

Título: Intimidad y derecho a la verdad filiatoria

Autor: Basset, Úrsula C.

Publicado en: EBOOK-TR 2023-1 (Gelli), 1

Cita: TR LALEY AR/DOC/655/2023

Sumario: I. Los presupuestos.— II. Los nuevos escenarios.— III. La "verdad filiatoria" y el anonimato: entre la adopción, la filiación biológica y las técnicas de reproducción asistida.— IV. ¿Qué derecho a la intimidad frente al nuevo escenario de la "verdad filiatoria"?— V. Conclusiones provisionales.

(*)

I. Los presupuestos

Confrontar el derecho a la intimidad con el derecho a la verdad filiatoria tiene algunos presupuestos.

En primer lugar, supone que hay un derecho a la intimidad, cuyo titular es un individuo que integra potencialmente una relación de familia (un padre presunto, un hijo presunto). Se ha hecho común afirmar que se ha pasado del derecho de familia, al derecho de cada individuo en las relaciones de familia. Esta idea se contraponen a la noción de una unidad familiar que tiene derecho a la privacidad sin injerencias ilícitas por parte del Estado, así como la conocemos en el derecho tradicional hasta probablemente mediados de la década del '80 del siglo pasado, cuando comenzó a desarrollarse la doctrina de la constitucionalización del derecho privado. Es un nuevo paradigma que ve a la familia como una sumatoria de individuos, con derechos humanos a la intimidad eventualmente contrapuestos, que el Estado debe proteger.

En segundo lugar, presupone que hay una "verdad filiatoria" que se entiende, a partir de los años '90, bajo el sesgo de lo biológico. Recuerda la pregunta bíblica: "¿Qué es la verdad para la filiación?". Para quienes hablan de una "verdad filiatoria", todo lo que no refleje el vínculo biológico es no sería una "verdadera filiación" o una "verdadera identidad". Un lenguaje así se encuentra en diversos fallos de la Corte Interamericana, y da a entender que existe una filiación o identidad falsas, cuando no reflejan el vínculo biológico [\(1\)](#).

El derecho subjetivo (humano) a la verdad filiatoria fue reconocido por tribunales regionales y se encuentra plasmado en la Convención sobre los Derechos del Niño en la denominada cláusula argentina (art. 8° CDN). Para la Argentina, la verdad filiatoria cobra gran importancia debido a los hijos de las personas desaparecidas, que, a veces, por sustitución de identidad, fueron criados por terceros sin conocer sus orígenes. En general, es un tema que se ha vinculado con el secreto adoptivo, es decir, con los niños que son adoptados tempranamente y respecto de cuya historia personal los padres adoptivos callan, recreando así una suerte de filiación biológica por vía narrativa. El mismo derecho suele relacionarse a los casos en los que los niños no conocen a sus progenitores biológicos, por ejemplo, por parto anónimo en los países en que esta práctica está permitida, o porque se trata de una filiación extramatrimonial y el padre no reconoce o no se sabe quién es.

Dado que el sistema hacía reposar la "verdad filiatoria" sobre la biología, y que la ciencia permitía acceder con una precisión casi absoluta a la determinación biológica de la paternidad o maternidad, el derecho al establecimiento de la filiación fue entendido de tal suerte que, si el ADN determinaba que una persona era hija de otra, el derecho debía establecer la filiación jurídica sin más consideraciones. Sin embargo, esto era nuevo para el derecho. Hasta ese momento, para el derecho la filiación era una valoración compleja que hacía el derecho, una alquimia entre elementos sociales, biológicas, de cuidado futuro y de interés del niño [\(2\)](#). El nuevo derecho biologicista engendraba progenitores, no padres.

Al amparo de esta concepción biologicista de la filiación se fue adelgazando el derecho a la intimidad. Cuando había que hacer un balance entre el valor del derecho a la intimidad, comparado con la facilidad y el carácter levísimamente invasivo del test de ADN, la justificación de la resistencia a tomar la muestra no parecía justificativo razonable en la mayoría de los casos.

