia para el individuo, como su origen étnico y geográfico, así como la información genética de sus ascendientes y descendientes. (Alonso Alonso, 2004, págs. 1866-1868)

Todos los seres humanos somos similares en cuanto a la composición biológica, y por ello se ha buscado individualizarlos. Las huellas dactilares han sido el método de diferenciación por excelencia que aún se sigue usando, pero la identificación genética permite obtener características adicionales que la huella digital no permite, tales como raza, sexo, color de ojos, cabellos, etc.

1.3.1. Definición

Mediante los análisis genéticos se obtiene información esencial de la persona, “cada individuo posee un código genético único y exclusivo (a excepción de los gemelos homocigóticos) que puede ser individualizado a través de muestras biológicas mínimas, de tal forma que cada persona posee un ADN propio y distinto de los demás.” (Fernández Acebo, 2013, pág. 112)

¹¹ Citado por Aparisi Miralles, Angela. *El proyecto Genoma Humano: Algunas reflexiones sobre sus relaciones con el derecho*. Pág. 113

Los análisis o test genéticos son “aquellos análisis de la estructura genética de un ser humano, en los cuáles se revelan las posibles enfermedades o causas de muerte que el individuo pueda llegar a padecer” (Naranjo Ramírez, 2006, pág. 439)

Jorqui señala que los análisis genéticos pueden ser: i) Pruebas genéticas diagnósticas y cribado genético, y ii) *test genético* o pruebas genéticas pre-sintomáticas. Estas últimas comprenden: a) pruebas de detección genética, b) pruebas de control o seguimiento genético y, c) análisis forense o pericial del ADN. Estas pruebas básicamente se usan para investigaciones biológicas de paternidad y criminalística, no tanto para recabar información con fines médicos. El cribado genético se da cuando la detección se realiza para identificar el trastorno genético de una población. (2010, págs. 16-18)

1.3.2. Implicancias de los análisis genéticos

Los resultados obtenidos a través de los análisis genéticos se pueden emplear en diversos ámbitos, entre ellos el derecho de familia, cuya información es útil para los procesos de filiación, en el ámbito penal para identificar a los autores de delitos y los medios usados.

Uno de los ámbitos relevantes de la información genética es la herencia. Toda persona tiene un código genético contenido en su ADN y a través de ella “pueden obtenerse datos relevantes sobre su salud, su personalidad, sus potencialidades intelectuales e incluso sus tendencias sexuales o psicológicas.” (Fernández Acebo, 2013, pág. 112)

Contar con la información genética puede ser muy favorable porque la información proporcionada puede permitir tomar “medidas para contrarrestar o atenuar los efectos de una enfermedad, o para prevenirla

mediante la toma de medicamentos o la observancia de un estilo de vida” (Jorqui Azofra, 2010, pág. 36)

Lo adecuado sería que la información genética sea empleada con fines médicos de prevención, buscando el bienestar de las personas y de la sociedad en general. Sin embargo esta información también puede ser usado en sentido negativo, debido a que terceros pueden emplearla en perjuicio de la persona, o en base a intereses particulares ya que se puede “... clasificar a las personas en categorías de riesgo o incluso utilizar los análisis genéticos como instrumento de control social” (Fernández Acebo, 2013, pág. 116), lo que sí generaría discriminación por motivos biológicos.

Es necesario evitar toda discriminación a causa del patrimonio genético, sólo se deberían hacer pruebas con fines médicos de prevención, o en su defecto para tratamiento, pero no con finalidad de modificar el genoma humano de la descendencia. (Fernández Acebo, 2013, pág. 219)

También se debe evitar el reduccionismo genético, es decir, buscar mejorar la constitución física y/o genética del hombre dejando de lado su esencia natural. El ser humano no sólo es constitución biológica (genética) sino que además es social, los que se encuentran interrelacionados. (Varsi, Derecho Genético, 2001, pág. 263)

Ante estas situaciones es cuando el Derecho se hace presente, tanto de manera preventiva como sancionadora; evitando, en el primer caso, que se atenten contra los derechos fundamentales y, en el segundo caso, sancionando a quienes hayan atentado contra esos derechos en perjuicio de las personas y la sociedad.

Los resultados de los test genéticos también tienen otra implicancia, que está en relación a la persona que se somete a la prueba. Por un lado, un sentimiento alentador por la detección y diagnóstico por la posibilidad de adoptar medidas preventivas ante la detección de enfermedades

presintomáticas o reducir su incidencia; y por otro lado, también se puede generar un sentimiento de desasosiego y vulnerabilidad ante los resultados, lo que puede generar una carga psicológica con consecuencias psicosomáticas. (Jorqui Azofra, 2010, pág. 38)

1.3.3. Alcance y privacidad del análisis genético

El interés por los resultados de las pruebas genéticas traspasa los intereses individuales, porque la información resulta relevante para los familiares consanguíneos.

Estas pruebas se pueden realizar por recomendación del médico tratante (en base al historial del paciente y los antecedentes familiares,) o por iniciativa de las personas que deciden realizárselos. (Jorqui Azofra, 2010, pág. 46)

Los resultados de los análisis genéticos son probabilidades, con mayor o menor grado de que ocurran, sin embargo, como ya lo dijimos, hay quienes pueden hacer uso de esa información de manera indiscriminada, generando segregaciones y/o discriminación.

Es por ello que se hace necesario “... regular oportunamente desde el plano jurídico los causes que permitan contrarrestar las apetencias e intereses de quienes aspiran a disponer del conocimiento de esos datos genéticos sin respetar el carácter confidencial e íntimo de los mismos, atentando así contra el ejercicio de derechos fundamentales, reconocidos positivamente.” (Blázquez-Ruiz, 2012, pág. 61)

Junquera señala que se debe respetar la confidencialidad de la información obtenida mediante las diversas técnicas genéticas, debiendo conciliar la confidencialidad con el interés superior que puede tener la sociedad. (2012, pág. 368)

Es necesario tener en cuenta, que “hoy en día puede obtenerse una muestra biológica, para acceder al perfil genético de un individuo, sin necesidad de realizar una extracción sanguínea, por ejemplo, mediante la toma de saliva, la recogida de una colilla o el análisis realizado a sus familiares”¹² (Fernández Acebo, 2013, págs. 116-117)

Por ello que resulta importante el consentimiento informado dado por las personas de las cuales se toman las muestras biológicas. Se entiende por consentimiento informado brindar la información necesaria para que la persona sepa el procedimiento a seguir, si el estudio va a ser anónimo o si se va a identificar a cada participante, cómo se procederá con la información obtenida. (Susanne, Charles y Esther Rebato, 2012, pág. 91).

Es decir, toda persona debe tener pleno conocimiento del procedimiento en su totalidad así como sus implicancias, para decidir de manera voluntaria si participa o no¹³. “La información y el consentimiento son una garantía para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad, la integridad y la intimidad” (Fernández Acebo, 2013, pág. 162)

Jorqui resalta el derecho del paciente para decidir si desea o no someterse a los análisis genéticos, en ejercicio de su libre capacidad de adoptar decisiones respecto de su salud (tesis de la voluntariedad). Sin embargo, hay quienes consideran que el someterse a éstas pruebas debe ser obligatorio porque resultaría beneficioso, para la descendencia y la sociedad, una buena salud génica (tesis de la obligatoriedad).¹⁴

¹² Véase además Alonso Alonso, A. *Conceptos básicos de ADN forense*. pág. 1865

¹³ Se debe tener en cuenta que el consentimiento informado requiere de la persona se encuentre en pleno uso de sus facultades y que pueda tomar decisiones, y que otorgue su consentimiento de manera expresa, libre y consciente, siendo necesario la firma de un documento. (Fernández Acebo, 2013, pág. 164)

¹⁴ Jorqui, respecto de la concientización para la realización de los exámenes genéticos, refiere que “Las comunidades de judíos ashkenazis de Nueva York y Jerusalén han avanzado en esta dirección al alentar a los jóvenes, en las primeras etapas de una relación de pareja, a que se sometan a pruebas de detección antes de pensar en el matrimonio.” (Jorqui Azofra, 2010, pág. 92)

También se debe considerar la libertad y voluntariedad en el caso de poblaciones, ya que el estudio de la diversidad de ADN es de gran interés en antropología y biomedicina, pero todo estudio debe considerar los aspectos éticos¹⁵ y respetar los derechos fundamentales de los miembros de las diversas comunidades.

En ambos casos (tanto de persona como de poblaciones), debería primar el bienestar general y por tal, el médico o profesional puede ceder su deber de confidencialidad, en aras de evitar que se genere un perjuicio a terceros; debiendo revelarse sólo los datos que resulten estrictamente necesarios. (Fernández Acebo, 2013, pág. 124)

La información genética está protegida bajo los derechos fundamentales, ¿pero será ello suficiente por la confidencialidad para protegerla bajo un derecho absoluto?

Fernández señala que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación nº 3 del 10 de febrero de 1992, se manifestó sobre las pruebas genéticas y el secreto profesional, señalando en el principio 9 que *“en el caso de grave riesgo genético para otros miembros de la familia, deberá considerarse, de acuerdo con la legislación nacional y las normas deontológicas, el informar a los familiares sobre extremos pendientes a su salud o a la de sus futuros hijos”*; asimismo, el principio 11 establece la necesidad de autorizar por la legislación nacional el informar a los familiares de la persona que se ha sometido a las pruebas genéticas, de los hallazgos, en caso que éstos sean importantes para preservar sus vidas. (Fernández Acebo, 2013, pág. 124)

¹⁵ El estudio poblacional presenta problemas éticos y metodológicos, desde la elección de la población hasta la muestra representativa; no siendo ajena los factores étnicos, ya que las poblaciones indígenas pueden ser más vulnerables. (Susanne, Charles y Esther Rebato, 2012, pág. 91)

Por otro lado, así como la persona tiene derecho a ser informado sobre su salud y los procedimientos a los que va a ser sometido, también se discute doctrinariamente si se tiene “el derecho a no saber”, por el cual las personas tienen el derecho a no recibir determinada información, de tal forma que sería un derecho por el cual se protege a la persona del impacto que le puede ocasionar recibir información que él no ha solicitado (posibilidad de padecer alguna enfermedad, filiaciones, etc.), ello incluso se encuentra reconocido por la Declaración Universal sobre el Genoma Humano, que en su artículo 5.c señala “...*que se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de una examen genético y de sus consecuencias*” (Fernández Acebo, 2013, págs. 124-125)

1.3.4. Implicancias en el Derecho de Seguros

Como ya lo señalamos, la información obtenida mediante los análisis genéticos puede generar la discriminación genética, por parte de personas que puedan acceder a la información de manera privilegiada.

En uno de los ámbitos dónde se puede generar la discriminación es en los seguros. El sistema de seguros se basa en el cálculo de probabilidades del riesgo, considerando diversos factores como la edad, hábitos, elementos familiares, sociales y económicos; con lo cual se busca efectuar el cálculo de las primas de la manera más objetiva posible, evitando la discriminación.

Respecto de la genética y los seguros, Blázquez-Ruiz señala:

“...en el ámbito de la genética, el ejercicio del cálculo precisa, para poder realizar predicciones, contar con otras referencias de medida que no sean tan sólo cuantitativas o numéricas. Existen también, adicionalmente, factores de otra naturaleza, como pueden ser ambientales. Sociales, económicos, etc., que inciden considerablemente.” (Blázquez-Ruiz, 2012, pág. 60)

Y a partir de ello plantea la siguiente pregunta “¿tiene sentido alguno desde una perspectiva objetiva, racional, asegurar, por ejemplo, contingencias que

pueden no acontecer y, por consiguiente, serán con frecuencia tan solo *virtuales*? (2012, pág. 60)

Esa pregunta es válida y pertinente, ya que contar con la información genética, lo que hace es darnos una probabilidad de que la persona puede padecer de alguna enfermedad, más no es una certeza; por lo que tomar como cierta la información obtenida por el estudio genético estaría desvirtuando la objetividad y el aspecto técnico del seguro.

Además, como señala Blázquez-Ruiz, “el peligro de crear paulatinamente poblaciones de riesgo a partir de información probabilística, que habla a veces tan sólo de predisposición, puede contribuir a generar marginación de diversa tipología...”, con lo cual adquiere mayor relevancia la intimidad y en especial, la genética. (2012, pág. 60)

Nadie debe ser discriminado por su información genética, y en el sistema asegurador, se debe respetar al asegurado, sus derechos fundamentales, así como su derecho a no saber su información genética.

Las legislaciones española y argentina no permiten solicitar pruebas genéticas para la contratación de seguros. (Bado Cardozo, 2014, pág. 565) En el caso que el asegurado conozca sus antecedentes genéticos, Bado considera que debe primar el derecho a la reserva de la información privilegiada, (2014, pág. 566) sin embargo señala que:

“Es cierto que el solicitante del seguro no puede agravarse en daño alguno por el hecho de comunicar al asegurador el resultado de una prueba que ya conoce y que no hacerlo, en cambio, supone incumplir su deber de declaración honesta del riesgo. Sin embargo, a cuestión estriba en que, fuera de otros argumentos que suelen defenderse, en última instancia el asegurador utiliza esa información para la tarificación de la prima, circunstancia que no sería objetable si no fuera por el hecho de que la sola predisposición a sufrir ciertas enfermedades no significa que efectivamente desarrollen. Quiere decir que el asegurador no estaría incorporando a sus cálculos actuariales información objetiva sobre el riesgo, como sí hace cuando analiza los hábitos, las enfermedades padecidas o la edad, sino una mera especulación.” (Bado Cardozo, 2014, pág. 566)

Varsi señala que las pruebas genéticas se deben usar con la finalidad de evitar daños en la salud, pero de ningún modo restringir o limitar la contratación, por ello se busca que las compañías aseguradoras no realicen exámenes genéticos ni a la persona que se quiere asegurar como tampoco el historial biogenético ancestral. (Derecho Genético, 2001, pág. 268)

A fin de resguardar ello, el Parlamento Europeo, mediante resolución sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética de 1989, prohíbe la realización de análisis genéticos como requisito previo para la contratación en materia laboral y de seguros. Todo análisis genético tiene como base la integridad de la salud del individuo más no debe primar los intereses económicos o patrimoniales. (Varsi, Derecho Genético, 2001, pág. 268)

En el caso de Perú, La ley N° 29946, Ley del Contrato de Seguro, promulgado el 27 de noviembre de 2012, establece de manera expresa en el artículo 119 la prohibición de exigir exámenes genéticos.

Artículo 119: Exámenes genéticos.- *“El asegurador está prohibido de exigir exámenes genéticos previos a la celebración de contratos de seguro y no puede condicionar la aceptación, vigencia o renovación de coberturas de seguro a la realización de dichos exámenes”.*

Esta disposición se encuentra en el capítulo correspondiente al seguro de personas. La Ley del Contrato de Seguro ha sido considerada como un gran avance en materia de seguros en nuestro país, y esta prohibición ha sido considerada pertinente, debido al interés creciente de las compañías de seguro e incluso de las clínicas y empresas que brinda servicios orientados a la salud, de poder contar con dicha información.

1.3.5. Determinismo Genético

Se ha resaltado la importancia de los avances en materia genética, y como lo señala el Comité Nacional de Ética de la Ciencia y la Tecnología de Argentina señala que:

“... el beneficio que aporten la nueva técnicas derivadas de la investigación no es independiente de los valores predominantes en la sociedad, de la justicia que rija su acceso, del grado de respeto por los derechos humanos de sus habitantes y de la calidad de las normas que regulen su aplicación” (Tecnología, 2002, pág. 2)

Pero también se debe considerar que la información obtenida mediante los exámenes genéticos indica una predisposición pero que no determinan que se desarrolle la enfermedad ya que ello depende de otros elementos como las condiciones ambientales y sociales.

Para la UNESCO la información genética puede definirse en sentido estricto y en sentido amplio. En el primero, la información se refiere a la codificación genética obtenida de las secuencias de ADN, ARN y de proteínas; en tanto que en sentido amplio es toda la información sobre los factores hereditarios obtenidos por diversos medios como la historia familiar, los rasgos fenotípicos así como del análisis de sus proteínas. (Tecnología, 2002, pág. 3)

La información genética de se puede obtener esa información por otros medios, por lo que considerar que una prueba genética es determinante lo que hace es darle una excesiva relevancia. Lo que se debe hacer es buscar establecer lineamientos legales para que la información sea obtenida con pleno conocimiento de la persona y que los resultados van a ser utilizados en su beneficio, no de manera adversa. Acorde con ello, la UNESCO recomienda que las disposiciones normativas consideren la concepción amplia de la información genética, es decir, el concepto de información genética comprende tanto los datos obtenidos por métodos directos como los indirectos. (Tecnología, 2002, pág. 3)

Cuando se obtiene información genética por otro medios, como el historial familiar surge otro elemento a considerar ¿Es la información genética propiedad familiar? Es decir, podemos limitar el derecho a la intimidad o el derecho al no conocimiento en base a un beneficio mayor que es el de informar a sus descendientes los resultados de la evaluación genética para que se puedan tomar medidas preventivas. Al respecto Enriquez-Canto y Osimani señalan que la tendencia actual en bioética es romper la confidencialidad y considerar la información genética como propiedad familiar. (Enríquez-Canto Y, Osimani B, 2015, págs. 13-22)

CAPITULO II:

ASPECTOS JURÍDICOS: BIOÉTICA Y DERECHO GENÉTICO

2.1. BIOÉTICA

2.1.1. Nociones generales

Los avances científicos y tecnológicos relacionados con la biología han generado el surgimiento de disciplinas como la genética, la ingeniería genética, la biología molecular; y otras que buscan relacionar la práctica médica y genética con los aspectos normativos morales o jurídicos, tales como la *bioética* y el *bioderecho*.

Respecto de la bioética, González señala que si bien tiene como objetivo central los problemas acerca de la vida y la muerte, sin embargo también se plantea problemas sobre “hasta dónde llega la libertad de investigación y, sobre todo, la capacidad de *intervención* o *manipulación* en los procesos y en la naturaleza íntima, en la *privacidad* de la vida y de la muerte” (Valores éticos de la ciencia, 1999, pág. 35). Además, la bioética también comprende problemas morales, propios de la ética médica, así como la problemática ética y filosófica que plantea la biotecnología y la ingeniería genética. (González, 1999, pág. 33)

Se considera que las investigaciones deben tener la libertad necesaria para que se pueda desarrollar, “el derecho fundamental a la investigación y a la producción científica y técnica surgió a partir del tránsito a la modernidad, muy conectado con el derecho a la libertad de pensamiento y expresión.” (Aparisi Miralles, 1997, pág. 89)

Toda libertad, incluso la libertad inherente a todo ser humano como derecho fundamental, no es absoluta y por ello la libertad de investigación también debe tener límites, los cuales inicialmente eran establecidos por los mismos investigadores pero por el avance acelerado de la ciencia hizo necesario que los límites se establezcan mediante normas y procedimientos, aplicables para todos los estudios relacionados con el hombre y el medio ambiente que lo alberga.

En suma podemos decir que la bioética abarca temas referidos a la ética biomédica en relación a las personas, también respecto de otros seres vivos y el medio ambiente así como lo relacionado con la ingeniería genética (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 62).

Otro aspecto importante es la relación entre lo moral y lo legal, que tiene larga data, y hay quienes dan prevalencia de lo uno sobre lo otro, sin embargo lo importante es comprender que ambos ámbitos son importantes porque cumplen un rol en la sociedad. Además se debe considerar que:

“... la distinción entre la Moral y el Derecho no depende de la situación de regulación o desregulación. Existe un título atributivo de derechos esenciales al hombre, por la propia naturaleza de las cosas, que no son renunciables ni pactables; si bien se reconoce un distinto título atributivo, de carácter positivo, que dependen exclusivamente de la decisión humana” (Tomas y Garrido, 2011, pág. 17)

2.1.2. Definición

El término *bioética* fue propuesto por el científico Van Rensselaer Potter en el año 1970 para referirse al campo de la ética en relación con la salud, la vida e integridad somática de todo ser vivo. (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 53)

La *Enciclopedia of Bioethics* define a la bioética como “el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias biológicas y

atención de la salud, en la medida en que esta conducta se examine a la luz de los valores y principios morales”¹⁶

Aparisi define a la bioética “como instancia normativa capaz de asumir y dar respuestas a las interrogantes que los avances científicos y técnicos presentan en relación a la vida, muerte y la salud de las personas, así como los problemas relativos a la degradación del medio ambiente” (1997, pág. 58)

Tomás y Garrido señala que simbólicamente se puede decir que la Bioética es la conciencia de la ciencia y la define la como ciencia o disciplina que “parte de la vida del hombre y de su antropología y estudia de manera sistemática, interdisciplinar y práctica las acciones humanas y sus consecuencias y, entonces, propone vías éticas para encontrar soluciones, moralmente rectas y científicamente correctas, a las diferentes implicaciones que resultan de esos actos.” (2011, pág. 15)

2.1.3. Características de la bioética

La *bioética* se ubica en el ámbito de la ética práctica, y se caracteriza por¹⁷:

- Surge en la esfera biocientífica con la finalidad de proteger al ser humano tanto en lo que respecta a su vida e integridad;
- Constituye una labor interdisciplinaria basada en la razón y juicio moral, en el que participan médicos, genetistas, sociólogos, filósofos, abogados, etc.
- Se sustenta en los derechos humanos y de la persona;
- No se limita al campo humano, protege a los seres vivos en general como los animales y las plantas, así como promueve el desarrollo sustentable y cuidado del medio ambiente;

¹⁶ Cfr (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 54), (Tomas y Garrido, 2011, pág. 14)

¹⁷ Confróntese: Varsi Rospigliosi (2015), pág. 56-57; Calderón de Los Santos (2015), pág. 223-224

- Busca establecer límites a la ciencia, tecnología y actuar científico en general;
- Se aplica a las indagaciones biomédicas, terapéuticas o de otra naturaleza;
- Busca armonizar la libertad de investigación y la protección de la persona así como salvaguarda de la humanidad.

