

ABSTRACT

INSURANCE AND DISCRIMINATION

WITH GENETICAL BASES

María Elisa BADILLO ALONSO

In the insurance area, genetic information that derives from Hugo's research obliges us to set again the juridic figure of the insurance contract. The quickly development of genetic technology, plays a very important roll in the relationship between the parties in the contract.

Genetic information has become a determine factor to agree on the celebration of this kind of contract.

The problem of discrimination under genetical bases, must be analyze from the points of view of the parties.

There is the existence of several postures regarding the usage of genetic information or data.

This postures respond to the interest of the parties to celebrate the contract and the benefits they will get from it. In one side we have the insurance companies, where genetic data is very useful in order to achieve a more accurate clasification of risks.

The usage of this type of information will allow that the insurance company controls their losts and profits, since they will be able to know the risks of each individual and the probability of those to take place.

The opposite position, is the one from the assured, who sees the usage of this information as a way of discrimination.

From this perspective, it is to be include that genetic data should be private and that can only be use with the person's permission.

SEGUROS Y DISCRIMINACION CON BASES GENÉTICAS

María Elisa BADILLO ALONSO

SUMARIO: I. [Seguros e información genética.] II. [Compañías aseguradoras.] III. [Solicitantes del contrato de seguro.] IV. [Fin del contrato de seguro.]

V. [Pruebas *genéticas*.] VI. [Discriminación.] VII. [Propuestas *internacionales para resolver el problema*.] VIII. [Conclusiones]

Antes de tratar el tema de los seguros y la discriminación con bases genéticas es necesario hacer algunas precisiones sobre el contrato de seguro y las partes que lo celebran. El contrato de seguro es la relación jurídica en virtud de la cual la empresa aseguradora, contra el pago de una prima, se obliga a relevar al asegurado, en los términos convenidos, de las consecuencias de un evento dañoso e incierto Vázquez del Mercado, Oscar, *Contratos mercantiles*, Porrúa, México, 1994, p. 270.

Así, la prestación de la aseguradora consiste en resarcir el daño o pagar una suma de dinero, mientras que la del asegurado se concreta al pago de una prima.

En el sistema jurídico mexicano sólo puede ser asegurador una institución autorizada por el gobierno.

El artículo 5o. de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, establece que el gobierno federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, otorgará discrecionalmente las autorizaciones para que se organicen y operen en materia de seguros, las sociedades constituidas en los términos de la misma ley.

El artículo 29 de la misma ley, señala que solamente una sociedad anónima puede ser institución de seguros, y por lo tanto debe constituirse conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por otra parte, el artículo 2o. de la Ley sobre el Contrato de Seguro, establece que las empresas de seguros sólo podrán organizarse y funcionar de conformidad con la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

El capital de estas sociedades no es un capital de explotación, sino que constituye un fondo de garantía, es por esto que las normas legales establecen de manera precisa su monto y cómo debe quedar invertido.

La persona del asegurado, es decir, aquel que queda protegido porque se cubre el riesgo que da origen a la celebración del contrato, generalmente es el titular de la prestación a que se obliga el asegurador, pues es el titular del interés asegurado.

Las compañías de seguros utilizan un procedimiento económico para hacer frente a las consecuencias de que el riesgo se actualice. Este procedimiento se denomina mutualidad, y consiste en repartir entre un gran número de personas expuestas a un riesgo de la misma especie, las pérdidas o daños que sufrirán las personas que lo tomen.

En la organización económica de la mutualidad, no todos los asegurados proporcionan aportaciones de la misma cantidad, debido a que participan de acuerdo con su propio riesgo.

Los asegurados deben efectuar sus aportaciones en una proporción que debe ser inferior, al compararla con los daños que pudiera sufrir con la realización del riesgo; su monto, sumado a los demás aportes individuales de los otros asegurados, tendrá que ser lo suficiente para permitirle al asegurador hacer frente a las indemnizaciones que deba pagar con la verificación del siniestro.