Por último, es necesario considerar que la verdad biológica tiene como telón de fondo una filiación bisexuada, dado que, hasta hoy la reproducción en sentido biológico, en principio, solo procede con gametos femeninos y masculinos. Esto resulta particularmente llamativo en el Código Civil y Comercial Argentino de 2015: mientras que el legislador ha preferido hablar de filiación y de progenitor para evitar hablar de padre y madre, este lenguaje le resulta imposible de evitar en la paternidad biológica extramatrimonial, en donde la determinación depende, precisamente, de la reina de todas las pruebas: el análisis genético, que solo puede arrojar... un padre. Son las inconsistencias de una regulación que mantuvo el paradigma biologicista para la filiación "por naturaleza" (según la denominación del Código) y "por adopción", pero borró toda referencia a la biología en la filiación "por técnicas de reproducción humana asistida", que se regula por el nuevo paradigma "voluntarista" (la autonomía de la voluntad de los padres de intención).

II. Los nuevos escenarios

Ahora bien, estos presupuestos han entrado en crisis por varias razones.

II.1. La "desbiologización" del derecho filiatorio

La primera razón es la denominada "desbiologización" del derecho, en términos del gran jurista brasileño Villela (3). En la época de la máxima transparencia genética, y precisamente para hacer uso de los "progresos de la ciencia" (4) el derecho creó un nuevo derecho a establecer la filiación de forma absolutamente despojada de la biología. Un extremo llama al otro extremo, en ambos casos la complejidad de la filiación humana se queda afuera. No tiene nada que ver con la adopción, que es una filiación que contiene elementos complejos, pues se reconoce los elementos biológicos (los "progenitores de origen"), pero también la idoneidad, el interés del niño, el cuidado, y el respeto a la identidad genética. Se trata de las filiaciones "voluntarias", en las cuales la biología o lo genética no juegan ningún rol. Ni siquiera hay un deber de informar al hijo de su origen genético, sino que los padres tienen un derecho absoluto sobre el establecimiento de la filiación, al punto de que el hijo no tiene acción filiatoria alguna.

Alguno afirma que lo mismo sucede con el reconocimiento. No es verdad, como bien se ha dicho: el reconocimiento se apoya sobre la biología, pues el derecho presume que nadie asumiría el cuidado de un hijo ajeno por toda la vida, si no tuviera una convicción de que es un hijo propio (5). La presunción, que es lo que más frecuentemente sucede, es que, en la mayoría de los casos, cuando un hombre reconoce a un niño, es porque piensa que es su progenitor biológico. Es decir que en el reconocimiento hay elementos complejos en la determinación de la filiación.

La desbiologización se da de bruces con los datos de la ciencia. Hoy en día, los estudios sobre los gemelos monocigóticos demuestran que entre un 30-60% (6) o en un 50% (7), muy posiblemente mucho más por la incidencia de la genética en los factores epigenéticos (8), la identidad humana depende de la información genética, que, además, condiciona el despliegue de la personalidad.

En todos los casos en que la filiación es monosexuada (dos padres, dos madres), para el niño es evidente que la filiación biológica no lo liga a ambos progenitores, sino tal vez solo a uno de ellos, y que el otro progenitor genético, de otro sexo, es desconocido (9).

Esta comprobación científica significa que cuando el derecho determina la filiación haciendo abstracción del dato genético, está mutilando a la persona humana de un alto porcentaje de su identidad. Esto no es un "robo de datos", más bien es una forma de falta de reconocimiento de la personalidad jurídica y una violación a los derechos humanos fundamentales.

Para el análisis de proporcionalidad entre el derecho a la intimidad y la verdad filiatoria, ¿debemos pensar a partir de esto que hay otras "verdades filiatorias"? ¿Es el vínculo socioafectivo una nueva "verdad filiatoria"? ¿La voluntad procreativa de los padres es una "verdad filiatoria"? ¿Habría que contrastar la intimidad con estas otras "verdades" para determinar la filiación?