2.1.4. Principios de la bioética

Calderón de Los Santos indica tres principios (2015, pág. 224), en tanto que Varsi Rospigliosi señala que son cuatro los principios de la bioética, precisando en una cita que los tres primeros tienen su origen en el *Belmont Report*, documento emitido por la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, la cual fue creada por el congreso de Estados Unidos en 1974 (2013, pág. 59).

Los principios de la bioética (Varsi Rospigliosi, 2013, págs. 59-60) son:

- **Respeto por las personas**, la que proclama la prevalencia de la individualidad y los derechos fundamentales, frente a las investigaciones, respetando la libertad y autodeterminación (lo que incluye el conocimiento informado) de todo ser humano.
- **Beneficencia**, toda práctica médica debe ser positiva, orientada por el beneficio de las personas y evitando causar daños o perjuicios.
- **Justicia**, que implica trato equitativo y evitar la discriminación en las prácticas médicas y en lo que respecta a los tratamientos científicos.
- **Solidaridad**, que se basa en la entrega y ayuda, y que toda persona tiene derecho a un servicio de salud, respeto y cuidado personal.

2.1.5. Competencia de la bioética

Como lo señala Tomas y Garrido, según el documento ERICE, la competencia de la bioética es:

- “a) los problemas éticos de las profesiones sanitarias;
 - b) las cuestiones éticas que se plantean en el campo de las investigaciones sobre el hombre, aunque no sean directamente terapéuticas;
 - c) los asuntos sociales inherentes a las políticas sanitarias, en el ámbito global, a la medida del trabajo y las políticas de planificación familiar;
 - d) los dilemas relacionados con la intervención sobre la vida de los demás seres vivos y, en general, lo que se refiere al equilibrio del ecosistema”
- (Tomas y Garrido, 2011, pág. 14)

2.1.6. Comités de bioética

Los diversos comités de bioética surgieron por la necesidad de regular y controlar las investigaciones para evitar abusos de diversa índole, para proteger la dignidad y el respeto por la persona humana así como su derecho a la información y libre determinación, crear mecanismos de apoyo a los profesionales en la salud cuando se encuentren ante toma de decisiones difíciles, promover la elaboración de procedimiento o protocolos de acción para mejorar la calidad y aumentar la confianza de la sociedad. (Tomas y Garrido, 2011, págs. 26-27)

Tomás y Garrido menciona a los Comités Éticos de Investigación Clínica (CEIC) y el Comité de Ética Asistencial (CEA) equivalentes a los denominados *Institutional Review Boards* y el *Institutional Ethics Committees* de los Estados Unidos, respectivamente. Esos comités se encuentran en los hospitales que realizan investigaciones con la finalidad de evaluar el trabajo de quienes realizan actividad asistencial. (2011, págs. 26-28)

2.1.6.1. Comité Internacional de bioética

La *International Bioethics Committee* (IBC) fue creado por la UNESCO en 1993, y es un cuerpo conformado por 36 expertos independientes, cuya finalidad es promover la reflexión en temas éticos y legales basados en las investigaciones realizadas por las ciencias de la vida y su aplicación en base al respeto por la libertad y dignidad humana. El comité emite consejos y recomendaciones en temas específicos adoptados por consenso ¹⁸

Este comité elaboró el anteproyecto que sirvió de base para la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos, el proyecto de Declaración Internacional sobre los datos Genéticos Humanos aprobado por UNESCO en 2003, así como el borrador de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos aprobado por la Unesco en 2005. (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 70)

El programa de trabajo preliminar para los años 2016-2017 abarca temas direccionados al cuidado e investigación en temas de salud, incluidos temas de autonomía, consentimiento, protección de información, gestión, etc.; y en coordinación con otros gobiernos e instituciones ver por las posibles cuestiones bioéticas derivas de la condición de refugiados y migrantes, respecto de su salud, en base a los principios de igualdad, justicia y equidad.¹⁹

2.1.6.2. Comité Intergubernamental de bioética

The Intergovernmental Bioethics Committee (IGBC) fue creado en 1998 bajo el estatuto de la IBC, compuesto por 36 estados miembros elegidos por la UNESCO considerando la diversidad cultural y que haya un balance en la representación geográfica; quienes se reúnen una vez cada dos años

¹⁸ Tomado de: <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/international-bioethics-committee/>

¹⁹ Tomado de: <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/international-bioethics-committee/work-programme-for-2016-2017/>

para revisar los consejos y recomendaciones dados por el IBC. Las Naciones Unidas y UNESCO forman parte como observadores en la IGBC.²⁰

2.1.6.3. Comité Nacional de bioética

En nuestro país no existe un Comité Nacional de Bioética. Calderón de los Santos señala que existen dos razones básicas para constituir un Comité en nuestro país: i) El Perú es parte integrante de UNESCO y como tal debe difundir los principios de la Declaración del Genoma Humano, y ii) porque se debe adoptar una postura nacional para la promulgación de normas que regulen las prácticas biotecnológicas. (2015, pág. 224)

Nuestra legislación es dispersa en lo que respecta a la información y manipulación genética, por lo es necesario establecer una regulación básica y unificada que además se oriente a la protección de los derechos fundamentales.

Como lo señala Varsi, el compromiso en materia de Bioética es responsabilidad compartida de todos los ciudadanos que buscan una vida sana, natural y pacífica, lo que justifica el establecimiento de un Comité Nacional de Bioética que promueva los principios enunciados en las diversas Declaraciones sobre genoma humano emitidos por la UNESCO, del cual Perú es parte. (Derecho Genético. Principios generales, 2013, págs. 255-256)

Asimismo, establece que “El Comité tendría como principal objetivo velar por la protección y el respeto de la dignidad, libertad, identidad e integridad del ser humano y de la humanidad en las investigaciones biomédicas” (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 256), y tendrá como finalidad:

²⁰ Tomado de: <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/intergovernmental-bioethics-committee/>

- Reflexionar desde la perspectiva ética y jurídica las investigaciones y su aplicación,
- Propiciar actividades para generar conciencia en materia de Bioética,
- Cooperar con las organizaciones interesadas en temas de Bioética,
- Brindar asesoría en lo que concierne a la difusión y respeto de las Declaraciones sobre genoma humano aprobadas por la UNESCO. (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 256)

En el año 2011 se expidió un Decreto Supremo que aprueba los *Lineamientos para garantizar el ejercicio de la Bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos*, mediante dicha disposición se consagran los principios de autonomía, beneficencia y justicia; velando porque se considere al hombre como un fin en sí mismo. (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 72)

En el ámbito de seguros, la Ley del Contrato de Seguros promulgado en el año 2012, se prohíbe de manera expresa que las compañías de seguro exijan exámenes genéticos para la contratación de seguros; sin embargo esos exámenes son sólo una parte del extenso campo que abarca la Bioética.

2.2. DERECHO GENÉTICO, BIODERECHO

2.2.1. Definición

Los avances conseguidos en la ciencia y la tecnología en las últimas décadas han sido muy acelerados y por ello se hace necesario regular dichas actividades a fin de resguardar la dignidad e integridad de la persona.

El Derecho se encarga de regular conductas, y se relaciona con las diversas ramas del conocimiento. Una de las ciencias que está en estrecha relación con el Derecho es la Biología, ejemplos de ello es que ésta ha determinado el

inicio de la vida humana, el momento del nacimiento así como la muerte de una persona; hechos que son recogidos por el Derecho y regulados en aras de una convivencia pacífica y de respeto por los derechos fundamentales. (Varsi Rospigliosi, 2013, págs. 75-76)

Con el avance del conocimiento surgió la genética, primero como parte de la biología y luego de manera autónoma. “La genética es la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir, la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación en generación” (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 76), en tanto que la ingeniería genética se encarga del estudio y modificación del material genético, es decir, la aplicación del conocimiento otorgado por la ciencia pura como es la genética.

Blázquez-Ruiz señala que en el ámbito biomédico se han dado dos revoluciones propiamente dichas, la terapéutica y la biológica, mediante el campo de investigación de la patología molecular. (2012, págs. 34-35) Estos avances tienen implicancias jurídicas porque la revolución biológica permite que el hombre pueda controlar tres campos relevantes para la vida humana: control de la reproducción, control de la herencia y control del sistema nervioso. (Blázquez-Ruiz, 2012, pág. 35)

Los tres ámbitos señalados por Blázquez-Ruiz abarca aspectos esenciales del ser humano: la reproducción que es por la cual se perpetúa la especie; el control de la herencia que implica las características fenotípicas y genotípicas de las personas (aspectos internos y externos); así como el control del sistema nervioso, que da las indicaciones necesarias para el funcionamiento del cuerpo.

Vivimos en sociedad y se ha buscado proteger al ser humano individual considerado como base de toda sociedad, porque sin personas no habría sociedad. Con los avances científicos se acentúa la necesidad de proteger a la persona como ente individual, además de protegerlo de forma colectiva.

Como seres sociales, se han establecido “principios fundamentales para la convivencia, tales como la dignidad de la persona, el respeto de la intimidad o la prevención ante la discriminación social”, los que se constituyen como pilares de todo ordenamiento jurídico. (Blázquez-Ruiz, 2012, pág. 43)

Buscando proteger esos pilares, en el ámbito jurídico también se han desarrollado estudios especializados, surgiendo ramas específicas como el bioderecho²¹.

El vocablo bioderecho²² es de origen reciente, Naranjo Ramírez señala que:

“Tiene por objeto el hombre como *sui iuris* instalado en la existencia, en una existencia propiamente humana; por eso le concierne cuanto afecte a su vida y condición desde sus más íntimas y específicas funciones: reproducción artificial, madres de alquiler, manipulación de genes, embriones y fetos humanos.” (Naranjo Ramírez, 2006, pág. 433)

En sus inicios, el Derecho Genético, fue considerado de manera restringida, aplicable sólo a las personas respecto de su identidad así como para determinar su nexo de paternidad; luego se amplió a las técnicas de reproducción asistida; y finalmente se aplicó a la integridad humana. En la actualidad, el derecho genético no se aplica sólo al ser humano, abarca a toda la materia vida -plantas y animales- a los que se les ofrece una protección. (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 77)

Varsi define al derecho genético como “*la rama del derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano*”; que ha surgido con la finalidad de dar seguridad jurídica al ser humano así como las

²¹ Blázquez-Ruiz refiere que “Ortega y Gasset anticipaba en 1933, en su célebre obra *Meditación de la técnica*, que precisamente uno de los temas que iba a requerir un amplio debate en los años siguientes sería el del sentido, ventajas, daños y límites de la técnica’.” (Blázquez-Ruiz, 2012, pág. 39)

²² Naranjo señala que José María Martínez Val fue el primero en usar la palabra *biojurídica* en 1986; en la doctrina comparada se usan diversas denominaciones: derecho genético, derecho biológico, biolegislación, derecho tecnológico, biotecnología jurídica, derecho médico, iusgenética, bionómica, etc.. (Naranjo Ramírez, 2006, pág. 433) También puede verse: (Varsi, Derecho Genético, 2001, págs. 21-22)

relaciones sociales frente a los avances de la ciencia genética. (Derecho Genético. Principios generales, 2013, pág. 82)

La información genética abarca toda nuestra composición como seres humanos, pero se debe diferenciar entre la información genética y la manipulación genética. Cuando hablamos de la primera nos estamos refiriendo al conocimiento obtenido por el Proyecto Genoma Humano y las investigaciones de los genes; en tanto que la manipulación genética implica modificar y experimentar los genes, lo que puede traer consecuencias no solo para la persona sino para su descendencia y para la humanidad en general.

Varsi considera que el Derecho Genético es autónomo, y aunque es un apéndice del Derecho Médico y de la Bioética porque estudia una parte de ellas como “la repercusión jurídica de la biotecnología, la procreática y la genómica” (2013, pág. 94), porque tiene singular importancia y además su estudio, análisis y aplicación “escapa de otras ramas del Derecho tradicional, requiriendo por tanto de la formación de especialistas con el objeto de lograr el máximo servicio al ser humano” (2013, págs. 94-95)

2.2.1. Ámbito de aplicación

Como cada rama del Derecho, es necesario establecer cuál es su campo de acción. El derecho genético, conforme lo señala Varsi, regula cinco aspectos fundamentales (Derecho Genético. Principios generales, 2013, págs. 95-96):

- i) **Individualidad genética:** Inicio y fin de la vida.
- ii) **Integridad genética:** Genoma humano (comercialización, industrialización, patentes), micro trasplantes, experimentación humana (diagnóstico, terapia, etc.) y manipulación genética.
- iii) **Identidad genética:** Determinación de paternidad e identificación.

- iv) **Intimidad genética:** Reserva y protección del genoma humano, privacidad del genoma humano, consejo genético, derecho a no saber, derecho a la imagen genética.
- v) **Procreación asistida:** Técnicas de reproducción asistida (inseminación, fecundación, inyección, etc.)

El avance tecnológico y de las comunicaciones, hacen que los avances científicos y tecnológicos sean de conocimiento mundial, al igual que su práctica; pero ello no debe desnaturalizar la concepción de ser humano que es protegido y tutelado por el Derecho mediante principios, declaraciones y normas legales.

Otro factor a considerar es que el avance del conocimiento en el campo de la genética tiene un componente económico, por lo que el Derecho debe establecer el equilibrio entre los principios económicos y las bases del Derecho, por lo que, como lo señala Varsi (2013, págs. 548-550), se debe considerar:

- La dignidad, libertad e igualdad corresponden al ser humano y se debe proteger frente al individualismo, contractualismo o actividad que vea al hombre como un medio y no como fin.
- El cuerpo humano es inviolable, el patrimonio genético es intangible y por tal no puede ser considerado como un derecho de propiedad u objeto de comercialización.

2.3. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL SOBRE GENOMA HUMANO

Los diversos organismos internacionales emiten documentos, entre los cuáles encontramos los tratados, las declaraciones, etc., por lo que se hace necesario establecer cuál es la relevancia jurídica de dichos documentos. Sobre ello Gros señala que las Declaraciones son documentos que tienen trascendencia y que en el caso de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los

Derechos Humanos son fuente de Derecho no convencional. (Gros Espiell, 2004, págs. 221-223)

Como lo señala Bergel, citado por Varsi, los derechos de la tercera generación nacen en la década de los ochenta, tienen como horizonte *la solidaridad* y surgen con la finalidad de hacer frente a los problemas creados por la sociedad tecnológica en diversos aspectos como el medio ambiente, la calidad de vida, planteamientos sobre origen y fin de la vida, la procreática, la genómica, manipulación genética, etc. (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 219)

2.3.1. Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos del Hombre

Fue aprobada en sesión del 11 de noviembre de 1997 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Al respecto Varsi señala:

“...es el documento más importante que en materia de bioética de ha dictado y si bien no tiene un carácter vinculante, es la base jurídica internacional en que deberán apoyarse los Estados miembros cuando quieran contemplar en su legislación nacional reglas en materia de Derecho Genético” (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 220)

Esta declaración sienta las bases que deben ser considerados por los países y los diversos organismos gubernamentales y/o privados cuya actividad está relacionada con el material e información genética.

La declaración²³ tiene 25 disposiciones que buscan proteger la dignidad humana y el genoma humano, el derecho de las personas antes de someterse o ser sometidas a exámenes genéticos, regula además las investigaciones sobre el genoma humano, las condiciones del ejercicio de la actividad científica, la solidaridad y cooperación internacional entre los Estados, el compromiso de estos para fomentar los principios de la Declaración así como su aplicación.

²³ El texto completo se puede ubicar en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

En sus dos primeros artículos establece los siguientes principios:

Artículo 1.- *El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.*

Artículo 2.-

- a) *Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.*
- b) *Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad.*

Aunque no es un documento vinculante, los Estados miembros deben apoyarse en la declaración cuando quieran establecer normas sobre derecho genético, ya que busca establecer el marco ético de las investigaciones relacionadas con el genoma humano; es un código de bioética universal que además propugna negar el reduccionismo de un todo genético, por el cual se atribuya el comportamiento humano a factores netamente biológicos. (Varsi Rospigliosi, 2013, págs. 220-221)

2.3.2. Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos.

Este documento fue aprobado por la UNESCO el 16 de octubre de 2003, luego de que se publicara la decodificación completa del genoma humano.

Tiene como base la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales así como el respeto a la dignidad humana en la recolección, tratamiento, utilización y conservación de la información genética (que tiene

una característica singular por lo sensible de la información) así como cualquier tipo de información médica.²⁴

Está conformado por 27 artículos, en los que se estipula los objetivos y alcances, la singularidad de los datos genéticos (evitando caer en el reduccionismo), establece que los datos genéticos sólo pueden ser usados con fines de diagnóstico y asistencia sanitaria, investigación, medicina forense y procedimientos civiles así como cualquier otro fin acorde con las declaraciones sobre el genoma humano. La declaración también pone énfasis en la ética, orientada a evitar la discriminación, estigmatización o la mala utilización de la información obtenida así como velar por el consentimiento informado, el derecho a decidir ser informado o no de los resultados de quien se somete a pruebas o análisis genéticos.

2.3.3. Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina: Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

Emitida por el Consejo de Europa²⁵ el 04 de abril de 1997, también se le conoce como Convenio de Asturias, de Oviedo o de Bioética. Al haber sido aprobada por el Consejo de Europa, su aplicación se encuentra limitada al territorio europeo, y respecto de los estados que los hayan aprobado, aceptado o ratificado.

El convenio tiene 38 artículos, divididos en XIV capítulos. Blázquez-Ruiz resume la parte considerativa del convenio: “Considerando la necesidad de

²⁴ Tomado de: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

²⁵ El Consejo de Europa está conformado por los ministros de Asuntos Exteriores de 47 países europeos (miembros originarios y asociados) y 6 países en calidad de observadores (Canadá, Estados Unidos, Israel, Japón, México y Vaticano). Tiene como órgano máximo el Comité de Ministros integrado por los miembros originarios: Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido, Irlanda, Italia, Dinamarca, Noruega y Suecia.

respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad; conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina; afirmando que los progresos en la biología y la medicina deben ser aprovechados en favor de las generaciones presentes y futuras”. (Nueva genética, regulación jurídica y privacidad, 2012, pág. 52)

Artículo 1.- *Las partes del presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.*

En el capítulo IV se regula lo referido al genoma humano.

Artículo 11.- *Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.*

Artículo 12.- *Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado.*

Artículo 13.- *Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.*

Artículo 14.- *No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada a sexo.*

Este documento se caracteriza por ser el primer documento jurídico internacional que tiene fuerza obligatoria, aunque restringida sólo para los estados que lo suscriben y que sean miembros del Consejo de Europa. (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 248)

2.3.4. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.-

Adoptada en la Conferencia General de la Unesco el 19 de octubre de 2005. Esta declaración tiene 28 artículos. Las disposiciones generales regulan los alcances y los objetivos, del artículo 3 a 17 se establecen los principios, del artículo 18 al 21 se regula lo referido a la aplicación de dichos principios, en los demás artículos lo relacionado a la promoción de la declaración así como las disposiciones finales.

Artículo 1: Alcance.-

1. 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.

2. La Declaración va dirigida a los Estados. Imparte también orientación, cuando procede, para las decisiones o prácticas de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas.

Artículo 2: Objetivos.- *Los objetivos de la presente Declaración son:*

a) 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;

b) orientar la acción de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas;

c) 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;

d) 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;

e) fomentar un diálogo multidisciplinario y pluralista sobre las cuestiones de bioética entre todas las partes interesadas y dentro de la sociedad en su conjunto;

f) 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;

g) salvaguardar y promover los intereses de las generaciones presentes y venideras;

h) destacar la importancia de la biodiversidad y su conservación como preocupación común de la especie humana.