La función social del seguro es dar tranquilidad al asegurado por los posibles riesgos a los que está expuesto constantemente, de los cuales se siente liberado al ser asumidos por el asegurador.

Algunos autores consideran una doble función social del seguro: la primera, como creador de una conciencia general de solidaridad en el público, para afrontar en común las adversidades futuras; y la segunda, porque logra una captación de recursos por medio de percepción de las primas, los cuales pueden invertirse, generando así fuentes de producción, lo que implica desarrollo económico.

En relación con el contrato de seguro, es necesario analizar las repercusiones que tendrán los resultados del Proyecto Genoma Humano, en cuanto a la operación del mismo.

La información genética tendrá impacto sobre los contratos denominados seguros de personas, que consisten en el aseguramiento de todos los riesgos que puedan afectar a la persona del asegurado en su existencia, integridad personal, salud o vigor vital. Sólo el riesgo que atañe a la existencia del asegurado corresponde al seguro de vida, mientras que el de integridad personal corresponde al seguro contra los accidentes y la salud o vigor vital, al seguro contra las enfermedades o también a los accidentes, cuando a consecuencia de uno de ellos se presente una incapacidad, independientemente de su magnitud o de su duración.

I. SEGUROS E INFORMACION GENÉTICA

La rápida expansión de la tecnología genética nos obliga a hacer preguntas sobre la relación entre los solicitantes del seguro y las compañías aseguradoras.

La controversia que se ha generado a raíz del Proyecto del Genoma Humano, se basa en el uso de la información genética por parte de las aseguradoras, como requisito para contratar un seguro.

Se deben tomar en cuenta varios aspectos para analizar el problema, ya que existen posturas encontradas respecto al uso de la información genética por las compañías aseguradoras. Estas posturas tienen sus diferencias en los intereses que protegen cada una. Por una parte, encontramos a las compañías

aseguradoras, y por la otra, a los asegurados o solicitantes del seguro de vida y del seguro de enfermedades.

II. COMPAÑIAS ASEGURADORAS

Respecto a las compañías de seguros, la información genética puede serles de gran utilidad, ya que, a través de ésta, se podrán conocer con mayor precisión los riesgos específicos de una persona, y será posible hacer una mejor clasificación de los mismos.

Las aseguradoras alegan que tienen derecho a utilizar los beneficios que generará el Proyecto del Genoma Humano, es decir, que tienen derecho al acceso a la información genética de los individuos, para establecer si son asegurables o no. El manejo de este tipo de información permitirá al asegurador un mayor control sobre sus pérdidas y ganancias, pues se conocerán los riesgos de cada individuo y la mayor propensión a que éstos se actualicen.

Otro argumento en favor de las aseguradoras es que a través de la información genética pueden evitar la selección adversa. La selección adversa se da cuando el individuo tiene más información sobre el riesgo de tener una enfermedad que la empresa aseguradora, y basa su decisión de asegurarse en esa información. ASHG Ad Hoc Committee, Background Statment. Genetic testing and insurance, Am. J. Hum. Genet, 56, 332, 1995.

El seguro es un instrumento económico que tiene como finalidad reducir las necesidades económicas de una persona al producirse un hecho fortuito que afecta su vida o su salud. Esto se logra mediante un proceso de clasificación en el que se combinan un número suficiente de riesgos homogéneos en un grupo, en orden de hacer las pérdidas predecibles para el grupo como conjunto.

Una exitosa clasificación de los riesgos depende del acceso a toda la información disponible y relevante que tenga la aseguradora. Para responder a los asegurados al momento de producirse el siniestro, la compañía aseguradora debe hacer una buena clasificación de los riesgos, por esta razón la información genética es de suma importancia para establecer los cálculos actuariales necesarios para formar los grupos homogéneos.

III SOLICITANTES DEL CONTRATO DE SEGURO.