II.2. La intimidad en la era del direct-to-consumer DNA test y de la omnipresencia de muestras de ADN

La segunda razón depende de avances ulteriores de la ciencia, que colocan el debate intimidad-derecho a la filiación en otros nuevos escenarios.

Un caso muy conocido y que es un lugar común de referencia es el caso del "Golden State Killer". En el caso, la policía contaba con una muestra de ADN que no estaba en ninguna base de datos. Se tomó la decisión de subir la muestra a la base de datos genéticos abierta GED-match. Así comenzaron a aparecer parientes lejanos del homicida serial. Cerrando el círculo, pudo llegarse a determinar quién era el asesino a partir de una muestra de ADN tomada de desechos (10). Aquí había un banco público, pero la privacidad del asesino dependió de la decisión sobre la privacidad genética de sus parientes lejanos. El balance de proporcionalidad parece razonable, pero deja en evidencia cómo dependen decisiones de personas con las que hay un grado de parentesco remoto, en las decisiones personales de protección de la privacidad genética.

Se plantea, entonces, otro problema. Se han difundido los test genéticos que van directo al consumidor (direct-to-consumer genetic test), del estilo de 23-and me. Cada vez que se solicita un test de esa índole, puede optarse por permitir que los datos sean parte de la base de datos pública o no. De este modo, la disponibilidad de datos de ADN se amplifica enormemente, agostando la privacidad de personas que no eligieron esa publicidad genética. Las secuencias de ADN pueden provenir de la investigación científica, con fines clínicos o recreacionales.

A la par, las muestras genéticas se pueden tomar de tantos elementos, que se hace cada vez más difícil guardar la privacidad. El derecho ha pensado diversos remedios para proteger la privacidad en estos casos. Hay intentos legislativos de limitar el familiar searching (búsqueda de familiares) requiriendo eventualmente una orden judicial o prohibiendo el uso de las muestras para otro fin que para el que fueron requeridas. Otras formas

de impedirlo son prohibiendo la reidentificación de las muestras, encriptando los datos, o estableciendo procedimiento de blockchain para las secuencias genéticas (11). Otra alternativa es solicitar el "reconocimiento" de su dueño ante la requisitoria de usar una muestra (12), aunque eso le daría al pariente biológico un poder de aprovechar la posición en la que se encuentra para revelar o no esos datos.

Se ha sostenido que la información que surge de los datos genéticos en bases de open access si se divulga, acabaría por dañar las políticas de confianza de las empresas (13). Sin embargo, pueden estar accesibles a procesos de análisis de big data e inteligencia artificial (14).

Otros sostienen que no se trata de prohibir el uso de los datos (tarea imposible), sino más bien establecer cómo pueden usarse, en qué contextos y en qué condiciones (15).

A su vez, la discusión en torno a la protección de los datos genéticos se plantea en el terreno del consentimiento informado (16). Así se establece que siempre el paciente debe ser informado de que su identidad o la de sus familiares puede ser descubierta a través de cualquier muestra. Esto es siempre una posibilidad, aún frente a la oposición de a la divulgación de los datos. Un juez puede dar una orden a tal efecto o incluso puede haber un bio-hacker.

En líneas generales, si antes esclarecer la dicotomía entre intimidad y parentalidad dependía de un debate judicial entre derechos subjetivos a la intimidad del padre, la madre o los hijos; ahora la accesibilidad de los datos genéticos (y consecuentemente las formas de violación de la intimidad) tienen una pluralidad de nuevas alternativas que se juegan en terrenos posiblemente distintos al debate jurisdiccional.

II.3. De la identidad e intimidad de los donantes a reconstruir la familia genética

Hoy día, muchos datos resultan accesibles porque quienes se realizan exámenes genéticos tildan la casilla que da libre acceso a los resultados a cualquiera que consulte. Así, en bases de datos como "ancestry.com" o "23andme" es posible encontrar a medios hermanos o hermanas concebidos por el mismo donante de esperma.