Este documento reconoce la importancia de la investigación científica pero establece límites basados en el respeto de la dignidad humana, los derechos humanos y libertades fundamentales. Los asuntos de la Bioética son complejos por lo que sus postulados no son enumerativos o restrictivos, por el contrario, son genéricos para que pueda comprender toda actividad desarrollada en el campo de las biociencias o ciencias de la vida. (Varsi Rospigliosi, 2013, págs. 236-237)

2.3.5. La Declaración de Mónaco, Bioética y derechos del niño

Este documento es producto de un coloquio realizado en abril del año 2000 en Mónaco, evento en el cual la Asociación Mundial de Amigos de la Infancia (AMADE) planteó como presupuesto defender los derechos de los niños dado su estado de indefensión (Varsi Rospigliosi, 2013, págs. 242-247). Se establecieron como principios:

- **Los orígenes del infante:** Respetar el origen de los niños, su no discriminación, destacando su ser singular y nuevo, el respeto a su vida como valioso e intangible, así como respetar la dignidad del embrión *in vitro* creado con fines de procreación.
- **Los vínculos del infante:** ; Proteger al niño considerando su grado de autonomía, identidad familiar, interés superior, su origen biológico, así como su cuidado y educación, debiendo prevalecer el interés superior del infante respecto de los adultos.
- **El cuerpo del infante:** Respetar su grado de autonomía cuando se trate de su salud, comprendiendo su información, consentimiento o negativa de ésta, siendo el interés del infante superior al de la sociedad; promover la investigación en enfermedades raras y preparación de terapias.²⁶

2.3.6. Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales con las Generaciones Futuras

Esta Declaración fue aprobada por la UNESCO el 12 de noviembre de 1997, en ella se considera a la Humanidad como sujeto de derecho, con lo que se considera a las generaciones futuras (todavía no existentes) como sujetos de derechos.

²⁶ Tomado de: <http://www.bioeticaweb.com/declaracion-de-monaco-sobre-bioetica-y-derechos-del-niño-2000-2/>

Considera que las investigaciones sobre el genoma es patrimonio de todos, generaciones presentes y futuras, y que las actividades sobre el genoma deben orientarse a preservar la tierra sana, limpia y libre de contaminación (Varsi Rospigliosi, 2013, págs. 249-250), ya que las decisiones actuales sobre la industria y la investigación pueden afectar el medio ambiente, con lo que se afectaría diversos derechos de las generaciones futuras.

Esto es reconocido de manera expresa en la Declaración: *“Teniendo presente que el destino de las generaciones venideras dependen en gran medida de las decisiones y medidas que se tomen hoy y que los problemas actuales, comprendidos la pobreza, el subdesarrollo tecnológico y material, el desempleo, la exclusión, la discriminación y las amenazas al medio ambiente, deben resolverse en beneficio de las generaciones presentes y futuras.”*

Contiene 12 artículos que reconoce la responsabilidad de las generaciones actuales de salvaguardar las necesidades e intereses de las generaciones futuras, de protección de la libertad de elección, de esforzarse por asegurar el mantenimiento y perpetuación de la humanidad, de preservar la vida en la Tierra, de proteger el medio ambiente así como el genoma humano, la diversidad biológica, cultural y del patrimonio cultural, de velar por una convivencia en un ambiente de paz, de promover el desarrollo y la educación, de evitar la discriminación.²⁷

²⁷ Tomado de: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

2.4. DERECHO GENÉTICO EN EL PERÚ

En nuestro país no hay un dispositivo normativo que regule de manera específica la información genética o las implicancias que ello tiene.

2.4.1. Código Civil

En la legislación civil peruana, se ha regulado sobre Derecho Genético en la parte referida a la filiación, permitiendo el uso de pruebas biológicas, genética u otras de validez científica, para determinar la filiación. La regulación también comprende el aspecto procesal.

Ello está en relación al derecho a la identidad y la necesidad no sólo individual sino social de conocer el origen biológico.

2.4.2. Código penal

Sanciona el aborto en el artículo 120, especificando, entre otras circunstancias, cuando se ha dado una inseminación no consentida. Esta regulación es insuficiente por lo que se debe establecer normas más específicas.

También se sanciona el daño originado al concebido, así como las actividades de manipulación genética restringida a la clonación de seres humanos; pero debemos recordar que la actividad de la ingeniería genética es amplia, por lo que esta regulación resulta insuficiente.

El artículo 324 del Código Penal, sanciona la discriminación de cualquier tipo, que tenga entre otros elementos los factores genéticos: *“Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la*

libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 4 y 8”

2.4.3. Código de los niños y adolescentes

Decreto Legislativo N° 27337, Código de los niños y adolescentes, artículo 1.- *“El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción.*

El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.”

En nuestro ordenamiento, el Código Civil ya establece la protección del concebido para efectos patrimoniales, en tanto que el Código de los niños y adolescentes lo hace de manera específica porque protege su integridad respecto de manipulaciones genéticas. Ello es necesario debido a que uno de los aspectos que más se desarrollan la Ingeniería genética es la fertilización asistida a través de las diversas técnicas de reproducción asistida.

2.4.4. Leyes sobre diversidad y biotecnología

Se han dado normas para la protección y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica y la prevención de riesgos derivados del uso de la biotecnología. La ley N° 26839 que establece disposiciones sobre la investigación científica y protección de los recursos genéticos, también la ley N° 27104 que promueve la seguridad en la actividad biotecnológica así como proteger la salud humana, el ambiente y diversidad biológica.

CAPITULO III

DIGNIDAD Y DERECHO A LA INTIMIDAD

3.1. DIGNIDAD

El origen de la palabra dignidad se remonta a la antigüedad. En sánscrito deriva de la raíz *dec* cuyo significado es ser conveniente, conforme o adecuado con algo o alguien, es decir, es la adecuación entre un sujeto y sus atributos; posteriormente, el latín le agrega la terminación *nus*, generando el vocablo *dignus*, palabra que castellano es *digno*, del cual deriva *dignidad*.²⁸

Junquera desarrolla en extenso la evolución del significado de la palabra dignidad, “la propia evolución de la sociedad y de las culturas le fue atribuyendo diversos sentidos, pasándose de uno totalmente *externo* a otro *interno*”. (2012, pág. 349)

Desde Roma hasta la edad media se consideraba el aspecto externo porque se relacionaba a la dignidad con el reconocimiento social así como la jerarquía y la autoridad, en sentido interno implica que la dignidad está en lo más profundo del hombre como parte de su naturaleza. (Junquera de Estéfani, 2012, págs. 349-351)

Spaemman señala que el tanto el concepto de dignidad humana como el de libertad son conceptos trascendentales, con el concepto de dignidad no se hace referencia a un derecho humano específico, sino que contiene la

²⁸ Evolución lingüística del vocablo dignidad desarrollado por A. Lobato. Citado por Junquera. (Dignidad humana y genética, 2012, pág. 348)

fundamentación de lo que puede ser considerado como un derecho humano en general; el concepto de dignidad humana está sentado en un ámbito precedido por el dualismo del ser y del deber (1987, pág. 15)

Además, Spaemann considera que la palabra dignidad es difícil de comprender conceptualmente, porque indica una cualidad indefinible y simple, con el concepto dignidad lo que se quiere significar es la idea de respeto incondicionado o absoluto que se debe al ser humano, al tratarse de algo “sagrado” (cfr. Aparizi, 1997, pág. 53-54).

Por su parte, Aparizi agrega que:

“La dignidad del ser humano es la de un ser trascendentalmente libre, abierto a la realidad por las inteligencia y la voluntad. Se trata (...) de una dignidad ontológica, radical, ya que se apoya en la misma esencia de ser del hombre. (...) En definitiva, nunca se puede perder o no poseer, (...) no se trata de un derecho humano, sino de la fundamentación misma de los derechos humanos”. (1997, págs. 54-55)

Mosquera señala que la dignidad es lo que diferencia al ser humano de los demás seres vivos, lo hace centro del universo y es lo que obliga que se trate al ser humano como un fin en sí mismo. (Avances genéticos y dignidad humana: reflexiones éticas y jurídicas, 2004, pág. 7)

La dignidad es inherente a la persona²⁹ y sirve como base de los derechos fundamentales ya sea como expresión de la naturaleza humana o los reconocidos de manera positiva, mediante el establecimiento de normas por

²⁹ Sobre la definición de persona también se ha escrito bastante. Para Spaemann “El sentido de la palabra persona depende, más que el de cualquier otra palabra, del contexto”, se puede designar a los seres humanos, como mayormente se hace; o también se puede emplear la palabra como predicado, es decir, “El concepto de persona no sirve para identificar algo como algo, sino que afirma algo sobre un ser determinado de manera precisa” en el sentido de identificar a algunos seres titulares de determinadas cualidades. (Acerca de la distinción entre algo y alguien, 2010, págs. 27-28). Por su parte Alzamora Valdéz señala que “El vocablo persona tiene una triple significación (...). Desde un punto de vista *fisio-antropológico* quiere decir lo mismo que hombre. En sentido *teológico-filosófico* significa ente racional”, consciente, capaz de querer. Finalmente en su acepción jurídica expresa *ente que tiene función jurídica, cualidades de derecho, capacidad.*” (1963, pág. 111)

cada estado³⁰ o por los documentos internacionales, como la comprendida en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Ello se debe a que si bien se consagra a la dignidad un derecho esencial, sin embargo la dignidad del hombre como lo señala Cifuentes tiene un rango mayor, es “una aportación superior a la que los derechos deben subordinarse” (Cifuentes, 2004, pág. 209), y que comprende “la capacidad de decisión moral de cada ser humano sobre lo que sólo a él le concierne, especialmente si se trata de su cuerpo y de su salud”. (Cifuentes, 2004, pág. 210)

3.2. DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad está comprendido en el derecho a la vida privada y familiar, reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos³¹ así como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos³²

3.2.1. Definición de derecho a la intimidad

La palabra *Intimidad* deriva del vocablo latino *intimus*; el cual a su vez deriva del adverbio *intus*, que significa por dentro o hacia adentro. Por ello, se puede considerar a *intimus* como lo más interior, lo que tiende a demostrar la máxima interioridad. (Morales Godo, Control de la información de la vida personal y familiar (comentario), 2007, pág. 124)

Rubio Correa define la intimidad personal y familiar como la “esfera de la vida privada de una persona en la que ningún extraño puede interferir. Es reservada con plena autonomía a la persona misma y a sus familiares más

³⁰ Se debe tener en cuenta que sobre el origen de los derechos se tiene dos corrientes esenciales, los positivistas y los iusnaturalistas. En el primer caso, los derechos tienen como base la legislación plasmada en documentos; en tanto que para los segundos, los derechos provienen del orden natural y los captamos a través de nuestro entendimiento.

³¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948, artículo 12

³² Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966, artículo 17

cercanos. Son sus relaciones personales y de parentesco, sus asuntos íntimos y de familia (...) lo que llamamos vida privada. (2008, pág. 28).

Para Fariñas, de acuerdo a lo citado por Banda, "... la intimidad es algo útil, para el hombre y de la toma de conciencia en el seno de la comunidad de esa utilidad, surge el deseo de una regulación y protección de ese interés, pues la intimidad le sirve al individuo para conocerse, autoanalizarse, afirmarse ante los demás, distinguirse de ellos caracterizarse" (2015, pág. 260)

La intimidad, considerando incluso el origen etimológico de la palabra, implica la parte interior de la persona, que le permite individualizarse, aquello que sólo puede ser conocido en su mayor expresión por él mismo (es su yo interior); que requiere reconocimiento social y protección, sobre todo por el progreso tecnológico cuya práctica puede atentar contra el derecho esencial a la intimidad.

3.2.2. Evolución Histórica y su consideración en otras legislaciones

El concepto de intimidad o privacidad surge estrechamente con el surgimiento de la burguesía, y se la vinculaba al derecho a la propiedad; vínculo que empieza a diluirse en la edad media, dónde se manifiesta la necesidad del aislamiento, de contar con un espacio de privacidad; y cuando ya se da una tendencia marcadamente individualista se desarrolla el concepto de intimidad como aspiración de la burguesía, que coincide con la declaración revolucionaria de los derechos del hombre y del ciudadano. (Banda Vergara, 2015, págs. 263-264)

Como derecho autónomo, el derecho a la intimidad surge en 1890, con el ensayo "*The right to privacy*" escrito por los abogados norteamericanos

Samuel Warren y Louis Brandeis³³, en la cual fundamentan el hecho de que en el ser humano exista un espacio libre de intromisiones, que debe ser respetada y protegida legalmente. (Morales Godo, Control de la información de la vida personal y familiar (comentario), 2007, pág. 124).

En efecto, el derecho a la intimidad se origina en el *right of privacy* norteamericano. "... se considera que es en el *Common Law* de los Estados Unidos de América donde no sólo se originó, adquiriendo autonomía este derecho, sino donde se ha desarrollado en forma inusitada, tanto jurisprudencialmente como en la doctrina." (Morales Godo, El right of privacy norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Estudio comparado, 1995, pág. 170).

El sistema norteamericano tiene como fuente principal los precedentes judiciales así como la jurisprudencia de los tribunales, Morales Godo hace referencia a diversos casos de precedente norteamericanos relacionados al derecho a la intimidad. Se van a mencionar algunos casos cuya orientación tiene relación con el tema que se trata en la presente investigación. (El right of privacy norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Estudio comparado, 1995, págs. 175-176)

- El caso *Parrish vs. Civil Service Comission* (66 California 2d-260.1970). Donde se declaró inconstitucional el procedimiento seguido por la comisión que era acudir a los hogares de los indigentes los domingos en la mañana para buscar varones son permiso, así como se restituyó al empleado Parrish que se negó a efectuar dicha labor. (1995, pág. 176)

³³ Este artículo se origina debida que la esposa de Warren, hija de un conocido senador, llevaba una vida social intensa en la ciudad de Boston, fiestas que eran descritas con toda amplitud por los periódicos locales, incluso la cena por ocasión de un matrimonio familiar. Esto no fue bien recibido por la familia (en aquella época no era adecuado que la gente correcta apareciera en la prensa constantemente) por lo que Warren acudió a su amigo Brandeis y escriben el artículo, tomando el concepto establecido por el juez Cooley del "derecho a ser dejado en paz" (*right to be alone*). Este artículo se aplicó en la jurisprudencia, con lo que adquirió mayor relevancia. (Celis Quintal, n.d., pág. 81)

- El caso *Schultz vs. Frankfurt* (130 Wisconsin. 2d. 17. 1914). Por el cual se consideró que el proceder de la Compañía de Seguros Frankfurt Company, de acosar y tratar de que un testigo adverso se mudara para evitar que declarara, era ofensiva; prevaleciendo el derecho a la intimidad. (1995, pág. 176)

- Caso *Pinkerton National Detective Agency vs. James A. Stevens* (32) (162 South Dakota. 2d. 474 – 1964). Por el cual se otorgó una indemnización por daño a una señora que había presentado una reclamación a una compañía de seguros, y que ante ello, una compañía de detectives la estuvo espionando de manera insistente, generando que en su comarca pensarán que ella había cometido un delito. (1995, pág. 181).

- El caso *Griswold vs. Connecticut* (381 US 479, 1965). Es la primera sentencia que reconoce el derecho a la intimidad como derecho constitucional. Mediante esa sentencia se declaró inconstitucional una ley del estado de Connecticut que prohibía el uso de anticonceptivos a las personas casadas. (Celis Quintal, n.d., pág. 83)

Es interesante conocer cómo ha sido considerado el derecho a la intimidad en otros países por lo que se va a considerar Italia, Colombia y Brasil.

En Italia, no se reconoce de manera expresa el derecho a la intimidad en su ley fundamental, fue regulada mediante ley 675/96 la cual tutela de privacidad y comprende cualquier sujeto jurídico y comprende el derecho a un consentimiento informado, a la calidad de los datos, a la información personal, a la cancelación de los datos, a la rectificación, a oponerse a la revelación o uso de la información a la seguridad de los datos. (Celis Quintal, n.d., pág. 87)

Celis considera que Colombia es el país latinoamericano que regula de manera más adecuada el derecho a la intimidad; en el artículo 15 de su Constitución dice que “*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, tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y archivos de las entidades públicas y privadas”. Con ello se protege la intimidad personal y familiar, y además, no sólo es respecto de poder público, sino también de los particulares. (n.d., págs. 92-93)

Brasil ha creado un procedimiento especial conocido como *habeas data*, el cual ha sido reconocido en su Constitución de 1988, y con ello pretende proteger el *right to privacy* (derecho a la intimidad). (Celis Quintal, n.d., pág. 93)

3.2.3. Implicancias del derecho a la intimidad

Se puede considerar como características del derecho a la intimidad: ser innato, vitalicio, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e intransferible. (Celis Quintal, n.d., pág. 75)

La intimidad tiene dos aspectos: uno negativo, por el cual el individuo mantiene oculto y para sí algunos aspectos personales; el otro positivo, por el cual tiene la facultad de control de los datos e informaciones referentes a su persona. (Banda Vergara, 2015, pág. 265)

Por ello advertimos que el derecho a la intimidad, si bien es un derecho fundamental, sin embargo no es absoluto, en la medida que es la misma persona la que puede dar permiso a acceder a él, o en caso de un bien mayor, debidamente justificado, el estado puede acceder a la intimidad de la persona.³⁴ Los actuales estudios relacionados al derecho a la intimidad

³⁴ Los casos en los que se accede a la intimidad de la persona, sin su consentimiento, están en relación a las investigaciones, para lo cual se hace necesaria la autorización de un Juez. Es decir, no cualquier persona pueda acceder a la intimidad de otra, tiene que haber una justificación debida y

resaltar este derecho debido a que los avances tecnológicos en informática y las comunicaciones la hacen más vulnerables ante intromisiones indebidas que deben permanecer ajenas a terceros. (Celis Quintal, n.d., pág. 76)

También, por el avance en el conocimiento se cuenta con información personal y privada que debe ser resguardada o en su defecto usarse en favor de la persona, y no para limitar o restringir su acceso a determinados servicios públicos y/o privados. Nos estamos refiriendo específicamente a la información genética con que las personas ahora podemos contar, información que pertenece, sin lugar a dudas, al ámbito de la intimidad y privacidad de la persona.

3.3. DERECHO A LA VIDA PRIVADA

Hay autores que diferencian entre la “vida privada” e “intimidad”, pero nuestra legislación las considera como sinónimos.

Morales Godo señala la distinción entre ellas, señalando que la “(...) vida privada es el concepto genérico dentro del cual se encuentra un aspecto específico, que es la intimidad” (Morales Godo, Control de la información de la vida personal y familiar (comentario), 2007, pág. 124)

Banda considera que entre vida privada e intimidad hay una relación de género a especie, donde la vida privada abarca una serie de facetas de la personalidad que consideradas en conjunto caracterizan al individuo; en tanto que la intimidad es un círculo más estrecho, comprende aspectos de la vida sentimental, sexual, salud, sobre sus ideas políticas, religiosas y/o filosóficas, así como su correspondencia, comunicaciones telefónicas y papeles privados. (Banda Vergara, 2015, pág. 161)

un mandato judicial, caso contrario se estaría atentando contra este derecho y además se estaría cometiendo un delito.

Cifuentes distingue entre *identificación* e *identidad*, “el “genotipo” nos acerca a la identificación puramente biológica, el “fenotipo” es quizá la base de la identidad.” (Cifuentes, 2004, pág. 214) El genotipo es la parte material que no varía y por ello sólo forma parte de la identidad. La Declaración considera la importancia de la información genética pero en el artículo segundo propone que no se debe reducir al individuo a sus características genéticas porque no es conveniente sacralizar al genoma humano. (Cifuentes, 2004, pág. 214)

La *intimidad genética*, se puede comprender por niveles: el primer nivel es el de la *identidad genética* relacionada con la parte más íntima y conformada por la constitución genética de la persona; el segundo nivel es de la *individualidad genética* que está en relación la familia con las manifestaciones fenotípicas que se dan de manera transgeneracional; el tercer nivel es la *integridad genética* que reconoce la esfera social de la genética humana. En el último nivel debe actuar el derecho y los demás mecanismos de protección para limitar la estigmatización y discriminación. (Varsi Rospigliosi, 2013, págs. 372-373)

3.4. DERECHO A LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Los derechos fundamentales³⁵ son aquellos postulados fundamentales de la ética y del derecho que tienen validez universal, y que el hombre posee por su naturaleza y dignidad, les son inherentes; no surgen como concesión de la sociedad política, sino que deben ser consagrados y garantizados por los estados. (Catenacci, 2001, pág. 174)

³⁵ Catenacci hace una referencia histórica de los derechos humanos: “... comienza con las Carta Magna de 1215, sigue con la declaración de Virginia de 1776, la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, las constituciones de los siglos XIX y XX y las convenciones internacionales contemporáneas. Finalmente la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, e París, aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos.” (Cfr. Introducción al derecho, 2001, pág. 175)

Pérez Luño considera que la condición axiológica de los derechos humanos se concreta en la determinación de los valores dignidad, libertad e igualdad; entendiendo a la dignidad humana como el núcleo axiológico que se orienta a la tutela de la integridad moral y el derecho a la vida, garantías, etc. (Citado por Catennacci, 2001, pág. 177)

Entendiendo a los derechos fundamentales como “... instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas (...) necesaria para la realización de cualquier plan de vida” (Celis Quintal, n.d., pág. 77), Celis considera al derecho a la intimidad como uno fundamental “... porque implica una defensa frente a la intromisión por parte del Estado de la comunidad, sino también porque su plena vigencia posibilita el desarrollo íntegro de la personalidad del individuo” (n.d., pág. 79)

Sin lugar a dudas, el derecho a la intimidad es un derecho fundamental, porque protege al ser humano en su esencia e interior, el cual es muy importante porque determina la personalidad.