Esta postura sostiene que la información genética es privada y que sólo puede ser utilizada con el consentimiento de los individuos. La confidencialidad de la información respecto a la salud ha sido reconocida desde Hipócrates, y repetidamente protegida en escritos contemporáneos y en la ley <Idem, p. 336.>

Se afirma que los individuos no son responsables de su información genética, y que el hecho de ser portador de un gen con una mutación, de tener

predisposición a ciertas enfermedades y/o ser portador de ellas no es motivo para que se discrimine al individuo. De acuerdo con esta postura, la discriminación existe cuando al individuo se le niega el acceso a la contratación del seguro, debido a la información genética que posee.

En cuanto a la confidencialidad de la información genética, se argumenta que el individuo es el único que puede decidir el manejo de la misma. Por lo tanto, toda información recogida sobre características genéticas de las personas, debe ser procesada y conservada en forma confidencial, y con el sólo propósito del diagnóstico, prevención y tratamiento médico, o para investigación con el consentimiento de la persona.

Desde esta perspectiva, se considera que la información genética es patrimonio de la humanidad, ya que contiene toda la información referente a las características biológicas más importantes del ser humano.

IV. FIN DEL CONTRATO DE SEGURO

El contrato de seguro se basa en el concepto de riesgo, que se define como una eventualidad dañosa que al verificarse crea una necesidad de carácter patrimonial. *El contrato de seguro*, Porrúa, México, 1978, p. 1.>

Nadie queda exento de la muerte, sin embargo, algunas personas fallecen a consecuencia de serias enfermedades a temprana edad o quedan incapacitadas. El contrato de seguro tiene como finalidad cubrir las necesidades económicas, ocasionadas por un hecho fortuito que afecta la vida, salud o vigor vital de una persona.

Los seguros se contratan para reemplazar ingresos o para pagar servicios médicos en el caso de que un evento inesperado tenga lugar.

La industria comercial de los seguros ha servido tradicionalmente para la importante función de proporcionar a las personas la oportunidad de compartir el costo de sus riesgos entre una gran comunidad, y por otro lado, ha autorizado legítimamente a las compañías aseguradoras para obtener una ganancia de esto.

Cuando las políticas de seguros se apoyan más en riesgos de un pequeño grupo de individuos, esta función social se pierde. Esto se debe a que la capacidad de identificar y excluir altos riesgos individuales puede dar como resultado una situación paradójica, en la cual resulta más fácil obtener un seguro a las personas que menos lo necesitan. Se ha discutido a nivel doctrinal que la información genética afecta el elemento riesgo en los contratos de seguro.

A este respecto encontramos dos posturas; una que considera que el riesgo no es vulnerado, ya que aunque se tenga la certeza de que sucederá el evento dañoso, no se podrá precisar cuándo Menéndez Menéndez, Aurelio. El código

genético y el contrato de seguro en varios. *El derecho ante el proyecto del genoma humano*, FBBV, España, 1994, vol. III, p.34.>

La segunda postura, a la cual me adhiero, establece que el análisis del genoma pondrá de manifiesto gran número de predisposiciones patológicas del asegurado, que no eliminarán la incertidumbre acerca de cuando se presentarán, sin embargo a partir de estos datos se podrá hacer un cálculo más específico de que el riesgo se actualice en relación con el normal. Por lo tanto, el elemento riesgo sí se ve afectado.

V. PRUEBAS GENÉTICAS

Uno de los grandes temores de la sociedad en relación con los seguros, es que las aseguradoras puedan realizar pruebas genéticas, sin embargo es poco probable que las compañías de seguros elaboren programas de detección generalizada de enfermedades genéticas en un futuro inmediato. Esto se debe a que el costo de obtener información genética mediante este tipo de pruebas será mayor que la contribución de la información para tomar decisiones inteligentes de selección de riesgos. Capron M, Alexander, Seguros y genética: un análisis lleno de significado, *idem* p. 25.>

Esto no quiere decir que las compañías aseguradoras no estén interesadas en conocer cualquier dato sobre riesgos genéticos que los solicitantes ya conozcan.