La página web "donorsiblingregistry.com" contiene asesoramiento e historias respecto de este reencuentro de medios hermanos. Se trata de una organización de beneficencia. En la página, afirman haber conectado más de 18.000 medio hermanos. Por ejemplo, la siguiente: "Fui donante cuando tenía 20 años y necesitaba algo de dinero adicional. Nunca pensé demasiado en ello desde entonces en las décadas siguientes, hasta que una de mis hijas me contactó. Ella me encontró, y encontró a dos medios hermanos por vía de un test de ADN. Nunca pensé que regalándole a mis padres un test de ADN para estudiar su genoma podría suceder esto".

Otra página web de consulta común es "wearedonorconceived.com", que explica los pasos para localizar a los padres o medios hermanos. Por otro lado, dos notas del New York Times de 2019 (17) y 2020 (18) se relatan historias de reencuentros entre medios hermanos y el padre-donante.

En el primer caso, el de 2019, se trata de un joven concebido con donante anónimo. Contaba con el número asignado al donante, y con ese número se registró en el banco más amplio de Estados Unidos —el "California Cryobank"—, para buscar diblings (por siblings —hermanos— que surgen del mismo donante). Poco a poco comenzaron a aparecer medios hermanos que también estaban en búsqueda. Desde luego que este encuentro resultó por dos razones: a) el protagonista de la historia había sido informado de cómo fue concebido; b) los otros hermanos que se encontraron con él, también y tuvieron la curiosidad de enterarse. Es notable que en muchos casos esta falta de conocimiento recíproco de los medio hermanos los expone eventualmente al incesto. Llamativo es también que, para algunos sistemas jurídicos, como el argentino, esto resulte irrelevante.

En un estudio científico de 2009 sobre las experiencias de los padres de intención que acompañan a sus hijos concebidos por donantes en estas empresas de reconstruir la familia genética, los entrevistados (tanto padres como hijos concebidos por técnicas) relatan que los resultados fueron positivos y muy enriquecedores (19).

II.4. Las paradojas que surgen de la era de la transparencia y de la desbiologización

La paradoja se expresa gráficamente en la declaración de una de las madres de diblings en el reportaje del New York Times de 2020: "Es una extraña contradicción para mí, porque al ser alguien queer, siempre he querido redefinir la familia y no poner el énfasis en la genética, pero hay una algo especial en esta conexión entre diblings" (20).

Son estas contradicciones las que demuestran que el debate sobre qué es ser padre y qué es ser hijo, y cuáles son los límites de la privacidad no están saldados. Sobre todo, a la luz de los debates emergentes de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida y la regulación que favorece el anonimato de donante.

III. La "verdad filiatoria" y el anonimato: entre la adopción, la filiación biológica y las técnicas de reproducción asistida

Lo cierto es que para responder al tema que nos convoca, primero es necesario entender qué es la "verdad

filiatoria" hoy (21). Y la verdad es que hay muchas verdades distintas, según el tipo de filiación de que se trate, no solo en Argentina, sino también en el derecho comparado. Por lo tanto, ya no se trata de intimidad en términos de datos genéticos, sino posiblemente de cualquier dato que permita establecer la filiación en las diversas formas en las que esta hoy puede ser establecida.

¿Abarcará esto también la socioafectividad? ¿Podrá invocarse la privacidad frente a la posesión de estado (pública y notoria)? Porque si bien los procedimientos de las técnicas de reproducción humana asistida se realizan en un centro de salud, lo cierto es que los registros de estos procedimientos deberían existir y hay deberes de garantía del Estado. La concepción se exterioriza y se precisa al punto de que se conoce el momento exacto en que hay una existencia de un nuevo ser humano. Son las "nuevas coreografías ontológicas" del comienzo de la existencia humana (22). No es lo que sucede en la privacidad del engendramiento biológico, que ocurre casi siempre en espacios íntimos y el hecho del engendramiento es desconocido en el momento en que ocurre hasta por los propios padres, que solo se enteran semanas más tarde, tal vez.