3.5. INTIMIDAD GENÉTICA

Así como el derecho a la intimidad ha cobrado relevancia por los avances científicos y tecnológicos, también se ha ampliado su concepción al ámbito genético. En ese sentido, la intimidad genética se debe entender como “... el derecho a que nadie viole la esfera genética de una persona, y asimismo que no difunda la información genética que pudiera conocer.” (Mosquera Vasquez, 2004, pág. 10)

Por su parte Varsi señala que el genoma es información especial que puede ser considerada como dato sensible de la persona, por lo que merece protección:

El derecho a la intimidad genética o *genetic privacy* (para los ingleses) forma parte consustancial de la dignidad de la persona, a nadie más que a ella le interesa saber cómo es y quién es. El patrimonio genético constituye un signo

característico y distintivo del individuo, inseparable de su persona, un elemento especial; los elementos biológicos representan lo más interior del ser y como tal surge la necesidad de estructurar un derecho cuyo objeto sea la protección de los más intrínsecos y configuradores del hombre, su genoma. (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 354)

Agrega que mediante este derecho (intimidad génica) se puede identificar e individualizar al sujeto biológico y la unidad genésica dentro del orden jurídico. (Derecho Genético, 2001, pág. 169)

Citando a Malem Seña, Varsi señala que la intimidad genética se basa en dos principios:

- Principio de transparencia, que se basa en el conocimiento de la información del patrimonio genético de una persona, es lo que permite el estudio así como los posibles tratamientos en base a la información genética obtenida de una persona.
- Principio de opacidad, por el cual es atributo de la persona conocer y resguardar para sí la información genética que le corresponde, es una actitud de reservar de los datos obtenidos. (Varsi Rospigliosi, 2013, págs. 354-355)

Se debe proteger la intimidad genética porque la información de la composición genética de una persona es muy valiosa, su mal uso puede generar casos de discriminación o restricción de oportunidades, lo que atenta contra los derechos fundamentales de toda persona.

La protección del derecho a la intimidad génica, debe comprender además la protección de otros derechos fundamentales, los que han sido señalados por Bergel: “a) el derecho a la autodeterminación traducido en el requisito del consentimiento libre e informado para todos los actos que deriven de la propia obtención de la información, así como su circulación y conservación; b) el derecho a conocer y estar informado; c) el derecho a no conocer. Hoy día, tan importante como el derecho a conocer, existe el derecho a no conocer, que debe ser respetado en toda su extensión; y d) el derecho a controlar la información genética propia obrante en bases de datos para que solo sea

conocida por los sujetos autorizados por el titular de dicha información.”
(Bergel, 2001, pág. 7)

En efecto, los derechos considerados por Bergel son importantes en lo que a la intimidad genética se refiere. El derecho a conocer tiene su contracara que es el derecho a no conocer y ambos son válidos en la misma medida, por lo que no se puede obligar a una persona a que se haga un análisis genético salvo que ella lo acepte por propia voluntad. Otro aspecto relevante es la posibilidad de controlar la información genética; esa información resulta valiosa en la actualidad, ya que diversas industrias e intereses políticos podrían pretender manejar esa información en beneficio propio y no de las personas titulares de esa información.

Al igual que el derecho a la intimidad (considerado de manera general), la intimidad genética no es absoluta y puede ser limitada cuando se presentan situaciones especiales como: cuando hay otro derecho que prevalece como el derecho a conocer el origen biológico; ante el hallazgo de enfermedades que implique la salud de familiares; cuando genere temor y pueda contribuir a un tratamiento cruel y discriminatorio, caso en el cual se debe proceder de tal forma que se proteja a la persona y su dignidad.³⁶

La intimidad genética debe ser protegida para evitar su mal uso, pero también se debe tener en cuenta que la información genética no determina la identidad de una persona. Lo que aporta es tendencias, predisposiciones del organismo, pero no define la identidad, porque “la identidad de cada uno no pasa por esas tendencias sino que se conmueve con el laboratorio de lo social, cultural, en donde vive el hombre, dándole una representación dinámica del ser”
(Cifuentes, 2004, pág. 214)

³⁶ Varsi señala además que estas causas de excepción o limitación del derecho a la intimidad genética son acordes con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (art. 9) así como el convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina (art. 10.3). (Intimidad genética, n.d., pág. 181)

3.5.1. Autonomía genética

Se entiende por autonomía genética a la facultad que tienen las personas para disponer de sus componentes biogenéticos, ya sea de manera formal (entrega de datos informativos) o material (referidos a los actos de cesión). Está en relación con el derecho a la autodeterminación informativa, por el cual las personas tienen la potestad de decidir sobre el destino de la información relacionada con sus genes, conocer o no el resultado de los exámenes genéticos, así como autorizar su uso o que se haga de conocimiento de terceros. Esto se conoce como el derecho a saber y el derecho a no saber. (Varsi Rospigliosi, 2013, pág. 365)

3.5.2. Derecho a conocer el origen biológico

El avance en las ciencias y en el campo genético ha generado preguntas sobre la identidad y el origen biológico. Cuando nos referimos a la identidad estamos considerando el ámbito de aplicación individual en cambio, cuando se habla de origen biológico entramos en el ámbito colectivo porque está en relación con la familia.

El derecho a conocer el origen biológico comprende no sólo los análisis genéticos relacionados a los antecedentes médicos, también la posibilidad de conocer el origen biológico, es decir, conocer los progenitores biológicos en el caso de la procreación asistida. Cuando nos referimos al conocimiento de los antecedentes genéticos, el problema jurídico se basa en el derecho a conocer la constitución biológica y genética con fines de prevención, diagnóstico o tratamiento médico. (Nicolás Jimenez, 2006, pág. 252)

Como ya se ha señalado, los exámenes genéticos nos permiten tener mayor información sobre nuestra constitución biológica, sin embargo no deben de considerarse como exámenes por excelencia, porque los antecedentes y

predisposición se pueden obtener por diversos exámenes como los de sangre, historial médico, antecedentes familiares, etc. Por ello, se debe promover una concepción más amplia y buscar mejorar el sistema de salud mediante políticas de prevención; sin dejar de proteger los derechos fundamentales y el conocimiento informado, porque las políticas de prevención no deben atentar contra los derechos fundamentales de las personas.

3.6. DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PRIVACIDAD EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Los derechos fundamentales de las personas se encuentran reconocidos en nuestra Constitución Política, en los artículos 1 y 2, de los cuáles el último (que tiene 24 incisos) establece los derechos de las personas.

Considerando que el presente trabajo se orienta hacia el derecho a la intimidad, y además, e derecho a la información, resulta relevante lo comprendido en los incisos 7 y 10 de la Constitución: *Toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias; así como al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.*

Por su parte, el Código civil de 1984, en su artículo 14 señala: *“La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en éste orden”*

Morales Godo señala que si bien, en este artículo, se reconoce el derecho a la intimidad, también es cierto que se la ha tratado sólo de manera parcial, sin considerar todos sus elementos conceptuales, ni la doctrina que la desarrolla de manera amplia; ya que no comprende el derecho a la tranquilidad, a la paz,

a la soledad, a que nadie se inmiscuya en los actos de la vida privada, a la reserva que tiene toda persona. (2007, pág. 125)

Haciendo una crítica a la forma como el Código civil regula lo referido al derecho a la intimidad, Morales Godo señala que es necesario un tratamiento más específico a través de una ley, que contemple pautas relacionadas con el derecho a la información en su sentido más amplio, debido a que en la actualidad hay una clara tendencia a controlar el comportamiento (y yo diría la información) de las personas, con propósitos, económicos, políticos y publicitarios. (Control de la información de la vida personal y familiar (comentario), 2007, pág. 134)

Código Penal de 1991, en el título IV, capítulo I regula las penas correspondientes a los delitos contra la libertad, específicamente en el artículo 154 regula la violación a la intimidad: *“El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de la libertad...”*; asimismo, en los artículos 156 y 157 se establecen las penas para los delitos referidos a la inviolabilidad de la intimidad personal, ya sea por revelación de información o por uso indebido de archivos computarizados.

Por su parte la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en su artículo 15 señala que toda persona, usuaria del servicio de salud, tiene derecho al respecto de su personalidad, dignidad e intimidad, a exigir la reserva de información relacionada con el acto médico y su historia clínica (con las excepciones que establece la ley); además, en el artículo 120 establece: *“Toda información en materia de salud que las entidades del Sector Público tengan en su poder es de dominio público. Queda exceptuado la información que pueda afectar la intimidad personal y familiar o la imagen propia, (...)”*.

3.7. IDENTIDAD DE LA PERSONA

Se ha expuesto sobre la dignidad y el derecho a la intimidad, pero también es necesario establecer qué se entiende por identidad. La identidad de la persona es considerada como uno de los derechos fundamentales irrenunciables y goza de los mismos privilegios y protección que los demás derechos base como ser: innatos, únicos, absolutos, extrapatrimoniales, irreductibles e imprescriptibles. (Espinoza Espinoza, 2007, pág. 94)

La identidad es definida como “El conjunto de caracteres y circunstancias que constituyen la persona, esto es, lo que nos permite comprobar que un ser humano es igual a sí mismo y distinto a todos los demás seres humanos: el nombre, edad, nacionalidad, estado civil, dibujos de sus impresiones digitales, domicilio, profesión, señas personales, etc.” (Ramírez Gronda, 1959, pág. 141)

Entonces, podemos decir que la identidad está en relación con los rasgos visibles y no visibles que nos diferencian de los demás y es por ello que la composición genética forma parte integrante de la identidad, aquello que nos particulariza.

La identidad de la persona en su configuración genética es definida por la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos, artículo 3 que señala “*Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad*”

Fernández señala que la identidad genética se puede entender desde dos perspectivas: i) integridad somática que es la identidad única e irrepetible de poseer un genotipo propio, sin que sea manipulado, salvo necesidad médica;

y, ii) integridad germinal que implica evitar mutaciones o cambios en las características transmisibles a los descendientes. (2013, pág. 223)

Entonces, al ser la identidad lo que permite diferenciar un individuo de otro, no se debe limitar sólo a los aspectos biológicos o genéticos. En la persona influyen diversos factores, internos y externos, que moldean la personalidad y la identidad; por lo que se debe evitar caer en el reduccionismo genético y considerar que sólo los caracteres genéticos distinguen a las personas o que las definen. Esta perspectiva también se debe aplicar en el ámbito de la salud, ya que las predisposiciones no determinan necesariamente el estado de salud y por ello se debe tomar los exámenes genéticos como referenciales.

CAPITULO IV:

DERECHO DE SEGUROS Y SEGUROS DE PERSONAS

4.1. DERECHO DE SEGUROS

El Derecho de Seguros es la disciplina del Derecho que se encarga de regular las relaciones que se dan en el ámbito de los seguros. Se basa en principios e instituciones como la reticencia, la máxima buena fe, la mutualidad, el riesgo, etc. Elementos todos que particularizan esta rama del derecho.

Pinkas Flint señala que en el derecho de seguros se ha elaborado una teoría llamada distribución simétrica de la información, denominada por Garrigues como *uberrimae fidei*, es decir la buena fe en tres sentidos: por parte de la empresa por ser un contrato masivo, la buena fe que debe estar presente en todas las relaciones comerciales, y la buena fe por parte del asegurado que debe ser previa y al momento de contratar. (Flint Blanck, 1998, pág. 82)

El riesgo es un elemento importante del seguro, podríamos decir que es el núcleo, sobre el cual gira todo el sistema asegurador, por lo que se hace relevante comprenderlo.

Portal señala que nadie sabe con certeza cuándo fue que el hombre empezó a darse cuenta que podía medir el peligro y sus consecuencias pero que la evolución de lo que se entiende por riesgo ha seguido la evolución del cerebro del hombre, y es el riesgo el principal motivo para que el hombre escogiera su lugar de residencia, afirmara su capacidad de adaptación a su entorno así como afrontar el clima, "...hoy el hombre conoce el riesgo, lo identifica dentro y fuera de sus actividades, consciente o inconscientemente, y ha aprendido a manejarlo." (Teoría del riesgo, pág. 1)

Asumir el riesgo como un evento futuro e incierto, ha conllevado a que se desarrolle un sistema para poder hacerle frente, surgiendo así el seguro como institución³⁷. Si hubiera certeza de que un evento futuro va a suceder, entonces sólo corresponde adoptar medidas para afrontar las consecuencias de esos eventos. En tanto que al estar presente el riesgo resulta necesario adoptar acciones o medidas para evitar su ocurrencia o para minimizar los efectos que puede producir en caso suceda. Una de esas medidas es la transferencia del riesgo, la cual sustenta la existencia del seguro.

4.1.1. Definición de riesgo

Sobre el origen del vocablo *riesgo* hay quienes consideran que deriva del árabe clásico *rizq* que significa “lo que depara la providencia”; otros señalan que viene del latín *re-secare*, que quiere decir “obstáculo”. (Bado Cardozo, 2014, pág. 36).

Usualmente se entiende por “riesgo” a la contingencia o proximidad de un daño (Real Academia Española, 2001). Pero esta definición no la agota y más cuando nos referimos a los seguros.

El seguro para su adecuado tratamiento recurre a diversas ramas y técnicas, por lo que cada una de ellas analiza el riesgo desde sus respectivos campos, motivo por el cual veremos que en lo teórico, económico, estadístico, o en la administración de los riesgos, vamos a encontrar diversas formas de entenderlo.

³⁷ Sobre el rol que cumple el riesgo en el seguro, Bado (Tesis doctoral, 2014) señala que la mayoría de autores consideran al riesgo como un elemento esencial del contrato de seguro, y que incluso entre quienes tienen tal concepción no hay acuerdo respecto de si es riesgo es objeto o causa del contrato. Al ser objeto nos estamos refiriendo a la prestación que cada parte debe asumir y en el caso de la causa se entendería como la voluntad de la persona dirigida a u determinado fin. (pág. 43-48)

Una de las definiciones que encontramos es la de Portal, que resalta el carácter aleatorio, señala que “En materia de seguros, sin embargo, la palabra “riesgo” no se refiere siempre a un suceso dañino o nocivo, sino exclusivamente al hecho aleatorio. (pág. 2) Otra definición da énfasis a la adversidad, por ello señala que el riesgo es la condición en la cual hay una probabilidad de un resultado adverso, distinto del que se esperaba o deseaba. (Vaughan, Emmett J & Therese M. Vaughan, 2014, pág. 2)

Citado por Bado (2014), “Garrido y Comas sostiene que el riesgo es producto de una situación de inquietud y el contrato de seguro es el instrumento jurídico idóneo para lograr la liberación de ese temor mediante su transferencia al asegurador” (pág. 37). Por su parte, Redja (2014) define el riesgo como la incertidumbre relativa a la ocurrencia de un siniestro (pág. 2)

De esas definiciones podemos establecer que el riesgo comprende la incertidumbre de un resultado adverso, el cual se genera de manera aleatoria, es decir, de manera fortuita, sin que se haya provocado de manera voluntaria e intencionada.

Acorde con ello, Vaughan señala que los estudiosos del seguro no han establecido una definición universal de lo que es el riesgo, por lo que identifica elementos comunes en las diversas definiciones que se han dado, siendo éstas: la incertidumbre y la pérdida. La noción de un resultado indeterminado o incierto se encuentra implícito en toda definición de riesgo. Ante la existencia de un riesgo podemos obtener dos posibles resultados, si se tiene certeza de que hay pérdida entonces no hay ningún riesgo, pero también existe la otra posibilidad en donde la posibilidad de pérdida no es cierta sino que es probable, puede darse como no. (Fundamentals of risk and insurance, 2014, pág. 2)

4.1.2. Clasificación del riesgo

- a) **Riesgos especulativos y puros.-** Los especulativos o comerciales no son asegurables porque sus consecuencias pueden ser favorables o desfavorables, como sucede en el comercio; en tanto que los riesgos puros son aquellos donde predomina lo desfavorable y la posibilidad de ganancia no existe, este tipo de riesgos si son asegurables.³⁸
- b) **Generales o catastróficos y particulares.-** Son generales o catastróficos aquellos riesgos que se originan en eventos extraordinarios y cuyos efectos afectan a una generalidad, usualmente tienen un sistema de seguro especial: en tanto que los seguros particulares comprenden a todos los demás riesgos (que no sean catastróficos) y que son comúnmente asegurados.
- c) **Riesgo objetivo y subjetivo.-** El riesgo objetivo es definido como la variación relativa de la actual pérdida en comparación con la pérdida esperada, varía inversamente con la raíz cuadrada del número de casos que se encuentran en observación. El riesgo subjetivo define la incertidumbre en base a la condición mental o estado de ánimo de una persona, el impacto del riesgo subjetivo varía dependiendo del individuo, porque dos personas frente a una misma situación pueden tener distinta percepción de riesgo y su comportamiento puede variar en base a esa apreciación. (Rejda, 2014, pág. 3)

4.1.3. Administración del riesgo

Es el proceso por el cual se identifican los riesgos, se miden y analizan, se selecciona el mejor tratamiento o técnica para los riesgos y finalmente se

³⁸ Como lo veremos más adelante, en extenso, los seguros no tienen como finalidad generar ganancias para el asegurado.

implementan y monitorean los programas de administración de riesgos adoptados para ver si son efectivas. (Head, 1991, págs. 6, 58)

La administración de riesgos ha generado todo un complejo que ahora conocemos como el Sistema de seguros o simplemente seguros.

4.2. LOS SEGUROS

El desarrollo social y económico incentiva a que se busque mayor eficiencia en los recursos y procedimientos. El seguro es una actividad que permite obtener beneficios sociales y económicos, tales como indemnización por pérdidas, obtener fondos para la inversión, la reducción de miedos y temores para la inversión, tomar previsiones ante las pérdidas así como mejorar el crédito. (Rejda, 2014, pág. 31)

Por ello resulta importante entender el seguro, sus elementos así como su funcionamiento: Los seguros pueden ser un buen aliado para las pequeñas y medianas empresas, tanto como lo son para las grandes empresas así como para las personas de manera individual.

4.2.1. Definición de seguros

Lo primero que viene a la mente cuando escuchamos la palabra *seguro* es aquello que está libre de cualquier riesgo o peligro, lo cual es acorde con la primera consideración que podemos encontrar en el diccionario de la Real Academia Española. (Real Academia Española, 2001). Pero ésta es sólo una de las 13 acepciones que podemos encontrar en el referido diccionario³⁹

³⁹ Según el diccionario de la RAE, seguro también se entiende como cierto, indubitable y en cierta forma infalible, firme, constante; también se entiende como seguridad, certeza, o cuando se hace mención a un lugar o sitio seguro, el salvoconducto o licencia para ejecutar algo no permitido; el

Sin embargo, cuando nos referimos al *seguro* como un sistema, el vocablo adquiere una significación una tanto distinta, ya que no implica la eliminación o supresión del riesgo en su totalidad, sino el traslado de las consecuencias que la misma puede generar; es decir, el riesgo está presente pero las consecuencias que generan su ocurrencia se trasladan, de tal forma que el titular de un derecho no se perjudique o que la afectación sea menor.

Stiglitz (1988, pág. 21) señala que el costo de la reparación de un daño futuro e incierto conlleva a adoptar técnicas preventivas que contribuyan a bloquear, total o parcialmente, las consecuencias que se derivan de un daño eventual, siendo una de esas técnicas el seguro.

Asimismo, citando a W. Friedmann, señala que “En rigor, el seguro no elimina el daño sino que tolera que sus consecuencias resulten transferidas (trasladadas) por el sujeto amenazado por un evento económicamente desfavorable, a otro (asegurador) que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente “preparada para absorber el riesgo de indemnización” (Stiglitz, 1988, pág. 21)

4.2.2. Elementos del seguro

Riesgo.- No todo riesgo es asegurable, sólo aquel cuya posibilidad implica consecuencias dañosas. El riesgo se debe delimitar de manera causal, temporal y espacial. La causal, determina que el riesgo ni las consecuencias de que se materialicen se originen en hechos contrarios al ordenamiento legal; son delimitados temporalmente y espacialmente porque el asegurar un determinado riesgo tiene un plazo de vigencia establecido expresamente en

seguro en referencia a la acción de prevención de enfermedades, a la seguridad social, al subsidio por vejez; y también al contrato de seguros.

la póliza y además su aseguramiento se encuentra delimitado en un determinado espacio geográfico.

Asegurador.- “la empresa de seguros es aquella que asume, con carácter profesional, los riesgos ajenos a través de un fondo de primas suficiente para afrontar las prestaciones e indemnizaciones comprometidas con sus asegurados resarcir los daños sufridos por terceros”, tienen como presupuesto al empresario, el patrimonio y la mutualidad. (Stiglitz, 1988, pág. 176)

Asegurado.- Es el titular del interés asegurable. *“El titular del interés asegurable es aquel para quien la producción de un siniestro daña directamente un bien que integra su patrimonio o indirectamente el patrimonio como unidad (daños patrimoniales), o que afecta su integridad corporal o la vida (propia o ajena) con la que se haya en relación.”* (Stiglitz, 1988, pág. 276). Hay que distinguir entre asegurado, contratante y beneficiario. El contratante es la persona natural o jurídica que acuerda con la aseguradora y asume la obligación de pago de la prima. El beneficiario es la persona natural o jurídica designada en la póliza como el titular de la indemnización

Ajustador.- Es la persona calificada y registrada en la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) que se encarga de evaluar el daño y emite opinión (convenio de ajuste) respecto de la atención del reclamo.