La predicción genética no requiere necesariamente las tecnologías de biología molecular, desarrolladas por el Proyecto del Genoma Humano. Las aseguradoras pueden allegarse información genética suficiente, para indicar si una persona tiene riesgo de padecer un trastorno genético por otros medios, como sería el historial clínico. Existen infinidad de pruebas de uso cotidiano que no son de carácter genético, sin embargo, al practicarlas, se puede diagnosticar una enfermedad genética.

En los seguros de vida, salud e incapacidad se requiere asesoría médica para otorgar el seguro, pero la naturaleza de la misma varía de acuerdo con cada tipo de seguro.

El punto a tratar es que no hay una frontera clara entre las pruebas genéticas y no genéticas, por ejemplo, una radiografía no es una prueba genética, sin embargo se puede utilizar para diagnosticar una enfermedad genética como la acondroplasia.

Hay que señalar que existe una diferencia fundamental entre las pruebas usadas para predecir un acontecimiento futuro y las pruebas empleadas para diagnóstico. En el primer caso, el evento no ha ocurrido y puede nunca ocurrir, mientras que en el segundo ya tuvo lugar.

Para una compañía aseguradora, la esencia de esta máxima permite asegurar a una persona con alto riesgo de contraer una enfermedad, a pesar de la gravedad del mismo, sin embargo, no se puede asegurar a un individuo cuando

se descubre que está enfermo .Pokorski, Robert J., Insurance underwriting in the genetic era, *Am. J. Hum. Genet.*, 60, 205, 1997.>

Este es un principio económico que los aseguradores no pueden ignorar.

VI. DISCRIMINACION

Respecto a la negación del contrato de seguro fundada en la información genética, se habla de discriminación cuando la negación del mismo no se basa en datos económicos y en cálculos actuariales. La información genética puede ser de gran utilidad para las compañías de seguros con el fin de mejorar la selección de riesgos asegurables.

Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de Canadá define la discriminación como:

una distinción, intencional o no, pero fundada en motivos relativos a las características personales de un individuo o grupo de individuos, que tiene por efecto imponer a ese individuo o grupos de individuos, cargas, obligaciones o desventajas no impuestas a otros, o impedir o restringir el acceso a posibilidades o beneficios y a ventajas ofrecidas a otros miembros de la sociedad.

Revue du Barreau, t. 52, núm. 2, abril-junio, 1992.

Es conveniente señalar que el objetivo del seguro es permitir a los individuos una protección financiera contra los azares de la vida. La información genética puede ser utilizada por las aseguradoras como una manera de hacer selección adversa, al no retener como clientes a aquellos que presentan los riesgos que les son más desfavorables. Igualmente, las aseguradoras podrán utilizar esa información como medio de seleccionar los riesgos asegurables de manera más justa y equitativa para el conjunto de asegurados. La selección de los individuos en materia de seguros se apoya en un sistema de clasificación de los riesgos, justificada por datos actuariales científicamente reconocidos. A partir de esa información, recogida junto con la del asegurado, el asegurador identifica el grupo al que pertenece el asegurado, para fijar la prima o rechazar el seguro.

El problema de discriminación, en esta materia, resulta cuando se hace una distinción, intencional o no, fundada sobre un aspecto de la persona, del cual ésta no es responsable, y que restringe su acceso a ciertas ventajas ofrecidas a otros miembros de la sociedad. El genotipo particular de una persona puede tener como efecto el restringir su acceso a un nivel de ventajas o privilegios sociales.

Existe una diferencia entre las pruebas genéticas que permiten detectar si una persona desarrollará una enfermedad, como por ejemplo la Enfermedad de Huntington, y el diagnóstico de individuos sanos, portadores de enfermedades

que se transmiten a la descendencia, cuando la concepción se da con una persona que a su vez es portadora de la misma enfermedad.