Hay varias cuestiones a analizar para responder a esta primera pregunta acerca de la "verdad filiatoria". Para saber qué privacidad para qué verdad, primero es necesario advertir el desdoblamiento de la verdad filiatoria. A continuación, se analizan algunos de los problemas implícitos en el debate actual.

III.1. Las variantes del derecho a la verdad y sus contrararas: derecho a la información, derecho a la identidad o a los orígenes, derecho a tener relación, derecho a emplazarse como hijo

El derecho a la "verdad filiatoria" se desdobra en matices. Puede consistir en el derecho a tener la información sanitaria o descripción de datos físicos del donante, el derecho a acceder a su identidad con nombre y apellido, el derecho a tener una relación con la persona cuya identidad se determina y el derecho a emplazarse como hijo de esa persona. Es una escala de grises del derecho a saber.

Tantas como son las variantes del derecho a la verdad, son sus contrararas. Puede ser permitido o querer ejercer el derecho a conocer la información, pero no a la identificación (el caso de una de las dos acciones en el derecho argentino para los niños concebidos por técnicas); puede ser que se acceda a la identificación, pero no se desee tener relación alguna. Puede ser que se garanticen todos los accesos, sin abrir la puerta al emplazamiento filiatorio. En el último caso, la persona que aportó los gametos funcionaría como un progenitor de origen en la adopción plena: seguiría siendo progenitor, podría tener contacto, pero no tendría la titularidad de la responsabilidad parental.

Cada derecho decide dónde traza la línea entre la privacidad del hijo y la privacidad del donante o del progenitor, cualquiera sea el tipo de filiación de que se trate. La fórmula en que resuelve cada sistema jurídico dice mucho del valor que atribuye a los derechos del niño por sobre los de los adultos, cómo concibe esos derechos del niño, y cómo concibe la filiación (la importancia que da al componente genético, la importancia que asigna a otros componentes).

Como vimos en el segmento anterior, el balance argentino demuestra un derecho a saber muy agresivo a favor del hijo en la filiación biológica y adoptiva, que adelgaza el derecho a la intimidad para salvaguardar el interés del niño o del hijo; contra un derecho a la intimidad imponente en los hijos concebidos por técnicas, que si bien tienen recurso para ser informados de los datos y pueden solicitar judicialmente conocer la identidad del donante, no tienen asegurado ninguno de los dos derechos, pues no hay un deber de informar por parte de los progenitores, ni obligación de llevar registros que asegure la efectividad de este derecho. Es una asimetría que se explica en lo que podría llamarse el "mejor interés de los centros de salud", y que se basa sobre la premisa no comprobada de que habría menos donantes si se levantara el anonimato. En todos los casos, la opción argentina para los niños concebidos por técnicas es adultocéntrica.

En todo caso, a mayor agresividad del "derecho a saber" y a mayor amplitud de su contenido, más afectación del derecho a la privacidad del progenitor genético. En consecuencia, a mayor afectación del derecho a la privacidad, más resguardos del derecho en conceder el acceso a la información. Pronto veremos, sin embargo, que la dicotomía verdad-privacidad es insuficiente para dar cuenta del problema, ya que en estos casos hay también otros intereses en juego.

Por otra parte, hay que ver que en la relación padre-hijo es difícil plantear el derecho a la privacidad en términos de un derecho subjetivo individual, ya que es una privacidad compartida: cuando se toma como derecho individual, se desfigura el hecho de que el dato genético o de otra índole que hace al vínculo paternofamiliar, es indivisiblemente compartido. Yo soy madre o padre, porque tú eres hijo, y tú eres hijo, porque yo soy padre. La identidad es relacional e indivisible, por eso la privacidad es un espacio compartido.

III.2. Medios para garantizar el derecho a saber

Entre los medios para garantizar el derecho a saber se cuentan el establecer una obligación en cabeza de los

padres de informar al niño acerca de sus orígenes o la registración estatal. La obligación de informar por parte de los padres resguarda mejor la privacidad del niño, pues los registros, aun cuando no sean públicos, siempre pueden filtrarse. Sin embargo, establecer en cabeza de los padres el deber de informar puede no garantizar suficientemente los derechos del niño: ¿cómo saber si cumplieron con ese deber sin invadir la privacidad familiar? (23).