Agente de seguros.- Puede ser persona natural (corredor) o jurídica (bróker), que se encuentra registrada en la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) para actuar de intermediario entre el asegurador y asegurado. Es independiente del asegurador y tiene como función asesorar al asegurado, sin que ello implique tener derechos de disposición, sólo de representación.

Autoridad.- Es la entidad designada por el Estado que se encarga de establecer las pautas y controles para que el sistema funciones de manera

adecuada, vela por que haya un equilibrio entre las aseguradoras y los asegurados, supervisa a las compañías aseguradoras así como verifica la idoneidad del agente de seguros y del ajustador. En nuestro país esta función ha sido delegada constitucionalmente a la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS).

4.2.3. Principios del Derecho de seguro

El derecho de seguros, así como el sistema de seguros se rige por principios, los que determinan la forma como se deben conducir las personas y demás participantes.

Estos principios son:

- **Buena fe**, por la cual las partes intervinientes en el contrato deben actuar de buena fe, es decir, brindar toda la información necesaria en aras de la asimetría de la información.
- **Indemnización**, que implica el pago de una suma económica ante la ocurrencia de un evento dañoso. Al igual que todos los contratos, previamente se deben de cumplir todos los requisitos del contrato para que proceda la indemnización.
- **Interés asegurable**, por el cual se necesita acreditar el interés o la relación que hay entre la persona que va a tomar el seguro y el beneficiario.
- **Mutualidad**, por el cual el pago de muchos cubre las necesidades de otros, es decir, el pago de las primas efectuadas por las personas sirven para cubrir los siniestros de unos cuantos. Uno de los elementos que se debe tener en consideración es la aleatoriedad, ya que sólo se asegura en caso de riesgo, porque si se determina que un evento dañoso va a suceder de todos modos ya no estamos ante un riesgo sin un hecho, lo cual no puede ser materia del seguro.

Para que el seguro cumpla con su finalidad es necesario que cumpla todos los principios y requisitos, los cuáles son verificados por el Derecho de Seguros, y más cuando nos encontramos ante un evento dañoso.

4.2.4. Clasificación de los seguros

Los seguros se clasifican en atención a los objeto del contrato, en consideración a ello, los seguros se pueden distinguir en seguros sobre intereses patrimoniales y los seguros de personas. Las diversas legislaciones también han adoptado algunas clasificaciones.

La ley del contrato de seguros de España, Ley 50/1980 clasifica al contrato de seguros en seguros contra daños y seguro de personas. El primero comprende el seguro de incendio, contra robo, de transportes terrestres, de lucro cesante, de caución, de crédito, de responsabilidad civil, de defensa jurídica y reaseguros; en tanto que el seguro de personas comprende los seguros sobre la vida, de accidentes así como el de enfermedad y asistencia sanitaria. (Noticias jurídicas)

Por su parte la legislación argentina en la Ley de seguros N° 17.418 clasifica a los seguros en los de daños patrimoniales (cuyo objeto comprende cualquier riesgo que tenga un interés económico lícito de que un siniestro no ocurra) y seguros de personas (referido a la vida e integridad del contratante o de un tercero). El de daños patrimoniales comprende el seguro de incendio, de agricultura, de animales, de responsabilidad civil, de transporte; en tanto que el de personas implica el seguro sobre la vida, el de accidentes personales y el seguro colectivo de vida o accidentes personales. (Ley de seguros N° 17.418)

En el caso de los seguros de vida, Márquez, citando a Morales, señala que se pueden clasificar en tres grandes grupos: seguros en caso de muerte, seguros en caso de vida y seguros mixtos. (Márquez Terán, 2010)

4.2.5. El contrato de seguros

El contrato es considerado como fuente de las obligaciones, es decir, surge un contrato cuando las partes voluntariamente establecen las prestaciones que le corresponde hacer o no a cada una de ellas.

En el ámbito de los seguros, hay quienes identifican al contrato con el seguro en sí, sin embargo, desde nuestra consideración, el contrato no abarca al seguro como sistema sino que resulta ser un elemento y que tiene relevancia porque en ella se establecen las condiciones en que se aseguró el riesgo, las obligaciones asumidas por cada una de las partes así como las coberturas y exclusiones.

Stiglitz (1988) señala que “el seguro es un contrato por adhesión por el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, contra el pago o la promesa de pago del premio efectuado por el asegurado, a pagar, a éste o a un tercero la prestación convenida, subordinada a la eventual realización (siniestro) del riesgo, tal como ha sido determinado, durante la duración material del contrato” (pág. 45)

Sánchez Calero señala: “El contrato de seguro es aquel por el que el asegurado se obliga, mediante el cobro de una prima ara el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a satisfacer al asegurado, o a un tercero, las prestaciones convenidas.” (Stiglitz, 1988, pág. 44)

Para Stiglitz, doctrinariamente se concibe casi de manera unitaria que el contrato de seguros es uno indemnizatorio, lo cual es acorde con su concepción de “que el principio indemnizatorio atrapa conceptualmente todos los riesgos que constituyen su objeto, se trate de seguros de daños patrimoniales o de personas, lo que justifica y explica la existencia de principios generales comunes a todos ellos, aun cuando, normativamente, se

regulen hipótesis particulares correspondientes a tipos contractuales diversos entre sí.” (Derecho de Seguros , 1988, pág. 23)

Por otro lado hay quienes sostienen una postura dualista respecto del contrato de seguros, puesto que en los seguros de vida y de supervivencia el concepto de indemnización resulta estrecho ya que en ellos la finalidad de resarcimiento no existe.

“En síntesis, la tesis dualista afirma que la obligación del asegurador consiste en una prestación dineraria fijada en proporción a la prima, no es debida en consideración a un daño sufrido por el acreedor al pago. El asegurador lo afronta con motivo de haber percibido la cotización acordada y en favor del titular del crédito, quien no asume la carga de la prueba del daño ni de su extensión. La prestación se debe aunque por el mismo evento se haya celebrado otro contrato análogo, aunque haya obtenido una indemnización por el mismo evento, pero por distinta fuente; o aunque no haya existido daño” (Stiglitz, 1988, pág. 25)

4.2.6. Características y principios de los contratos de seguros

Conforme a nuestro sistema legal, el contrato es el acuerdo de dos a más partes para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Cada contrato tiene su finalidad y en base a ello debe de cumplir con determinados requisitos y/o formalidades.

El contrato de seguros también tiene características propias, acorde con su finalidad, que es la indemnización. Stiglitz (2008) señala que el contrato de seguros se caracteriza por ser: de adhesión⁴⁰, típico⁴¹, consensual (de forma

⁴⁰ Para Stiglitz *el contrato de seguro típicamente es calificable como contrato por adhesión a condiciones generales*. (Stiglitz, 1988, pág. 128) De esa definición podemos diferenciar tres elementos de manera clara: la tipicidad, los contratos por adhesión y los contratos en base a

probatoria y no sustancial)⁴², no formal, bilateral, de carácter oneroso, aleatorio, de tracto sucesivo o de ejecución continuada.

Pero estas características no son admitidas de manera unánime, por ejemplo Rejda señala que además de la máxima buena fe, los contratos de seguros son aleatorios, unilaterales, condicionales, personales y de adhesión. (Rejda, 2014, pág. 175)

De las diversas características que se le atribuyen al contrato de seguros vamos a destacar los siguientes⁴³:

- **Consensual**, se perfecciona por el consentimiento de las partes, aunque en la práctica dicho contrato se perfecciona por escrito.
- **Bilateral**, porque produce derechos y obligaciones para las ambas partes.
- **Nominado y típico**, puesto que está reconocido como un contrato específico (contrato de seguros) y se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico.
- **Oneroso**, porque implica el pago de una suma económica, ello no implica que exista una equivalencia económica en las prestaciones.

condiciones generales (cláusulas generales de contratación); debiendo tener en cuenta que se diferencia entre contratos por adhesión donde la capacidad de negociación es casi nula en tanto que las cláusulas generales implican un mayor margen de libertad para negociar.

⁴¹ La tipicidad del contrato de seguro está dada por la existencia de una regulación legal que regula el tipo contractual expresamente a través de la ley 17.418, regulación argentina, que se extiende, desde la definición, objeto, causa, instrumentación, plazo de duración, contenido, efectos y extinción. (Stiglitz, 1988, pág. 128)

⁴² El carácter consensual según lo refiere Stiglitz (Derecho de Seguros , 1988, págs. 129-132) está referido a que sólo es necesario el consentimiento de las partes sin cumplimiento de formalidad alguna, pero que los acuerdos establecidos deben de estar plasmados en la póliza, donde se consigna de manera expresa las obligaciones tanto del asegurado como del asegurador.

⁴³ La mayor parte de los estudiosos coinciden con las características mencionadas. Por su parte Oswaldo Hundskopf considera, como características adicionales al contrato de seguros, el ser un contrato sustantivo (porque la obligación del asegurador debe ser consecuencia de un pacto autónomo, no deriva de una obligación legal ni es uno accesorio), de tracto sucesivo o ejecución determinada (sus efectos son ininterrumpidos durante su vigencia). (Hundskopf E., 2007, págs. 198-199)

- **Adhesión**, ya que si bien existe la libertad de contratar, se elimina la libertad contractual porque por el contrato está previamente estipulado por el asegurador; y el asegurado, usualmente, acepta ese condicionado.
- **Aleatorio**, porque sus efectos dependen de un acontecimiento futuro e incierto, así como por las pérdidas y ganancias que se puedan dar por el hecho fortuito.
- **De buena fe o *uberrimae fidei***, por el cual las partes intervinientes deben actuar con la mayor buena fe, antes, durante y después de celebrado el contrato.

4.2.7. Reticencia y falsa declaración

En la celebración de un contrato concurren diversos elementos como los sujetos (asegurador, asegurado, beneficiario, tercero, intermediario), el riesgo asegurable, la causa, la propuesta y la aceptación, la buena fe traducida en los deberes específicos de cada parte de actuar con la mayor honestidad posible, los deberes de información, entre otros.

Respecto de los deberes de información es importante que las partes actúen de manera transparente en la etapa de formación del contrato, ya que de ello dependerá la oferta que haga la empresa aseguradora⁴⁴ así como aceptación por parte del asegurado. Tanto el futuro asegurado como la empresa aseguradora tienen del deber de información debida.

Por ello, la reticencia y a la falsa declaración son instituciones que vician la voluntad para negociar por parte del asegurador (Stiglitz, 1988, pág. 489)

⁴⁴ El sistema de seguros se basa en el cálculo matemático de probabilidades, la cual sirve de base para poder establecer de manera técnica actuarial la prima correspondiente para cada riesgo asegurable.

Muchas veces se usan ambos términos de manera indistinta, sin embargo en la reticencia se omite información relevante en tanto que en la falsa declaración la declaración resulta ser distinta de la realidad. (Stiglitz, 1988, pág. 489)

Como sucede con los contratos en general, el vicio en la declaración (vicio de la voluntad) genera la invalidez del contrato.

En el ámbito de los seguros de personas también es importante cumplir con el deber de información, ya que ocultar información permitiría la celebración del contrato pero en caso de siniestro o en caso que se verifique la reticencia o falsa declaración, la aseguradora se liberará de responsabilidad, siendo el mayor perjudicado el asegurado, porque en caso de un siniestro no tendría la cobertura proyectada y en su defecto se vería en la necesidad de incurrir en mayores gastos.

La carga de la prueba en el caso de reticencia o falsa declaración le corresponde a la aseguradora, porque ella, en comparación del asegurado (en la mayoría de los casos) es la especializada en el rubro de seguros por lo que puede tomar las medidas necesarias así como contar con los recursos necesarios para advertir en caso de reticencia y/o falsa declaración.

Es importante destacar que la aseguradora debe no sólo alegarlo sino que está en la obligación de probar la reticencia o la falsa declaración, de lo contrario se podría generar un abuso, y la prueba puede ser documental, pericial, etc.

Bado hace distinción entre la inexactitud y la reticencia, y señala que “La declaración inexacta es sustancialmente diferente de la declaración reticente en tanto supone el cumplimiento del deber de declaración, aunque no de forma ajustada a la realidad del riesgo. A diferencia de la reticencia, donde hay omisión, en la declaración inexacta hay acción. (...)” (2014, pág. 222) La declaración falsa implica dolo para desnaturalizar o falsear la verdad

(2014, pág. 224). El silencio se debe interpretar teniendo en cuenta la obligación de informar no tiene la misma importancia en los contratos especulativos como en la compraventa o el seguro. (2014, pág. 230)

Debemos señalar que en nuestra legislación, la Ley N° 29946, Ley del Contrato de Seguros, se ha considerado nueve artículos para regular lo referido a la reticencia y/o declaración inexacta. En la referida ley se considera a la reticencia como sinónimo de la declaración inexacta y se regula tanto la dolosa y la no dolosa.

Respecto de la reticencia dolosa se establece:

Artículo 8. *La reticencia y/o declaración inexacta de circunstancias conocidas por el contratante y/o asegurado, que hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido informado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato si media dolo o culpa inexcusable del contratante y/o asegurado.*

Sobre la reticencia y/o declaración inexacta no dolosa:

Artículo 13. *Si la reticencia y/o declaración inexacta no obedece a dolo o culpa inexcusable del contratante y/o asegurado y es constatada antes que se produzca el siniestro, el asegurador debe ofrecer al contratante la revisión del contrato en un plazo de treinta (30) días computado desde la referida constatación. El ofrecimiento debe contener un ajuste de primas y/o en la cobertura y otorgar un plazo de diez (10) días para que el contratante se pronuncie por la aceptación o el rechazo. Si la revisión es aceptada, el reajuste de la prima se paga según lo acordado. A falta de aceptación, el asegurador puede resolver el contrato mediante comunicación dirigida al contratante, en el plazo de treinta (30) días computado desde el vencimiento del plazo de diez (10) días fijado en el párrafo anterior. Corresponden al asegurador las primas devengadas a prorrata, hasta el momento en que efectuó la resolución.*

Esto quiere decir que nuestra legislación vigente considera que la reticencia dolosa es más drástica que la no dolosa, por lo que declara la nulidad del contrato, en tanto que la no dolosa brinda la posibilidad de revisión del contrato y en caso no se llegue a un acuerdo, se podría optar por la resolución del contrato.

4.3. SISTEMA DE SEGUROS EN PERÚ

4.3.1. Consideraciones generales

Los seguros aparecen en remotos. Los historiadores han encontrado evidencia en el Código de Hammurabi (rey de Babilonia), en el Talmud (contiene la sabiduría del pueblo hebreo); en Grecia y Roma, ya se puede hablar de un seguro primitivo que se perfeccionará en la Edad Media por el cristianismo. Es en la edad moderna ya vemos al seguro como una institución. (APESEG, 100 años en la historia del seguro, 2004, pág. 8)

Los seguros se iniciaron en Italia, pero fue en Inglaterra que tomo como base el “modelo de seguro italiano” que se logró el desarrollo del sistema asegurador (APESEG, 100 años en la historia del seguro, 2004, pág. 11). Los seguros de vida e incendio surgieron en 1706. Uno de las compañías aseguradora más representativas es:

“El “Lloyd’s”⁴⁵, sinónimo de seguros, que subsiste hasta nuestros días, se convirtió en un símbolo viviente y palpitante del Imperio Británico durante el siglo XIX y gran parte del XX, cuando sus buques cargueros y de guerra dominaban todos los mares e imponía sus leyes de acuerdo a los intereses de la corona y sus leales súbditos.” (APESEG, 100 años en la historia del seguro, 2004, pág. 13)

⁴⁵ Eduardo Lloyd tenía un local en Tower Street frecuentado por importadores, exportadores, armadores y capitanes, en 1692 traslada su local a Lombard Street, en dónde se realizaba diversas de transacciones como: pago de recompensas, subastas, negociaciones de financista y banqueros, negocios marítimos referidos a seguros de navíos y cargamentos. En aquella época no existían compañías de seguros organizadas, por lo que los riesgos era asumidos por particulares y los contratos se celebraban en el café Lloyd’s a donde acudían los *brokers* (corredores), *merchant-insurer* (aseguradores) y *underwriters* (suscriptores). El Lloyd es desde hace años la compañía reaseguradora por antonomasia. (APESEG, 100 años en la historia del seguro, 2004, págs. 16-27)

En el caso de nuestra actividad aseguradora, el Perú, una vez independiente, apertura sus puertas al comercio internacional. José Larrea y Loredó, ministro de Hacienda del nuevo estado, impulsó el Código de Comercio de 1826, posteriormente el mariscal Santa Cruz, en calidad de Protector de la Confederación Perú- Bolivia dictó un nuevo Reglamento de Comercio en 1836. (APESEG, 100 años en la historia del seguro, 2004, págs. 28-31) El seguro es una actividad relacionada con el comercio, por lo que la regulación del comercio permitió el desarrollo del seguro, más con “El auge del guano, que duró casi tres décadas, supuso el movimiento de miles de libras esterlinas en el ámbito del seguro” (APESEG, 100 años en la historia del seguro, 2004, pág. 32).

El seguro de vida también es un seguro de larga data, y surge por la necesidad de protegerse ante la adversidad y la muerte. En el Perú, las primeras compañías que ofrecieron Seguros de Vida fueron “La Providencia” (1863) y “La Paternal” (1867). (APESEG, 100 años en la historia del seguro, 2004, pág. 37)

Posterior a la guerra con Chile, en nuestro país operaban compañías aseguradoras extranjeras: británicas, norteamericana, suiza y alemana. Fue el gobierno de Piérola que sentó las bases al sistema de seguros otorgando un marco legal apropiado mediante la Ley de Seguros y una moneda fuerte (libra peruana que tenía el mismo valor de la libra esterlina). La primera compañía aseguradora peruana fue “Internacional” (1895), luego se fundaron “Rimac” e “Italia” (1896). (APESEG, 100 años en la historia del seguro, 2004, págs. 64-67)

4.3.2. Actividad aseguradora en Perú

En nuestro país la actividad aseguradora es operada por 19 empresas, dedicadas a los diversos ramos, algunas de manera exclusiva se dedican a

los ramos generales, otros al sector vida, y en algunos casos a los dos.⁴⁶ De todas esas empresas, sólo algunas son las más conocidas: Pacífico, Rimac, Positiva, Mapfre, Interseguro.

Núñez del Prado señala que señala que la liberalización del mercado en 1992 de alguna forma trajo cambios en la actividad aseguradora, tanto respecto de las empresas de seguros como de los corredores; pero a la par el país empezó a despegar económicamente y con ello la industria aseguradora empezó a crecer de forma acelerada en los últimos tiempos aunque su desarrollo está por debajo de la mayor parte de los países de la región. (2013, pág. 120)

En la misma línea APESEG, señala que en los últimos años se nota un incremento de la actividad aseguradora, la que en el presente año está cerca del 1.9% de PBI, en comparación del 1.2% del PBI que tenía hace ocho años. Este incremento, sin embargo, no llega al nivel de desarrollo alcanzado por el seguro en Brasil, Chile, Colombia y México. (Informe trimestral del sistema asegurador - Segundo trimestre 2015, 2015, pág. 1)

Aunque la proyección económica indica un crecimiento ligeramente superior en comparación con el año anterior, en el ámbito de seguros la expansión de este año sería 11.5%, lo que es inferior al del año pasado (12.0%), siendo en los Ramos Generales (13.3%) y Accidentes y enfermedades (11.7%) dónde se dé el mayor desarrollo, en tanto que en el Sistema Privado de Pensiones su crecimiento sería inferior (9.7%) (APESEG, Informe trimestral del sistema asegurador - Segundo trimestre 2015, 2015, pág. 6)

⁴⁶ Según la SBS, la empresas son ACE Compañía de seguros y reaseguros SA, BNP Paribas Cardif SA Compañía de seguros y reaseguros, Compañía de Seguros de Vida Camara SA, Crecer Seguros SA Compañía de seguros, El Pacífico Peruano Suiza Cia de seguros y reaseguros, El Pacífico Vida Cia de seguros y reaseguros, HDI Seguros SA, Insur SA Compañía de seguros, Interseguro Compañía de seguros SA, La Positiva Cia de seguros y reaseguros SA, La Positiva vida seguros y reaseguros, Mapfre Perú Compañía de seguros y reaseguros, Mapfre Perú Vida Compañía de seguros y reaseguros, OHIO National Seguros de Vida S.A., Protecta SA Compañía de seguros, Rigel Perú SA compañía de seguros de vida, Rimac seguros y reaseguros, Secrex Compañía de seguros de créditos y garantías, Seguros Sura. www.sbs.gob.pe

4.3.3. Marco legal actual del sistema asegurador en nuestro país

Nuestro país, desde su independencia, ha establecido diversas normas que regulan su organización, su forma de gobierno así como ha dictado normas para la convivencia social. Las diversas normas promulgadas han ido cambiando conforme al avance y progreso social.