El desarrollo de la mayoría de las enfermedades, en buena parte, depende de muchos factores como el medio ambiente, el medio de trabajo, el lugar de residencia, las costumbres, etcétera. El comportamiento de la persona será muy importante, según la tasa de pro-habilidades de desarrollar la enfermedad. Este tipo de información interesa a las compañías aseguradoras para la evaluación de los riesgos propios del individuo.

La principal fuente de discriminación será posiblemente la que se base en el concepto de desventaja o de percepción de la desventaja. Por ejemplo, el hecho de ser portador de un gen recesivo puede ser considerado de manera errónea como un estado patológico latente, y traer como consecuencia la negación del seguro. *Ídem*, p. 232.

Por otro lado, otras enfermedades genéticas de desarrollo tardío tienen expresiones variables debido a factores múltiples. Por lo tanto, la expresión de la enfermedad no es uniforme ni universal, y es difícil establecer parámetros generales de grupo a partir de casos particulares: En razón de la ignorancia, ciertos criterios mal entendidos pueden ser móviles para que se lleven a cabo prácticas discriminatorias.

Debido al avance científico, es válido afirmar que la utilización de la información genética, sobre la base de una deficiencia genética, puede tener como consecuencia prácticas discriminatorias en materia de seguros.

La definición de discriminación de la Suprema Corte de Justicia de Canadá permite a los individuos, portadores de enfermedades genéticas que no se manifiestan todavía, invocar la discriminación fundada en una deficiencia genética, si un asegurador les niega una póliza de seguro, basándose en ese tipo de características personales que en el momento no pueden ser justificadas por datos actuariales científicamente establecidos.

habla entonces de las desventajas de prejuzgar y de generalizar juicios contables establecidos. Se debe prevenir jurídicamente este tipo de comportamientos, para evitar que se produzcan fenómenos de discriminación disimulados o sin fundamentos económicos.

En relación con los seguros, la discriminación puede ser efectuada de manera directa o indirecta. Por un lado, se discrimina a un individuo por su pertenencia a un grupo, y también cuando se aplican reglas o prácticas que no son necesarias para la estabilidad económica de la compañía.

La solución para resolver este conflicto consiste en que las compañías aseguradoras realicen una clasificación de riesgos objetiva, en la que incluyan a individuos cuyo riesgo es superior a la media, en vez de cobrarles una prima excesiva o negarles el acceso al aseguramiento.

VII. PROPUESTAS INTERNACIONALES PARA RESOLVER EL PROBLEMA

Algunos autores canadienses consideran que se debe crear un contrato de seguro con una mayor carga social, fundado en los principios de reciprocidad y mutualidad, que permitan tener una posición de igualdad genética, < *Idem*, p. 240.> fundada en las diferencias individuales, porque las enfermedades genéticas afectan también a familias y a la colectividad de individuos.

Se considera que es válido reflexionar sobre la posibilidad de crear una nueva clasificación de riesgos para responder a las particularidades de la información genética y permitir un ajustamiento en las reglas del mercado de seguros.

A pesar de todas las posibilidades que se podrán obtener, gracias a la utilización de la genética como medio de rastrear a las personas que constituyen los riesgos más costosos por las compañías de seguros, se debe más bien encontrar una técnica para evaluar los costos y los beneficios, tanto para las compañías de seguros como para la sociedad.

En los Estados Unidos de América, se ha promulgado leyes locales para proteger a los individuos que se les niega el seguro de salud con base en su información genética.

Desde que empezó el Proyecto del Genoma Humano en 1990, ocho estados han adoptado alguna forma de protección contra la discriminación genética en el seguro de salud. Hudson, Kathy L., Karen H. Rothenberg et al. Genetic discrimination and health insurance: an urgent need for reform, *Science*, vol. 270, octubre, 1995, p. 392.>

Las leyes estatales producidas no se han limitado a un rasgo genético específico, pero se aplican potencialmente a un número ilimitado de condiciones genéticas.