En Argentina, el deber de "hacer conocer" se impone en el Código Civil y Comercial a los adoptantes (24). En la filiación por naturaleza "se debe instar a la madre la madre a suministrar el nombre del presunto padre" y "se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas de una manifestación falsa" (25). Eventualmente, las mujeres que ocultaron la paternidad dolosamente han recibido condenas en daños y perjuicios en favor de los padres e hijos damnificados (26).

Sin embargo, en los niños concebidos por técnicas, ese deber de informar fue deliberadamente excluido de la regulación. Sin haber sido informados acerca de cómo fueron concebidos, los niños concebidos con donante no tienen elemento alguno que los impulse a averiguar información sobre el donante o su identidad. La acción que les confiere el Código Civil y Comercial a tal efecto se tornará ilusoria.

En Inglaterra, en cambio, prevaleció el criterio de que la información constara en el registro y la partida de cada niño, para que el niño supiera inmediatamente cómo fue concebido. De esta forma se evita tener que descansar en que los padres tomen o no la iniciativa de informar (27).

Para que el derecho a saber sea efectivo, como vimos, es necesario también que haya registros obligatorios por parte de los centros de salud, cuya falta de implementación o implementación defectuosa acarreen sanciones graves (28). Para proteger la intimidad, estos registros deben, sin embargo, ser confidenciales y tener un régimen restrictivo de acceso. Esto, que sucede en la mayoría de los países europeos, no sucede en la Argentina (29). También aquí falla el principio de efecto útil en la regulación nacional. Un niño que se proponga averiguar sobre su identidad puede encontrar que la clínica perdió todos los datos y, puesto que no hay obligación de resguardarlos, no tiene expedita la acción para reclamar daños y perjuicios. Tal vez por el tenor adultocéntrico, la intimidad, como veremos, está mejor protegida que el resguardo de los datos. Es muy posible que una acción bien formulada prospere, si se invocan los deberes de garantía del Estado respecto de la privación de cualquier elemento de la identidad (arts. 7° y 8° CDN) y sería interesante que se presente un caso, para provocar un cambio en un estado de cosas tan injusto.

III.3. Reglas generales, reglas asimétricas o caso por caso

La determinación del equilibrio entre verdad filiatoria e intimidad: ¿debería hacerse considerando las circunstancias de cada caso, usando reglas asimétricas para cada tipo de filiación o utilizando reglas generales?

El estado del arte del debate se describe muy bien en un estudio de la experta británica Jane Fortin (30). Si bien otrora, como muchos de los autores nacionales, defendía la biología a ultranza, aun cuando eso implicara un daño a la estabilidad familiar del niño, su interés superior incluso, cuando el niño no querría saber; ahora su visión es más matizada y ella piensa que un juicio de proporcionalidad debe ser hecho caso por caso, teniendo en cuenta el derecho a saber, el derecho a no saber, la estabilidad, el interés del niño y el juego de intereses de los adultos que, en definitiva, cuidarán de él.

Otra vez, hay un detrás de escena para la pregunta: ¿son comparables la adopción, la filiación por técnicas y la filiación biológica como para establecer reglas generales para las tres? Aun si esta pregunta pudiera despejarse, subsiste la idea de sí no debería resolverse caso por caso, como exige el comité en la determinación del interés del niño. En todo caso, es difícil justificar la subsistencia de reglas asimétricas para cada tipo de filiación, sin explicar si hay fundamento para esa diferencia de trato.

III.4. Proporcionalidad en las reglas vigentes para las distintas filiaciones

En primer lugar, está claro que hay una diferencia de trato discriminatoria entre la expansión casi absoluta del derecho a la privacidad del donante y de los padres de intención en las técnicas de reproducción humanas asistidas si se compara con la regulación de la adopción y con la filiación biológica.