Como ya lo referimos, durante el gobierno de Piérola se dictó la primera Ley del Seguro, el 21 de diciembre de 1895. (APESEG, 100 años en la historia del seguro, 2004, págs. 69-70). El sistema de seguros estaba regulado por el Código de Comercio.

En el siglo XX, se dictaron normas orientadas a regular la actividad aseguradora, una de ellas es la Ley 9793 del 15 de Diciembre de 1938, por el cual se encomienda a la Superintendencia de Bancos⁴⁷ el control de las Compañías de Seguros y Capitalización. Durante mayor parte del siglo pasado, toda la actividad aseguradora, en nuestro país, estuvo regulado de manera dispersa por diversas normas.⁴⁸

El **Código de Comercio de 1902**, regulaba en la sección octava los Contratos de Seguro, así como los seguros contra incendio, vida y transporte, principalmente; señalando en un artículo de redacción genérica, que los demás riesgos se pueden asegurar siempre que sean lícitos y de conformidad con dicha norma.

⁴⁷ Actualmente es la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)

⁴⁸ En el libro *Legislación de la Actividad Aseguradora* se puede apreciar la relación de normas que para 1984 estaban vigentes en nuestro país; entre ellas encontramos: leyes, decretos leyes, decretos supremos, resoluciones supremas; circulares, resoluciones y cartas circulares de la SBS, resoluciones del Banco Central de Reserva, oficios del Ministerio de Economía y Finanzas así como resoluciones del CONASEV. (APESEG, Legislación de la actividad aseguradora, 1984)

La **Constitución Política de 1993** establece en el artículo 87 que “*La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce el control de las empresas bancarias y de seguros...*”

En la actualidad, hay diversas normas que regulan la actividad aseguradora, entre las que destaca la **Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros** (Ley N° 26702) del 09 de diciembre de 1996. En la sección tercera de esta disposición normativa se regula el Sistema de Seguros, tanto en lo que respecta a las empresas de seguros y reaseguros, los intermediarios y auxiliares de seguros, así como las disposiciones referidas al órgano supervisor.

4.3.4. Ley del contrato de seguro

Con el incremento de la actividad aseguradora se hizo necesario contar con una regulación específica. Ante ello surgieron varias propuestas, como de la SBS que en los años 2004-2005 impulsó el anteproyecto de Ley de Contrato de Seguros, encargando a Luis Meza Carbajal dicha labor, quién gestionó ante el profesor Rubén Stiglitz, la donación de su propio proyecto. Posterior a ello, en el 2006, el Poder Ejecutivo dispuso la creación de una comisión multisectorial para elaborar un anteproyecto. En el año 2011 El Congresista Javier Bedoya de Vivanco se enteró del Anteproyecto del 2006, lo presentó al Congreso, pidiendo para ello el apoyo de quienes lo habían redactado. El proyecto de ley fue aprobado en el Congreso mediante Ley N° 29946, Ley del contrato de seguro, promulgado el 27 de noviembre del 2012, con una *vacatio legis* de 60 días⁴⁹. (Nuñez del Prado, 2013, págs. 121-126)

La Ley del Contrato de Seguros cuenta con 199 artículos y 13 disposiciones complementarias finales y modificatorias. Está dividida en tres títulos:

⁴⁹ Dicha ley entró en vigencia el 27 de mayo de 2013.

Disposiciones generales, sobre el Contrato de Seguro, sobre el Contrato de Reaseguro y las disposiciones finales.

El artículo I de las Disposiciones Generales establece: “*La presente Ley se aplica a todas las clases de seguro y tiene carácter imperativo, salvo que admita expresamente lo contrario. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado. (...) No obstante, en caso de conflicto son de aplicación las normas más favorables al consumidor o usuario.*”

Conforme lo señala Nuñez del Prado, lo que ha llamado la atención de la norma, incluso a nivel internacional, es que se incorporó los principios que rigen la institución de los seguros⁵⁰. (2013, pág. 128)

La Ley del Contrato de Seguro considera la clasificación usual en seguros: seguros patrimoniales y seguros de personas, por lo que a cada uno de ellos le dedica un capítulo.

En el capítulo II se regula los seguros de daños patrimoniales estableciendo que “*El seguros de daños patrimoniales garantiza al asegurado contra las consecuencias desfavorables de un evento dañoso que pueda atentar contra su patrimonio.*” Señala además que “*El seguro de daños patrimoniales comprende el seguro de bienes y el seguro de responsabilidad civil*” (artículo 81).

El capítulo III regula sobre el seguro de personas. En el artículo 115 se establece: “*El seguro de personas recae sobre la vida del asegurado o de un tercero, o sobre la integridad psicofísica o la salud del asegurado.*”

⁵⁰ El artículo II de las Disposiciones generales, considera como principios del seguro: Máxima buena fe, indemnización, mutualidad, interés asegurable, causa adecuada. También se señala en el literal f) que “*Las estipulaciones insertas en la póliza de interpretan, en caso de duda, a favor del asegurado.*” Sobre ésta última, se ha generado controversias debido a que en sentido estricto no es un principio.

El seguro de personas es individual o grupal. El seguro grupal de personas cubre a los adherentes de un grupo determinado y/o su familia o a las personas a su cargo.”

4.4. SEGUROS PATRIMONIALES

Conforme lo especifica la Ley del Contrato de Seguros, los seguros patrimoniales están en relación con la afectación al patrimonio de las personas. A los seguros patrimoniales también se les conocer como seguros de Daños y tienen como finalidad reparar la afectación negativa (pérdida) sufrida a causa de un siniestro.

Se pueden considerar como elementos esenciales de este tipo de seguros:

“el interés asegurable, que implica la necesidad de que el tomador de seguro tenga algún interés directo y personal en que el siniestro se produzca, bien a título de propietario, usuario, etc.; y el principio indemnizatorio, según el cual la indemnización no puede ser motivo de enriquecimiento para el asegurado y debe limitarse a resarcirle del daño concreto y real sufrido en su patrimonio” (MAPFRE, 1990, pág. 72)

Los seguros patrimoniales se pueden clasificar en: Seguro de cosas, que busca resarcir al asegurado por las pérdidas sufridas en los bienes que conforman el patrimonio, y el seguro de responsabilidad (que garantiza los daños a terceros por actos del asegurado). (MAPFRE, 1990, pág. 72)

La Ley del Contrato de Seguro también ha regulado los seguros patrimoniales considerando esta clasificación.⁵¹

⁵¹ El artículo 104 de la LCS se refiere de manera específica al Seguro de Incendio, ella, sin embargo, está referida a los bienes (cosas) que forman parte del patrimonio, por lo que se estaría considerando dentro del Seguro de Cosas.

4.5. SEGURO DE PERSONAS

4.5.1. Definición

El seguro de personas se caracteriza porque el objeto del seguro es la persona humana, ya sea por su existencia, salud o integridad. En estos seguros, el pago de la indemnización no guarda relación con el daño producido, porque la vida y/o integridad de una persona no es factible de ser valorizado económicamente, por lo que en realidad este contrato no es uno de indemnización en sentido estricto. (MAPFRE, 1990, pág. 71)

Sobre el seguro de personas Von Lücken señala que el hombre ha ideado diferentes medios de protección antes las eventualidades de la vida, siendo uno de ellos el seguro, con el cual se busca contar los medios suficientes para contar con un respaldo económico. En estos seguros, el capital o renta que el asegurador debe pagar se calcula sobre la duración de la vida humana, en tanto que el bien protegido se trata de un interés económico de carácter lícito basado en el interés material habido entre asegurado y beneficiarios. (Von Lücken G, 2008, págs. 173-174)

Asimismo, Von Lücken señala que si bien los seguros de personas son similares a los seguros patrimoniales, sin embargo, “en el seguro patrimonial el evento/siniestro puede o no producirse, sin embargo en el seguro de personas con el transcurso del tiempo la probabilidad aumenta, y si la cobertura va por toda la vida de la persona entonces es absolutamente cierto.” (2008, pág. 174)

4.5.2. Clasificación del seguro de personas

Una de las instituciones que se ha destacado por incentivar y promover la formación en seguros es la Fundación Mapfre, la que cuenta con diversas

publicaciones, y cursos de capacitación. El seguro de personas comprende las distintas modalidades del seguro de vida, invalidez, salud y accidentes.

4.5.2.1. Seguro de vida

Von Lücken señala que “El seguro de vida puede celebrarse sobre la vida del contratante o de un tercero.” (2008, pág. 181) En el seguro de vida lo que se busca es aminorar las afectación económicas originadas por el fallecimiento del asegurado. También hay modalidades en las cuáles se considera la supervivencia del asegurado.

En caso de supervivencia, el beneficiario y/o asegurado recibirá el capital asegurado si es que vive hasta una fecha determinada; en caso de muerte, el beneficiario recibirá el monto establecido cuando fallezca el asegurado; también se puede dar una modalidad combinada que se llama seguro mixto. (MAPFRE, 1990, pág. 74)

Las modalidades del seguro de vida son varias: De capital diferido, de renta vitalicia inmediata, de renta diferida, de capitalización, planes de jubilación y pensión. En caso de muerte se tiene: De vida entera (a primas vitalicias o temporales), temporal, etc. (MAPFRE, 1990, págs. 74-79)

En los seguros de vida es necesario tener en cuenta los siguientes conceptos: **Rescate** (el asegurado recibe el monto resultante de la provisión matemática del riesgo garantizado, y el contrato se rescinde), **anticipo** (monto que percibe el asegurado, a cuenta del capital y sus intereses, siempre que se haya estipulado en el contrato) y **reducción** (cuando el contratante deja de pagar las primas, el seguro se vuelve en uno de prima única y el capital asegurado queda disminuido). (MAPFRE, 1990, pág. 81)

Los seguros de personas son una excepción del principio de indemnización que rige en los seguros, debido a que no se puede cuantificar el valor de la vida y por ello no se puede establecer un monto de indemnización.

4.5.2.2. Seguro de accidentes individuales y/o personales

El ramo de accidentes personales “Tiene por objeto la prestación de indemnizaciones en caso de accidentes que motiven la muerte o incapacidad del asegurado, a consecuencias de actividades previstas en la póliza.” (MAPFRE, 1990, pág. 82)

Bado señala que “el objeto del seguro de accidentes es cubrir los daños producidos por una lesión corporal derivada de una causa violenta, súbita, externa y sin intención, razón de la invalidez temporal o permanente de la muerte del asegurado” (2014, pág. 538)

Las coberturas de este tipo de ramo son el pago de una suma en caso de fallecimiento o de incapacidad (permanente o temporal) así como los gastos médicos.

Para estos seguros es necesario definir: Incapacidad (es cuando el asegurado se encuentra impedido físicamente para el desarrollo de sus funciones normales) y grado de invalidez (es el nivel de incapacidad del asegurado). (MAPFRE, 1990, pág. 83)

4.5.2.3. Seguros de salud (enfermedad)

En el caso de enfermedad del asegurado (debidamente declarados) se le entrega la indemnización prevista en la póliza a los dependientes, conforme a lo establecido en el contrato. También se considera los gastos médicos y farmacéuticos cuando es necesario para el tratamiento del enfermo. (MAPFRE, 1990, pág. 84)

En los seguros de personas es importante tener en cuenta que para el caso de accidentes y salud, se puede asegurar de manera colectiva, lo que implica observar determinadas garantías. “La buena salud de la persona a

asegurar es un elemento vital en los seguros de personas-, pues garantiza la normalidad del riesgo que se propone cubrir, cual es la supervivencia.” (Von Lücken G, 2008, pág. 177)

En nuestro país, para contratar un seguro de salud se debe llenar una Declaración Jurada de Salud, como requisito previo. Esa declaración es un cuestionario de salud y es evaluada por un especialista, quién podrá solicitar evaluaciones adicionales. Es importante responder el cuestionario con veracidad ya que de no hacerlo se puede incurrir en reticencia y/o la falsa declaración, lo que puede perjudicar la validez del contrato. (Von Lücken G, 2008, pág. 178)

4.5.3. Disposiciones legales aplicables

4.5.3.1. La Ley del Contrato de Seguro, Ley 29946.

Esta ley regula de manera específica, el seguro de personas, en los artículos 115-134, que corresponde al capítulo III del título II.

Las disposiciones generales van del artículo 115 al 119, en las que se define qué es el seguro de personas, su ámbito de aplicación, sobre el seguro de salud, las preexistencias así como los exámenes genéticos.

El seguro de vida se regula del artículo 120 al 131, se comprende e alcance de este tipo de seguros, la necesidad del consentimiento en caso que el asegurado sea un tercero, sobre la incontestabilidad o indisputabilidad, en caso de declaración inexacta sobre la edad, los casos de agravación del riesgo, en caso de suicidio, sobre la resolución y liberación del asegurador, sobre los beneficiarios y su forma de designación, así como la liquidación patrimonial.

El seguro de accidentes personales a desde el artículo 132 al 134, se regula las disposiciones generales, sobre el pago de beneficios así como en dolo en caso del asegurado y/o beneficiario.

4.5.3.2. Seguro vida ley

Este seguro fue creado por Decreto Legislativo N° 688 y modificado por Ley N° 29549. Es un seguro de vida en grupo por el cual el empleador se encuentra en la obligación de contratar un seguro para sus trabajadores (empleados y obreros) que se encuentren y planilla y que además tengan más de cuatro años de servicio, siendo potestad del empleador, poder asegurarlos cuando tengas menos tiempo de servicio.

Estos contratos se registran obligatoriamente en el Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo.

El seguro de vida ley, además, según convenio con la aseguradora, puede ofrecer como coberturas: gastos de sepelio, desgravamen por préstamos, desamparo familiar súbito por accidente, en caso de enfermedades como cáncer, insuficiencia renal, accidente cerebro vascular, trasplante de órganos, infarto de miocardio, cirugía coronaria, esclerosis múltiple, coma por accidente, ceguera por accidente, quemadura, sordera por accidente, quemadura, sordera por accidente, hijo póstumo, repatriación de restos, traslado al lugar de origen, renta familiar por accidente, incapacidad para el trabajo.⁵²

4.5.3.3. Ley general de Salud, Ley N° 26842

En el título preliminar, consigna que:

⁵² Tomado de <http://www.mapfre.com.pe/seguro-vida-ley>

II. *“La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es de responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.”*

III. *“Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable.”*

En el artículo 15 se señalan los derechos de todas las personas usuarias de los servicios de salud, señalando que: a) toda persona tiene el derecho al *respeto de su personalidad, dignidad e intimidad*; b) *a exigir la reserva de información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece*; e) *a no ser discriminado en razón de cualquier enfermedad o padecimiento que le afecte; entre otros derechos.*

4.5.4. La reticencia en el derecho de seguros de personas

La reticencia se configura cuando el asegurado omite dar información al asegurador, y se configura la falsa declaración cuando a sabiendas brinda una información que no es la correcta.

Stiglitz (Derecho de Seguros , 1988, págs. 516-518) menciona como casos de reticencia en el caso de seguro de personas cuando: i) el asegurado omite informar que se ha realizado una examen de medicina experimental en un instituto de cáncer aunque no sepa el resultado, ii) cuando el asegurado oculta intencionalmente el haber padecido una enfermedad, aunque la haya superado satisfactoriamente, iii) cuando se oculta información a la empresa aseguradora respecto del rechazo o la no renovación de una póliza.

Un elemento importante en el seguro de vida es la declaración precontractual del riesgo, especialmente lo referido al estado de salud, con cuya información la compañía aseguradora elabora las estadísticas y establece las primas. (Bado Cardozo, 2014, pág. 505)

Además, en caso de muerte, se da la particularidad de que el siniestro es inevitable (de todos modos va a suceder) por lo que sobre relevancia efectuar un buen cálculo de proyección y por ello contra con la información necesaria y precisa que pueda aportar el contratante y/o asegurado.

Para los seguros de personas se debe llenar la “declaración jurada” que es un cuestionario de preguntas, generales y particulares. Las preguntas generales tiene como finalidad excluir a quienes tienen dolencias que puedan abreviar el curso de la vida, y es en estas declaraciones dónde surge las declaraciones reticentes, inexactas y falsas. (Bado Cardozo, 2014, pág. 509)

Bado señala que en la doctrina se critica los cuestionarios por el tipo de preguntas generales, “Entienden que la utilización de las fórmulas, como método de declaración del estado de salud, eventualmente puede fomentar el fraude, lesionar el derecho a la reserva del asegurado, siendo los responsables del aumento de litigios que sobrecarga a los tribunales.” (2014, pág. 509)

En cambio, las preguntas específicas permiten brindar información veraz, por lo que el asegurador debe tener cuidado en la elaboración de los cuestionarios considerando además que los términos médicos y científicos son difíciles de comprender. (Bado Cardozo, 2014, pág. 510)

Los cuestionarios, usualmente contienen preguntas referentes a la salud, la edad y también a circunstancias subjetivas del riesgo como conocer la personalidad del contratante, su actitud ante otros aseguradores.

En el caso de los seguros de personas, Bado señala que:

“Lo más importante en torno a este tema es si la ocultación o la inexactitud respecto a esta información es capaz de producir los efectos de la reticencia y de las declaraciones inexactas. La cuestión puede ser opinable en tanto, como se sabe, los seguros de personas no están sujetos al principio indemnizatorio.” (2014, pág. 524)

4.5.5. Los contratos de seguros personales en el Perú

Los contratos de seguros están conformados por cláusulas generales, especiales y particulares. En los cuáles se establecen las condiciones que van a regular la relación contractual, como los derechos y las obligaciones. Además, se establecen las exclusiones (circunstancias en las cuáles la compañía de seguros se exonera de su obligación de cubrir un evento dañoso) y el período de carencia (plazo durante el cual el contrato está vigente pero no se cubren ciertos eventos dañosos).

En los contratos de salud y vida que se aplican en nuestro país, las compañías establecen exclusiones:

- En el contrato de salud de Rimac se señala que *“La presente póliza no cubre causas, consecuencias ni complicaciones de un tratamiento médico y/o quirúrgico no cubierto por esta Póliza, así como los gastos relacionados con lo siguiente:*
 - a) *Enfermedades, condiciones y/o defectos congénitos considerados enfermedades preexistentes (anteriores al inicio de la presente Póliza) y gastos derivados de causas relacionadas (de acuerdo al CIE-10), dicha clasificación es publicada en la página web de la Organización Mundial de la Salud (...)*
 - b) *Respecto del Beneficio de Enfermedades Congénitas, las lesiones, defectos y complicaciones congénitas o no congénitas que deriven de una inseminación artificial y/o tratamiento para la fertilidad.”*
- El contrato de salud de Pacífico establece que *“Este seguro no cubre los gastos derivados y/o relacionados y/o a consecuencia de:*
 - xxiii. *ENFERMEDADES, lesiones y/o defectos congénitos o de tipo genético hereditario, a excepción de lo indicado en las coberturas CONGÉNITAS del recién nacido y de ENFERMEDADES CONGÉNITAS no diagnosticadas, hasta los límites establecidos para estas coberturas.”*

- La compañía de seguros La Positiva establece en el capítulo IV las exclusiones del seguro y señala: *“No se activará ninguna cobertura de la presente póliza y La Positiva no pagará ningún gasto en los siguientes supuestos:*

4.19. Salvo que esté expresamente contenido en la Tabla de Beneficios, se excluye los gastos a consecuencia directa o indirecta de una enfermedad congénita y enfermedad hereditaria. Asimismo no están cubiertos las enfermedades, lesiones, defectos y complicaciones congénitas o no congénitas que deriven de una inseminación artificial y/o tratamiento para fertilidad. No se cubren estudios o pruebas genéticas.”

Se advierte que si bien las compañías están prohibidas de exámenes genéticos previos, sin embargo tampoco están obligadas a darles cobertura, por lo que las compañías han optado por excluirlas de manera expresa. Ello genera afectación al derecho del asegurado, ya que el desarrollar una enfermedad de origen genético, escapa de su control por lo que no resulta justo que se le prive del derecho de cobertura.

En el caso del uso de las técnicas de fertilidad, también se da un supuesto similar, el asegurado no tiene control sobre su concepción ni menos sobre la información genética recibida, por lo que no parece adecuado limitar la cobertura en ese aspecto.

CAPITULO V:

RELACIÓN ENTRE ANÁLISIS GENÉTICO Y DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS SEGUROS PERSONALES EN PERÚ

5.1. RELACIÓN ENTRE EL ANÁLISIS GENÉTICO Y DERECHO A LA INTIMIDAD

En los capítulos anteriores hemos analizado de manera separada lo que son los análisis genéticos así como el derecho a la intimidad, por lo que en el presente capítulo vamos a establecer la relación que hay entre ellos.

El análisis genético que vamos a considerar es el que corresponde a las pruebas genéticas diagnosticadas por medio de las cuáles se pueden establecer las predisposiciones genéticas.