Estas leyes estatales prohíben a las aseguradoras negar la cobertura del seguro, basándose en los resultados de pruebas genéticas, y prohíben también el establecimiento de primas con tarifas diferentes o beneficios limitados. Algunos estados, como Oregon y California, crearon una protección contra la discriminación en las prácticas de seguros, al establecer la prohibición a las empresas aseguradoras de pedir y revelar la información genética sin autorización.

En los Estados Unidos, la regulación jurídica de los seguros es estatal, sin embargo existe una propuesta para legislación federal, que se encuentra en discusión en el Congreso, denominada *The Genetic Privacy Act*. Esta propuesta de ley establece que el bien jurídico protegido en la misma, es la privacidad de la información genética, que se define como:

Cualquier información sobre un individuo identificable que se derive de la presencia, ausencia, alteración o mutación de un gen o genes, o de la presencia

o ausencia de un marcador o marcadores específicos de ADN, y que ha sido obtenida:

1. De un análisis del ADN del individuo;
2. De un análisis del ADN de una persona de la cual el individuo es pariente.

Al conocerse el código genético de un individuo, se pueden hacer consideraciones sobre la información de la salud de su familia, especialmente de los padres y de los hijos.

La propuesta de ley establece que para proporcionar una efectiva protección a la privacidad de ésta información, se debe prohibir cualquier tipo de pruebas y análisis de ADN no autorizados. Se protege la privacidad de la persona al prohibir a extraños el acceso o control a las muestras identificables de ADN o a la información genética, a menos que el individuo, específicamente, autorice la colección de esas pruebas para el propósito de análisis genético, autorice la creación de esa información privada, y tenga acceso al control y diseminación de esa información.

En Holanda, los seguros de vida inferiores a 200 mil florines, que son 3 mil 992 dólares, no pueden incluir información genética. Esta solución es positiva porque logra un equilibrio razonable en la protección del acceso a los seguros, sin crear presiones para una selección adversa. Además, prohibir todos los requisitos médicos evita el problema terminológico de diferenciar entre las pruebas médicas que son genéticas y las que no lo son. Rothstein, Mark. La regulación de los seguros de asistencia sanitaria y de vida, ante el reto de la nueva información genética, en varios, *El derecho ante el proyecto del genoma humano*, España, FBBV, 1994, vol. III, p. 55.

Por lo que se refiere al derecho mexicano, la Ley sobre el Contrato de Seguro regula el seguro de vida y el de accidentes y enfermedades, sin embargo estos últimos no están desarrollados en la ley de manera extensa, lo que puede ser una fuente de abusos y problemas con relación al manejo de la información genética en un futuro. El reto es crear una amplia legislación sobre este aspecto, en atención a los beneficios y problemas que nos proporcionará la investigación genética en el futuro.

VIII. CONCLUSIONES

Es importante saber cómo se manejan las aseguradoras, para determinar en qué momento la negación del seguro corresponde realmente a factores económicos, que de no tomarlos en cuenta causarían un problema a la compañía. Desde esta perspectiva, es válido que las aseguradoras argumenten que cubrir riesgos, sin conocer la información de los individuos, puede tener como consecuencia la falta de capacidad para poder responder al asegurado, al realizarse el siniestro.

Es de suma importancia entender que si no se tiene la información necesaria para estimar el riesgo, no puede haber clasificación de riesgos, y sin ésta no puede haber seguro privado.

El punto más relevante de esta idea es que prohibir el uso de la información predictiva, genética o no genética, constituye un golpe a un principio fundamental de funcionamiento de la empresa de seguros.

También debemos entender que las compañías aseguradoras no fueron creadas para prestar servicios públicos, sino para obtener un lucro lícito mediante la distribución de los riesgos de los individuos.

Considero que la protección jurídica que se dé a la información genética, en el futuro será la pauta para resolver la problemática de la discriminación en materia de seguros, causada por el cartografiado del genoma humano.