En el derecho argentino esta desproporción es enorme: al hijo concebido con donante anónimo se le niega toda legitimación activa a cualquier acción de filiación (aun si el donante quisiera darse a conocer o emplazarse respecto del hijo); si quisiera acceder a la información de datos del donante (31), depende de que se hayan conservado los registros acerca del donante (lo que en Argentina no es obligatorio ni genera sanciones su omisión o pérdida) y de que los progenitores le hayan informado que fue concebido con un donante (y los progenitores, a diferencia de la adopción, no tienen obligación de hacerlo). No hay un derecho real a los datos filiatorios si su ejercicio depende de tantas voluntades ajenas.

En la filiación biológica, aunque la madre se haya embarazado luego del concurso con varios hombres para

quedar embarazada, el régimen es completamente distinto: el niño tendrá acción para determinar la paternidad, la voluntad de la madre de esconderle la filiación paterna no le resulta oponible al hijo, y una vez descubierto quién es su progenitor genético podrá reclamar todos los derechos que surgen de la filiación, incluso después de haber sido adoptado por un tercero. La acción es imprescriptible.

En la adopción, los niños tienen derecho a conocer sus orígenes, a establecer la filiación respecto de progenitores biológicos que no hayan sido determinados aún (32), de reclamarles alimentos, y los padres adoptivos tienen el "hacerle conocer" a los hijos de su "verdad filiatoria" (como vimos más arriba). Para los hijos adoptivos, acceder a la información sobre su filiación no tiene límite mínimo de edad y hay obligación de guardar registros detallados, incluso se dispone eventualmente un acompañamiento interdisciplinario para hijos menores de edad (33). Puede advertirse la enorme desproporción en la agresividad del derecho a "saber" respecto del derecho a la intimidad, si se compara con los hijos concebidos por técnicas.

Es esta desproporción entre hijos la que se intentó desarticular con la reforma británica de 2008 (34) que eleva el secreto respecto de la anonimidad del donante (35). A partir de la reforma, el Reino Unido creó una base de datos ("Donor Conceived Register Data Base") para los que fueron concebidos antes de 1991 y otra para los que fueron concebidos después de esa fecha, que permite que cualquier joven mayor de 16 años pueda acceder y verificar quién es su donante. La base de datos permite conocer los datos del donante o a su medio hermano por donación, optando por no tener ningún tipo de relación con él. A los 18 es posible optar por tener vínculo con los medios hermanos. También puede saberse la identidad del medio hermano, cuando la persona de más de 16 concebida por técnicas teme iniciar una relación sentimental con un medio hermano. Dependiendo de la fecha de la concepción, a partir de los 18 años puede conocer también la identidad de su donante.

Hoy en día hay un número creciente de países que ha abolido el anonimato de donantes. Países como Suecia, Países Bajos, Noruega, Austria, Suiza, el Reino Unido, Nueva Zelanda y varios estados de Australia han recorrido ese camino (36).

Así pues, el derecho a la "verdad filiatoria" ya no se declina solo en términos de padres e hijos, sino también respecto de los medio-hermanos concebidos por el mismo donante. Ahora bien, esta "verdad biológica" ansiosa de registros y de proporcionalidades, de conocer medio-hermanos y donantes, el derecho insiste en rehusarle al donante el nombre de progenitor genético, cuando, como lo vimos, lo que engendra es condición de existencia y componente primordial de la identidad del hijo. El derecho parece padecer un desajuste perceptivo.

En esta medida, como lo vimos, afecta el derecho al reconocimiento de la personalidad y las relaciones familiares (privacidad familiar, protección de la familia), no solo la identidad. La Corte Interamericana tiene dicho con justicia, que afectar el derecho a la identidad supone también afectar el derecho al libre desarrollo de la personalidad (37).