5.1.1. Derecho a la intimidad en caso del historial médico

El historial médico o historia clínica está conformada por la información médica y administrativa de los pacientes, la que se registra en varios documentos, se debe realizar con rigurosidad de tal manera que comprenda toda la información detallada que permita saber el diagnóstico, los exámenes que se le ha realizado así como el tratamiento seguido.

Además de ello, la información contenida en la historia clínica sirve para diversos fines “entre los que se enumeran los judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o docencia, todos ellos legítimos y constitutivos de actuaciones fundamentales del Sistema Sanitario” (Salud, s.n., pág. 34)

La información contenida en la historia clínica es muy delicada y debe ser tratada con la debida diligencia porque a través de ella se puede vulnerar el secreto profesional por parte del médico así como el derecho a la confidencialidad que tiene todo paciente. (Salud, s.n., pág. 37)

En nuestro país, la Ley N° 30024, Ley que crea el Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas, en el artículo 3 inciso j) define a la historia clínica como el: *“Documento médico legal en el que se registran los datos de identificación y de los procesos relacionados con la atención del paciente, en forma ordenada, integrada, secuencial e inmediata de la atención que le médico u otros profesionales de salud brindan al paciente y que son refrendados con la firma manuscrita de los mismos. Las historias clínicas son administradas por los establecimientos de salud o los servicios médicos de apoyo”*

En efecto, el historial médico, aparte de ser el registro de los procedimientos a los cuáles se ha sometido a los pacientes, también es un documento que tiene un valor legal inapreciable; en caso de un acontecimiento distinto al previsto, ese documento sirve para las investigaciones que se puedan generar en los diversos ámbitos: administrativo, policial, fiscal, etc.

Álvarez señala que el avance de la tecnología ha modificado la forma como se maneja y almacena la información, incluso en el caso de los historiales médicos. La información referida a la salud antes se encontraba limitada al ámbito sanitario, se guardaba en expedientes diferentes, a lo largo de las diversas etapas de la vida e incluso en lugares distintos, por lo que solamente manejaban esa información los médicos o profesionales de la salud así como el paciente y sus familiares cercanos (en algunos casos). (2006, pág. 1)

Con el avance la tecnología el acceso a dicha información se va ampliando, y más porque su utilidad se ha puesto de manifiesto, en los diversos ámbitos como el laboral, en el derecho penal, incluso en el ámbito del seguro

privado, el que “se presenta como uno de los más interesados en recopilar y archivar información de carácter médico de sus asegurados” (Álvarez González, 2006, pág. 2)

Hace tres décadas aproximadamente, toda la información relacionada con la salud era administrada de manera individual por cada centro de asistencia de salud, en archivos físicos y por la logística no era posible unificar la información, salvo que el paciente por su cuenta recopilara su historial médico de todos los centros asistenciales a los que hubiera acudido.

En nuestro país, como ya hemos hecho referencia líneas arriba, considerando las formas actuales de almacenamiento de datos, la Ley 30024 crea el Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas con la finalidad de crear una base de datos con la filiación de cada persona así como la información clínica contenida en las historias clínicas, para brindar una atención adecuada e integral a los pacientes.

Independientemente de que la forma como se archiva y administra la información médica en la actualidad, su uso debe estar restringido porque se encuentra amparada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos así como la Constitución Política del Perú.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos protege el derecho a la vida privada en el artículo 12 así como en el artículo 25 que establece el derecho a la salud así como a la asistencia médica. En el caso de la Constitución Política del Perú lo encontramos regulado en el artículo 2, que en sus 24 incisos establece los derechos de todas las personas.

Todo historial médico se encuentra protegido por el derecho a la intimidad y como sólo se puede acceder a ella ante determinadas circunstancias; y ello es ratificado mediante la Ley 30024, porque establece parámetros de seguridad para acceder a las historias clínicas electrónicas y, además, en su artículo 7 señala de manera expresa la confidencialidad de la información de las

historias clínicas electrónicas: *“Los que intervengan en la gestión de la información contenida en el Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas están obligados a guardar confidencialidad respecto de este, de conformidad con el numeral 6) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú; la Ley 29733, Ley de Protección de los Datos Personales⁵³, y demás normas; bajo responsabilidad administrativa, civil o penal, según sea el caso.”*

Para poder acceder a cualquier información privada, incluyendo el historial médico, se requiere:

- a) **Autorización expresa.-** Por el cual la persona, titular de la información, manifiesta de manera voluntaria y libre su autorización para que otra persona y/o personas, puedan acceder a la información. Al respecto, la Ley 30024 señala que el paciente o su representante legal, tienen acceso irrestricto a la información clínica que necesite o desee, sólo él (paciente) o su representante legal pueden autorizar a los profesionales de la salud para acceder a dicha información. (Cuarta disposición complementaria final)
- b) **Estado de necesidad.-** La confidencialidad de la información sólo puede ser dejada de lado en caso de estado de necesidad, es decir, cuando hay un bien mayor que proteger, que usualmente es para prevenir un mal mayor al que se ha generado. En esos casos se requiere de autorización judicial debidamente motivada.

⁵³ Esta Ley, en su artículo 17 establece la Confidencialidad de los datos personales: *“El titular del banco de datos personales, el encargado y quienes intervengan en cualquier parte de su tratamiento están obligados a guardar confidencialidad respecto de los mismos y de sus antecedentes. Esta obligación subsiste aún después de finalizadas las relaciones con el titular del banco de datos personales.*

El obligado puede ser relevado de la obligación de confidencialidad cuando medie consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco del titular de los datos personales, resolución judicial consentida o ejecutoriada, o cuando medien razones fundadas relativas a la defensa nacional, seguridad pública o sanidad pública, sin perjuicio del derecho a guardar el secreto profesional.”

Si bien los resultados del examen médico pertenecen al paciente porque contiene información referente a sus condiciones de vida y salud, pero también dicha información pertenece a la sociedad porque de alguna forma puede afectar al bien común así como al sistema asistencial en salud que es obligación del Estado para con todos sus ciudadanos. (Salud, s.n., pág. 81)

5.1.2. Derecho a la intimidad en caso de los análisis genéticos

En el capítulo referido a los análisis genéticos hemos señalado que los resultados obtenidos por medio de estas pruebas son de carácter reservado.

ELSI⁵⁴ establece la privacidad y “*la confidencialidad* en el uso de la información genética, de parte no sólo del médico tratante y de los pacientes, son también de los empleados, cortes, escuelas y equipos de adopción, organismos oficiales, etc.” (Pfeiffer, 2004, pág. 304)

La información que se obtiene a través de los exámenes genéticos es muy personal y forma parte de la información privada cuya difusión sólo debe ser administrada por su titular, es por ello que ELSI reconoce que esa información no puede ser difundida sin previa autorización por ninguna persona que acceda a ella, ya sea que acceda por el cargo, función, profesión u oficio.

También en Buenos Aires-Argentina se ha dado la *Ley de Protección contra la Discriminación Genética* 421/2000, la que establece que “queda prohibida en cualquier ámbito del Gobierno de la ciudad de Buenos Aires la realización de estudios genéticos en exámenes pre-ocupacionales, en exámenes para obras sociales, empresas de medicina prepaga o Asegurador de Riesgos de Trabajo” (De Ortúzar, 2004, pág. 288)

⁵⁴ *Ethiics, Legal and Social Issues*, que forma parte de Proyecto HUGO.

5.1.3. Los seguros y el derecho a la intimidad

Bertomeu considera que la inequidad en el acceso a los servicios de salud presenta múltiples aspectos, por lo que en la mayoría de los países en vías de desarrollo los estados promovieron la asistencia privada (Bertomeu, 2004, págs. 249-250)

En nuestro país, también se ha seguido la misma política de promoción del sistema privado de salud, lo que ha sido asumido por las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), las clínicas y centros médicos privados. Mediante la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social a las incidencias por salud se las divide en capa simple y capa compleja.

En el capítulo 1, artículo 2° se establecen definiciones básicas, en donde se señala que la capa simple comprenden las enfermedades de mayor frecuencia y menor complejidad que pueden ser prestadas por ESSALUD o por las Entidades Empleadoras o de planes contratados con una EPS; en tanto que la capa compleja abarca aquellas enfermedades de salud de menor frecuencia y mayor complejidad y que son de cargo de ESSALUD.

En consideración a ello, las Compañías de Seguros ofrecen servicios de salud bajo diversos planes o sistemas de coberturas, a los cuáles pueden acceder las personas de acuerdo a sus posibilidades. Las compañías suscriben convenios con las clínicas y centros de salud para brindar estos servicios, con lo cual ofrecen mayores opciones para las personas.

Los servicios de salud que ofrecen las compañías debería ser bajo los principios de eficiencia y equidad, sin embargo muchas veces sólo prima la eficiencia, ya que muchas veces se niegan o evitan asegurar a las personas que más necesitan del seguro o quienes tienen mayor propensión a sufrir enfermedades (Bertomeu, 2004, pág. 251), ya sea por edad, lugar de residencia u otros factores.

En el sistema de seguros, que tiene como elemento base el riesgo, prima la buena fe en su máxima expresión, por la cual tanto las compañías de seguros como las personas que contratan los seguros deben conducirse con la mayor honestidad posible, para ello, la información con que deben contar ambas partes es relevante.

Bertomeu señala que uno de los problemas que distorsionan el equilibrio en el mercado de seguros en salud es la asimetría informativa, la que presenta dos puntos éticos: la información oculta y la acción oculta. La información oculta tiene algunos supuestos como la información adversa que se da cuando quien toma el seguro oculta información respecto del riesgo a la compañía; y el azar moral que es un problema de acción oculta que se da luego de la contratación de seguros por el cual las personas cambian sus hábitos de conducta agravando el riesgo. (2004, págs. 258-259)

Por el lado de las compañías de seguros, y debido a que muchas veces las personas no declaran su verdadero historial médico, acceden a esa información por cuenta propia, para lo cual obtienen permiso de los contratantes mediante el cuestionario de salud (declaración de salud). El consentimiento muchas veces se otorga sin que el contratante sepa que está dando esa autorización, porque casi nunca lee a cabalidad todas las estipulaciones de la declaración. Esta manera de obtener la autorización atenta contra el derecho a la intimidad de las personas, ya que su historial médico es una información privada y que sólo interesa al titular, y en algunos casos a los familiares cercanos, pero que debe de primar su derecho a la intimidad.

Con ello no se busca deslegitimar las declaraciones, lo que pretende es que las personas llenen esos formularios con pleno conocimiento de su contenido y que tengan claro que con ello están autorizando a que las compañías pueden acceder a su información médica, la que está conformada por todas las historias médicas que tienen registradas en las diversas clínicas y diversos centros de salud.

Se debe promover políticas de información para que las personas puedan confiar en las compañías y tengan la tranquilidad de que al brindar información a las compañías de seguro, éstas harán uso de esa información de la manera más objetiva posible y evitando que se generen discriminaciones.

Al respecto, De Ortúzar señala que “los seguros privados de salud (al igual que los seguros de vida, de empleo, entre otros) percibieron la veta económica del manejo de la información genética individual, demandando el acceso a la misma con el fin de excluir o exigir primas complementarias a las personas de alto riesgo” (De Ortúzar, 2004, pág. 287)

Otro aspecto importante en el sistema de seguros es lo actuarial, mediante la cual se deben establecer el costo-beneficio de los seguros debido a que en base a la determinación de la prima y los rendimientos financieros se deben obtener los recursos suficientes para cubrir las prestaciones por un tiempo determinado.

Sin embargo, en la práctica, los sistemas de seguros se manejan de manera diferente porque la *equidad actuarial* requiere una relación de equivalencia entre quienes tienen riesgos en salud similares, y ello no se configura en nuestra sociedad, que está marcada por la desigualdad y polarización de los recursos.⁵⁵ (Bertomeu, 2004, págs. 260-261).

Pero además de la equidad también está a igualdad actuarial. Por la equidad actuarial la prima de las pólizas varían en base a los riesgos, en tanto que cuando hay un sistema de igualdad actuarial todos pagan el mismo precio sin considerar la edad, sexo, estado de salud, condición social, etc. (De Ortúzar, 2004, pág. 291)

⁵⁵ Quién desarrolla con mayor amplitud sobre este tema es Kenneth Arrow. “La incertidumbre y el análisis del bienestar en las prestaciones médicas”, en *Economía de la Salud*, ICE, junio. 1981

5.1.4. Legislación nacional

La Ley 29946, Ley del Contrato de Seguro, en el capítulo III sobre el Seguro de Persona, en su artículo 119 regula, sobre los exámenes genéticos: *“El asegurador está prohibido de exigir exámenes genéticos previos a la celebración de contratos de seguro y no puede condicionar la aceptación, vigencia o renovación de coberturas de seguro a la realización de dichos exámenes y establece.”*

Nuestra legislación sobre el contrato de seguros es considerada innovadora por haber regulado de manera expresa la prohibición de que las compañías de seguros exijan exámenes genéticos previos a la toma de un seguro. Sin embargo, como bien lo señala De Ortúzar, la moratoria o prohibición de acceso a la información genética por parte de las compañías de seguro:

“no constituye la solución definitiva al problema de fondo: la clasificación por riesgos de salud del seguro privado constituye un sistema justo e inaceptable, en tanto resulta intuitivamente injusto excluir a las personas por factores que no dependen de su control y de su responsabilidad individual” (2004, pág. 296)

Quizá por ahora, que no tiene mucha difusión la realización de los exámenes genéticos, todavía no se presenten controversias; pero a medida que pase el tiempo y los exámenes sean más asequibles seguro que va a ver presión por parte de las Compañías de seguro por acceder a dicha información, quizá no obligando a que las personas se realicen el examen de manera previa, sino, buscando que las personas que se ha hecho esos exámenes de manera voluntaria entreguen la información a las compañías.

Quizá puedan argumentar que bajo el principio de buena fe, y la equivalencia en la información que deben tener tanto el contratante como la compañía, quien sea hecho una análisis genético se encuentre en la obligación de informar a la compañía de seguro para que pueda establecer la prima correspondiente con el riesgo que se quiere asegurar.

CAPITULO VI:

DERECHO COMPARADO

DERECHO GENÉTICO E INFORMACIÓN GENÉTICA

6.1. DERECHO GENÉTICO COMPARADO

El avance en el conocimiento genera situaciones nuevas que deben ser regulados por el Derecho para proteger los derechos fundamentales de las personas, y aunque el conocimiento es universal, las regulaciones que han adoptado los países difieren unos de otros.

Varsi señala que en el Derecho Genético comparado se pueden encontrar cinco formas der regulación (Derecho Genético. Principios generales, 2013, pág. 579):

1. Países en los cuales se ha establecido una regulación especial como Alemania, Austria, Holanda, Inglaterra, Noruega, Suecia.
2. Países en los que se ha considerado la regulación sobre Derecho Genético en diversas disposiciones normativas, como códigos civil, penal, etc., como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Francia, Italia, Portugal, Venezuela, etc.
3. Países en los que se han creado organismos e instituciones estatales multidisciplinarios que buscan establecer políticas para regular las investigaciones científicas, como en Italia.
4. Países dónde los colegios médicos, de profesionales, los centros médicos y de investigación emiten directivas o recomendaciones, como en Irlanda.
5. Países en los que por mandato de un Juez se establecen permisiones y/o límites en los procesos de manipulación o procreación genética, como Argentina, Brasil e Italia. (Varsi Rospigliosi, 2013, págs. 579-581)

6.2. REGULACIÓN SOBRE PRUEBAS GENÉTICAS Y EL DERECHO DE SEGUROS

La investigación científica relacionada con la genética abarca diversos ámbitos del conocimiento, además de la Ingeniería Genética, pero también se hace necesario que esas actividades sean reguladas por el Derecho para proteger los derechos fundamentales.

En el campo jurídico podemos relacionar la investigación e información genética con diversos campos como el derecho genético, de familia, de seguros, etc. La presente investigación se limita a la aplicación de las pruebas genéticas y su incidencia jurídica en el derecho de seguros de personas.

Vásquez Vega señala que las legislaciones han tratado de diversas formas la incidencia de las pruebas genéticas y los seguros (Incidencia de las pruebas genéticas en los contratos de seguro, 2014, pág. 22):

1. Hay países en los que se ha establecido la prohibición legal del uso de información genética, como Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Noruega.
2. Países en los cuáles se ha establecido una moratoria indefinida o por un tiempo determinado, como en Finlandia, Alemania, Holanda, Suecia, Reino Unido.
3. Algunos países le dan el mismo tratamiento a las pruebas genéticas, que se le da a otras pruebas o información médica, como España, Italia, Hungría. (Vasquez Vega, 2014, pág. 22)

Además de los sistemas referidos por Vásquez Vega, también encontramos otras regulaciones como en los Países Bajos y Suecia, los que autorizan el uso de las pruebas genéticas considerando el nivel de asegurabilidad (suma

asegurada) y además es necesario que la parte interesada preste su consentimiento. (Focus, 2013, pág. 21)

En nuestro país la Ley de Contrato de seguro prohíbe de manera expresa que las compañías de seguro exijan las pruebas genéticas como condición para celebrar el contrato, precisando que tampoco pueden condicionar la aceptación, vigencia o renovación del contrato. Sin embargo no se dice nada en caso de que los asegurados o futuros asegurados se hayan practicado de manera previa y por su cuenta los exámenes de seguros.

Reino Unido dispone la autorregulación del uso de la información genética, pero desde el año 2001 se ha establecido una moratoria para el uso de los exámenes genéticos (Focus, 2013, pág. 21).

En Alemania las pruebas genéticas se encuentran reguladas por la *Gendiagnostikgesetz* y establece que sólo determinados laboratorios autorizados son los que pueden hacer los exámenes genéticos, las pruebas genéticas predictivas sólo pueden ser realizadas por médicos especialistas en genética, es necesario el conocimiento informado para cada caso, el paciente tiene el derecho a que se le informe o no acerca de los resultados de los exámenes, ni los empresarios ni las compañías de seguros están autorizados a pedir información acerca de las pruebas genéticas salvo, en el caso de seguros, cuando las sumas aseguradas sean superiores a 300,000 euros. (Focus, 2013, pág. 21)

Australia y Nueva Zelanda, si bien prohíben que las aseguradoras exijan el examen como condición previa, pero en el caso que ya se hayan realizado las pruebas, deben ser puestos a disposición si la compañía de seguros lo solicita. (Vasquez Vega, 2014, pág. 22)

En Irlanda, desde la vigencia de la Ley de discapacidad del año 2005, el asegurador no puede solicitar las pruebas genéticas independientemente del resultado, así sean negativos o positivos. (Focus, 2013, pág. 22)

En el caso de Estados Unidos, el sistema de salud en su mayoría está cubierto por el sector privado, por lo que a fin de evitar la discriminación se publicó la Ley de información genética antidiscriminatoria (GINA) que prohíbe las pruebas genéticas como requisito para tomar un seguro de enfermedad, pero no incluye los seguros de vida o invalidez (Focus, 2013, pág. 22); hace poco se ha expedido una ley conocida como *Obamacare* por el cual se prohíbe considerar las preexistencias (genéticas o no) para contratar un seguro de salud. (Vasquez Vega, 2014, pág. 23)

Vásquez Vega, citando a Godard y otros, señala que en Reino Unido la asociación de Aseguradores Británicos (ABI) y la Consejería de Sanidad han establecido una moratoria voluntaria por el cual no se exige los exámenes genéticos, salvo que la suma asegurada sea más de 500,000 libras esterlinas (Focus, 2013, pág. 21), y se está aplicando una excepción para la enfermedad de Huntington porque se considera que hay evidencias de la certeza de sus resultados y su utilidad para la suscripción de seguros. (Vasquez Vega, 2014, pág. 23)

6.3. LEY DEL CONTRATO DE SEGUROS EN DIVERSOS PAISES

6.3.1. Legislación en Argentina

En Argentina rige la Ley N° 17.418, Ley de seguros. Dicha norma establece disposiciones para los seguros de daños patrimoniales y los seguros de personas, pero no contempla nada respecto de los exámenes genéticos, lo que si se admite son los exámenes médicos en los seguros colectivos.

El sistema legal argentino no tiene una norma específica que regule el derecho genético y tampoco se ha contemplado en la ley de seguros alguna disposición sobre los exámenes genéticos.

6.3.2. Legislación en Chile

La legislación chilena, en lo que respecta a los seguros, rige la Ley N° 20.667 que regula el contrato de seguros desde el año 2013. Mediante esta ley se ha modificado el título VIII del libro II del Código de Comercio.

El artículo 1176 establece de manera expresa:

“En el caso de las obligaciones señaladas en el artículo 525 de este Código, el asegurado deberá informar cabalmente al asegurador, antes de perfeccionarse el contrato, de toda circunstancia relativa a los riesgos que se propone asegurar y que sea conocida por él.

Se presume conocida del asegurado toda circunstancia que no pueda ignorar en el curso ordinario de sus negocios.

La obligación de informar no está limitada a responder los cuestionarios del asegurador.

La reticencia, inexactitud o falsedad de información que se juzgue importante para determinar la naturaleza y extensión del riesgo, produce la nulidad del seguro.”

Respecto de los exámenes genéticos, la ley no señala nada de manera expresa, sin embargo mediante el artículo citado se establece la obligación que tiene el asegurado de informar todas las circunstancias que motivaron la contratación del seguro, y se debe tener en cuenta además que la obligación de informar no se restringe a los exámenes médicos por lo que también se pueden considerar los análisis genéticos.

6.3.3. Legislación en España

En España el contrato de seguro está regulado por la ley 50/80 que data desde el año 1980, y cuya última revisión es de diciembre del año 2016. La ley del contrato de seguros español tiene 109 artículos, en los que se regula

los seguros patrimoniales y los seguros de personas. En el título III regula lo referido al seguro de Personas y señala en el artículo 80 *“El contrato de seguro sobre las personas comprende todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado”*

En las disposiciones generales, el artículo 10 establece el deber de declaración del riesgo, señalando: *“El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.*

El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar desde el conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.”

Mediante esta disposición se regula de manera general los requisitos de los seguros médicos y no se señala nada respecto de los exámenes médicos ni menos de los genéticos, por lo que no se puede exigir la realización de esos exámenes como requisito para la contratación de los seguros.

Una de las instituciones importantes en el sistema de seguros es la reticencia y la falsa declaración, por lo que en aplicación de ello se hace necesario que las partes manifiesten todas las circunstancias referidas al riesgo, incluso su agravación como su disminución, y las compañías de seguros deben establecer las primas de manera objetiva en base a los cálculos actuariales.

6.3.4. Legislación en México

La ley sobre el contrato de seguro en México es del año 1935, cuya última reforma es del año 2013. Está conformado por 207 artículos, en los que se establecen las disposiciones generales y aplicables para todos los seguros, así como los seguros patrimoniales y los de personas.

Los seguros de personas se encuentran regulados en el título III, Disposiciones especiales del contrato de seguros sobre las personas. El artículo 162 establece: *“El contrato de seguro sobre las personas comprende todos los riesgos que puedan afectar a la persona del asegurado en su existencia, integridad personal, salud o vigor vital.”*

En los demás artículos comprendidos en el título III, no se establece obligatoriedad sobre los exámenes médicos y no se señala nada sobre las pruebas genéticas.

Un aspecto particular de los seguros para el caso de muerte es que establece de manera expresa que los menores de doce años o más es necesario que presten su consentimiento al igual que sus representantes legales, caso contrario, el contrato será nulo.

6.3.5. Legislación en Nueva Zelanda

En Nueva Zelanda, se establece que: *"Insurance contracts are based on utmost good faith behaviour by both the insurer and the insured. So while the insurer will not require you to take a genetic test, if you choose to take one, you must declare that you have taken it in your application for cover."*

Es decir, la compañía aseguradora no puede exigir que el asegurado se realice el test genético, pero si el asegurado opta, de manera voluntaria,

realizarse el examen, entonces está en la obligación de declararlo en la solicitud de declaración de cobertura.

Se explica esta regulación porque el asegurado está en la obligación de informar sobre todas las circunstancias referidas al riesgo y se ha efectuado exámenes genéticos entonces esa información también debe ser brindada a la compañía de seguros, al igual que se debe brindar información cierta cuando se llena el cuestionario médico.

CONCLUSIONES

1. El avance científico y tecnológico permitió el desciframiento de la composición genética del ser humano, información que es considerada como patrimonio de la humanidad porque describe la composición biológica esencial y que caracteriza y distingue de los demás seres vivos.
2. El conocimiento de la información genética implica un avance en la ciencia, y que tiene repercusión en el Derecho, en especial cuando se trata de proteger la integridad y respeto de la dignidad de las personas, así como sus demás derechos fundamentales; y, en la Ética que está en íntima relación con el conocimiento genético y que busca regular o autorregular la actividad científica mediante los comités integrados por los mismos científicos o también por profesionales de diversos ámbitos como abogados, antropólogos, filósofos, etc.
3. La Bioética y el Derecho Genético, son disciplinas que surgen con la finalidad de regular la actividad científica, en específico, la relacionada con la genética. El Derecho Genético comprende no sólo la protección de la información genética, además busca regular el uso de esa información, establecer parámetros a la práctica científica, y proteger los derechos fundamentales de las personas. Con el avance de la genética, el Derecho Genético está adquiriendo mayor vigencia y relevancia, por lo que su estudio especializado se hace necesario.
4. La dignidad, intimidad e identidad son derechos fundamentales que se encuentran protegidos por el derecho. El Derecho Genético, como rama especializada, también busca proteger los derechos en relación con la práctica genética, ya que nuestra composición genética forma parte de la

individualidad, intimidad e identidad como personas, además del respeto por nuestra dignidad.

5. El Derecho de Seguros es la rama del Derecho cuyo ámbito es la transferencia del riesgo, la cual se ubica en el ámbito patrimonial, incluso cuando hablamos de los seguros, porque se busca proteger a las personas y su patrimonio ante situaciones adversas y que las consecuencias del daño no impliquen un mayor perjuicio económico.
6. El derecho genético y el derecho de seguros tienen como elemento de enlace, además de la protección de los derechos de las personas y el establecimiento de normas, los exámenes genéticos. La información genética se debe obtener respetando el derecho a la intimidad y dignidad de las personas. Para el caso de los seguros personales, debe ser utilizado con la finalidad de otorgar una mayor protección y respetar el derecho de los contratantes, en especial de los asegurados, que son la parte menos especializada en el tema, a diferencia de las compañías aseguradoras.
7. Los resultados de los análisis genéticos se encuentran protegidos por el derecho a la intimidad y privacidad, pero no son absolutos porque la intimidad tiene límites cuando se trata de proteger un bien mayor que es el derecho de más personas o de una colectividad. Lo mismo se aplica a para la información genética, porque los resultados puede ser beneficioso para los demás miembros de la familia, caso en el cual, el derecho a la intimidad y privacidad individual, debe ceder espacio al bienestar familiar.
8. Con el avance tecnológico se estás haciendo más asequible la realización de los exámenes genéticos. Los resultados brindan información sobre la constitución biológica de los seres humanos. La información genética no determina ni establece con certeza que una enfermedad se vaya a desarrollar, es un indicador de predisposición la que además se puede obtener mediante otros exámenes o precedentes familiares y eso es lo que alegan quienes van contra el determinismo genético.

9. En el sistema de seguros, la información genética debe ser empleada de manera objetiva, mediante el cálculo actuarial, y además de manera preventiva para el caso de los seguros personales. Cuando nos referimos al ámbito actuarial, consideramos que tener esa información va a permitir que las primas se fijen de manera objetiva, y con ello se cumplan los principios del seguro como la mutualidad, solidaridad así como la máxima buena fe, lo que es en beneficio de todos los asegurados. Respecto del ámbito preventivo, se puede aplicar en los seguros de salud, dónde las medidas de prevención deberían ser cubiertas y con ello mejorar la calidad de vida y el respeto de los derechos de los asegurados.
10. Las compañías de seguros establecen como exclusiones las enfermedades genéticas, sin embargo ellas no dependen de la voluntad de las personas. Por ello es importante que, en caso se hayan realizado los exámenes genéticos, éstos sean informados a las compañías de seguros, para que se dejen de excluir las enfermedades genéticas. Además, el entregar toda la información que se tiene es obligación del asegurado por lo que de haberse realizado el examen genético de manera previa, tiene que informarlo a la aseguradora y con ello no habría lugar a la reticencia o entrega inexacta de la información.
11. En nuestro país, mediante la ley del contrato de seguro se prohíbe que el asegurador exija la realización de exámenes genéticos, sin embargo no se dice nada respecto de que las enfermedades genéticas deban ser cubiertas, con lo cual se deja sin cobertura e indefensión a los asegurados. Y esa también es una manera de atentar contra su derecho a la integridad y dignidad. Por ello se propone una modificatoria a la norma de tal forma que los asegurados brinden la información, en caso cuenten con ella, y por su parte las compañías eliminen las enfermedades congénitas como exclusión y establezcan primas acordes con la información brindada, de manera actuarial y objetiva, evitando la discriminación e indefensión del asegurado.
12. El determinismo genético, que predominó durante mucho tiempo, está siendo superado. Es decir, la consideración de que los resultados de los análisis genéticos son determinantes y concluyentes respecto de las enfermedades que

se pueden desarrollar ya no es tal. La información genética indica predisposiciones, los que se pueden obtener por diversos exámenes e incluso por los cuestionarios de antecedentes familiares. Además, para que se desarrollen las enfermedades es necesario que concurran otros factores como tiempo, modo de vida, alimentación, etc.

13. La salud, como parte de los derechos fundamentales de la persona, debe ser promovida desde diversos ámbitos, incluyendo los seguros. Es por ello que la información genética no debe ser considerado como elemento de exclusión o discriminación, todo lo contrario, debe servir para mejorar la calidad de vida de las persona así como promover la prevención en salud, con lo que se protege la integridad de las personas.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- Alonso Alonso, A. (2004). *Conceptos básicos de ADN forense*. Madrid: Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.
- Álvarez González, S. (2006). La utilización de datos genéticos por las compañías aseguradoras. (F. Mapfre, Ed.) *Instituto de Ciencias del Seguro*.
- Alzamora Valdez, M. (1963). *Introducción a la ciencia del derecho*. Lima: Talleres gráficos Villanueva.
- Aparisi Miralles, A. (1997). *El proyecto genoma humano: Algunas refelexiones sobre sus relaciones con el Derecho*. Valencia: Tirant lo blanch.
- APESEG. (1984). *Legislación de la actividad aseguradora*. Lima: Apeseg.
- APESEG. (2004). *100 años en la historia del seguro*. Lima: Apeseg.
- APESEG. (2015). *Informe trimestral del sistema asegurador - Segundo trimestre 2015*. Lima.
- Bado Cardozo, V. S. (2014). Tesis doctoral. *La declaración de los riesgos en los contratos de seguros*. Valencia: Universidad de Valencia, Facultad de Derecho.
- Banda Vergara, A. (2015). La vida privada e intimidad en la sociedad tecnológica actual y futura. *Revista de Derecho Público*, 63, 258-278.
- Bergel, S. (2001). Genoma humano; cómo y qué legislar. *La Ley*(235).
- Bertomeu, M. J. (2004). Equidad y Mercado en Salud. En *Genoma Humano* (págs. 249-263). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Blázquez-Ruiz, F. J. (2012). Nueva genética, regulación jurídica y privacidad. En *10 palabras clave en nueva genética* (págs. 31-74). Navarra: Verbo Divino.
- Britannica. (2006). *Enciclopedia Universal Ilustrada*. Santiago: Sociedad Comercial y Editorial Santiago Ltda.
- Calderón de Los Santos, G. (2015). El genoma humano y los derechos humanos. *Docentia et investigatio*, 17, 211-226.
- Catenacci, I. J. (2001). *Introducción al derecho. Teoría general, argumentación, razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Celis Quintal, M. A. (n.d.). La protección de la intimidad como derechos fundamentales de los mexicanos. 71-108.
- Cervantes García, Daniel, González Ruiz, Claudia Rebeca, Mayek Pérez, Netzahualcóyotl. (Julio-Diciembre de 2005). Proyecto Genoma Humano:

- situación actual y perspectivas Investigación y Ciencia. *Investigación y ciencia*, 13(33), 56-63.
- Cifuentes, S. (2004). El genoma humano y el derecho civil, preferentemente en el área de la persona. En *Genoma Humano*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- De Ortúzar, M. G. (2004). El uso no médico de la información genética individual. En *Genoma Humano* (págs. 283-297). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Enríquez-Canto Y, Osimani B. (Enero-Junio de 2015). Is genetic information family property? Expanding on the argument of confidentiality breach and duty to inform persons at risk. *Persona y Bioética*.
- Espinoza Espinoza, J. (2007). Irrenunciabilidad de los Derechos Fundamentales. En *Código Civil Comentado. Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández Acebo, M. D. (2013). La tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano. Coruña: Universidad de Coruña, Facultad de Derecho.
- Flint Blanck, P. (1998). *La revolución del derecho de seguros y del derecho laboral*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Focus. (Noviembre de 2013). *Nociones fundamentales de genética para los underwriters de seguros de vida*. (Scor, Ed.) Obtenido de https://www.scor.com/images/stories/pdf/library/focus/life_focus_112013_es.pdf
- González, J. (1999). Valores éticos de la ciencia. En R. Vásquez, *Bioética y derecho* (págs. 25-41). Mexico DF: Fondo de Cultura Económica.
- Gros Espiell, H. (2004). La Declaración de la UNESCO sobre Genoma Humano y Derechos Humanos. En *Genoma Humano*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Head, G. L. (1991). *Essentials of risk management* (Second edition ed., Vol. I). Malvern, Pa: Insurance Institute of America.
- Hundskopf E., O. (2007). *Derecho comercial, temas societarios*. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.
- Jorqui Azofra, M. (2010). *Análisis genéticos en el ámbito existencial: Reflexión ético-jurídica*. Granada: Comares SL.
- Junquera de Estéfani, R. (2012). Dignidad humana y genética. En *10 palabras clave en nueva genética* (págs. 347-382). Navarra: Verbo Divino.
- Kcort Reyna, M.-L. (2009). *Aspectos jurídicos de manipulación genética*. Trujillo: CEA.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2004). Genoma Humano y Derechos Fundamentales. En *Genoma Humano* (págs. 15-63). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Larousse, D. E. (2009). Gen. Larousse Editorial SL.

- Lawrence, E. (2003). *Diccionario Akal de Términos Biológicos* (Vol. 1). Madrid: Ediciones Akal SA.
- Ley de seguros N° 17.418*, pdf. (s.f.). Recuperado el 16 de 02 de 2015, de http://www.unlp.edu.ar/uploads/docs/ley_de_seguros_17418.pdf
- MAPFRE, F. (1990). *Manual de Introducción al Seguro*. Madrid: Mapfre editorial.
- Márquez Terán, N. (2010). *Implicaciones jurídicas del test genético en los contratos de seguro de vida*. Obtenido de publicaciones.urbe.edu.
- Martínez, S. M. (2004). La culminación del proyecto genoma humano (análisis desde una perspectiva jurídico-penal). En S. D. Bergel, & N. Minyersky, *Genoma Humano* (págs. 181-202). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Morales Godo, J. (1995). El right of privacy norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Estudio comparado. *Derecho PUC*(49), 169-186.
- Morales Godo, J. (2007). Control de la información de la vida personal y familiar (comentario). En *Código civil comentado* (págs. 124-127). Lima: Gaceta Jurídica.
- Mosquera Vásquez, C. (1997). *Derecho y genoma humano*. Lima: San Marcos.
- Mosquera Vásquez, C. (1998). Biotecnología y patentes. (F. D. UNMSM, Ed.) *Revista de Derecho y ciencia política*, 54-55, 69-80.
- Mosquera Vásquez, C. (2001). *Temas de derecho genético: ideas y propuestas sobre una nueva vertiente*. Lima: Praxis.
- Mosquera Vasquez, C. C. (2004). *Avances genéticos y dignidad humana: reflexiones éticas y jurídicas*. Lima: JEMAGRAF.
- Naranjo Ramírez, G. P. (Julio-Diciembre de 2006). Implicaciones jurídicas de la investigación en genética humana. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 36(105), 431-446.
- Nicolás Jimenez, P. (2006). *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*. Granada: Comares SL.
- Noticias jurídicas*. (s.f.). Recuperado el 16 de 02 de 2015, de http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/150-1980.html
- Núñez del Prado, A. (2013). Génesis de la "ley del contrato de seguro", una norma nacida de la realidad del mercado peruano. *RIS*, 117-150.
- Pfeiffer, M. L. (2004). El Proyecto HUGO y el Programa ELSI. En *Genoma Humano* (págs. 299-324). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Portal, E. (s.f.). Teoría del riesgo. *Curso general de seguros*. Lima: Eseg, Escuela de seguros.
- Ramírez Gronda, J. (1959). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Claridad.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española (DRAE)*. Madrid.

- Rejda, G. E. (2014). *Principles of risk management and insurance* (Twelfth edition ed.). Boston: Pearson.
- Rubio Correa, M. (2008). *Para conocer la Constitución de 1993* (Segunda edición ed.). Lima: Fondo editorial de la PUCP.
- Salud, F. d. (s.n.). *Guías de ética en la práctica médica: intimidad, confidencialidad y secreto*. Madrid.
- Spaemann, R. (1987). Sobre el concepto de dignidad humana. *Aufsätze Anthropologie*, 77-106.
- Spaemann, R. (2010). *Acerca de la distinción entre algo y alguien*. Pamplona: EUNSA.
- Stiglitz, R. S. (1988). *Derecho de Seguros* (Tercera edición actualizada ed., Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Susanne, Charles y Esther Rebato. (2012). Proyecto Genoma Humano: un punto de vista antropológico. En *10 palabras clave en nueva genética* (págs. 76-110). Navarra: Verbo Divino.
- Tecnología, C. -C. (2002). *Confidencialidad de los Datos Genéticos*. Argentina.
- Tomas y Garrido, G. M. (2011). *Cuestiones actuales de bioética* (2da edición ed.). Navarra, España: EUNSA Ediciones Universidad de Navarra.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Derecho Genético. Principios generales* (5ta edición ed.). Lima: Grijley EIRL.
- Varsi, E. (1998). *Derecho genético: principios generales*. Lima: San Marcos.
- Varsi, E. (2001). *Derecho Genético*. Lima: Grijley.
- Varsi, E. (n.d.). Intimidad genética. En *Intimidad genética, derecho a la intimidad* (págs. 167-186).
- Vasquez Vega, D. (marzo de 2014). Incidencia de las pruebas genéticas en los contratos de seguro.
- Vaughan, Emmett J & Therese M. Vaughan. (2014). *Fundamentals of risk and insurance* (11 ed.). Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons Inc.
- Von Lücken G, E. (2008). El interés asegurable. Especial mención a los seguros de personas. *Temas relevantes del derecho de seguros contemporáneo*, 171-188.

ANEXOS

Proyecto de Ley N° 2711-2016

1. Proyecto de Ley que modifica el artículo 119 de la Ley N° 29946, Ley del contrato de seguro
2. Los integrantes del Grupo Parlamentario que suscriben, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y el artículo 75° e inciso 2 del artículo 76° del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente proyecto de ley:

3. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

Mediante Ley N° 29946, publicado el 27 de noviembre de 2012, se reguló el contrato de seguro. En dicha norma se han establecido disposiciones generales aplicables a los seguros en general, al contrato de seguros así como las circunstancias relacionadas con la actividad aseguradora.

El capítulo III trata del seguro de personas, en el artículo 119 se regula los exámenes genéticos: “El asegurador está prohibido de exigir exámenes genéticos previos a la celebración de contratos de seguro y no puede condicionar la aceptación, vigencia o renovación de coberturas de seguro a la realización de dichos exámenes.”

Si bien, con ello se ha buscado proteger a los asegurados de los requerimientos de las compañías, resulta insuficiente esa regulación porque en los condicionados generales de los contratos de seguro de salud, las diversas compañías establecen como exclusión las enfermedades genéticas, con lo cual se sigue discriminando y afectando el derecho de los asegurados.

Por otro lado, el determinismo genético, que predominó durante mucho tiempo, está siendo superado. Es decir, la consideración de que los resultados de los análisis genéticos son determinantes y concluyentes respecto de las enfermedades que se pueden desarrollar ya no es tal. La información genética indica predisposiciones, los que se pueden obtener por diversos exámenes e incluso por los cuestionarios de antecedentes familiares. Además, para que se desarrollen las enfermedades es necesario que concurran otros factores como tiempo, modo de vida, alimentación, etc.

La salud, como parte de los derechos fundamentales de la persona, debe ser promovida desde diversos ámbitos, incluyendo los seguros. Es por ello que la información genética no debe ser considerado como elemento de exclusión o discriminación, todo lo contrario, debe servir para mejorar la calidad de vida de las persona así como promover la prevención en salud, con lo que se protege la integridad de las personas.

4. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa de Ley, no es contraria a lo que dispone la Constitución Política del Perú, y el efecto que va a tener se centra en lo referido al sistema de seguros.

5. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO:

El presente Proyecto de Ley, no generará ni demandará gasto alguno al erario nacional.

6. FÓRMULA LEGAL:

Por cuanto: EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la siguiente ley:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 119 DE LA LEY N° 29946, LEY DEL CONTRATO DE SEGURO

Artículo 1°.- Objeto de la ley

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 119 de la Ley N° 29946, Ley del contrato de seguro

Artículo 119.- Información genética

El asegurado está prohibido de exigir exámenes genéticos previos a la celebración de contratos de seguros y no puede condicionar la aceptación, vigencia o renovación de coberturas de seguro a la realización de dichos exámenes.

En caso que el solicitante se haya realizado el examen genético previo a la contratación del seguro, está en la obligación de brindar esa información a la compañía aseguradora y por su parte la compañía debe eliminar de las exclusiones las enfermedades genéticas así como evitar cualquier tipo de discriminación a las personas por su información genética o hacer uso de esa información más allá de lo autorizado por el asegurado y/o sus familiares consanguíneos hasta el tercer grado.

7. Lima, 27 de noviembre de 2016

8. Firmas