Entre quienes abogan por una transparencia absoluta, están quienes requieren un test de ADN de rutina para emplazar cualquier filiación de la misma forma que la adopción es abierta o la identidad del donante resulta transparente (38). Más allá de que esto solo resultaría en países con recursos, es una nueva forma de hacer renacer el biologicismo filiatorio. En el otro extremo, están quienes afirman que toda filiación debería depender de la voluntad, la intención, o el compromiso (algo aún mejor que la sola voluntad que refleja el derecho argentino). Ambos extremos son reduccionismos del fenómeno humano mucho más precioso y digno que consiste en que el sistema jurídico reconozca que un hijo sea hijo y un padre sea padre.

Las preguntas subsistentes, a partir del análisis de cada especie de filiación, son las siguientes: ¿Deberían aplicarse reglas semejantes para las tres filiaciones? ¿Hay razón para que las reglas de regulación sean distintas? ¿En qué medida? ¿Debería juzgarse más bien caso por caso?

III.5. ¿Proporcionalidad en las instituciones?

Ya vimos que la regulación es asimétrica. ¿Esa asimetría es razonable? Se han ensayado diversas comparaciones entre la filiación biológica, la adopción y la filiación por técnicas (39).

- Voluntariedad de la filiación. La filiación biológica no siempre es voluntaria para los progenitores. La adopción y las técnicas siempre lo son para quienes aspiran a serlo. La falta de voluntariedad es irrelevante para el nacimiento de deberes y obligaciones que surgen de la filiación biológica. En cambio, sin voluntad de los padres, no habría ni adopción ni filiación por técnicas.

- Trascendencia del vínculo biológico. Justamente porque la filiación biológica muchas veces no es buscada ni querida, la sociedad en todos los ordenamientos jurídicos ha buscado maneras de que las madres y muy especialmente los padres que están menos ligados al niño que nace, asuman la responsabilidad del engendramiento. Por eso, y sobre todo a partir de la posibilidad de determinar el vínculo biológico con el desarrollo de la genética, el progenitor biológico en la filiación "por naturaleza" queda obligado y es sancionado

si no asume voluntariamente su rol. En la adopción, la identidad biológica fue irrelevante en un principio (secreto adoptivo) y es trascendentalísima hoy día: y el resguardo de esa identidad es uno de los ejes esenciales de las legislaciones de adopción más modernas. Tal vez las técnicas de reproducción humana hagan la misma evolución, ya se advierte cómo el derecho tiene una sensibilidad nueva al debilitar el anonimato.

- Existencia e inexistencia del niño. Algunos autores, para diferenciar las lógicas de la adopción de las lógicas de la fecundación asistida, señalan que en la adopción hay un niño que ya existe y que fracasó vincularmente con sus padres de origen, mientras que, en la fecundación asistida, cuando los padres tienen la intención de recurrir a ella, el niño aún no existe, por eso no podría aplicarse sino el set de reglas de la filiación biológica (40). Sin embargo, eso nos devolvería otra vez al punto de partida: la relevancia biológica, con todas las acciones filiatorias para poder emplazarse y desemplazarse del progenitor de intención cuando no hay coincidencia.

De alguna forma, pareciera que la regulación de las técnicas está a veces signada por abordajes que anhelan las ventajas de todos los mundos: todas las ventajas de la voluntariedad de la adopción, sin los costos del respeto a la identidad; todas las ventajas de la filiación biológica, sin darle al hijo derecho a impugnar o emplazarse respecto del progenitor de origen (que, además, se denomina "donante").

No cabe duda de que las técnicas de reproducción asistida tienen una diferencia respecto de la adopción, en la que un niño ha fracasado vincularmente en forma previa y tal vez ha sufrido institucionalización. Sin embargo, a diferencia de la filiación biológica, las técnicas de reproducción asistida los padres de intención comandan la concepción, que ocurre fuera de la intimidad, en un ámbito público, y por eso susceptible al control estatal y que activa las garantías del Estado para la protección del interés del niño que será concebido, en abstracto.

IV. ¿Qué derecho a la intimidad frente al nuevo escenario de la "verdad filiatoria"?

La privacidad filiatoria es una privacidad compartida, porque la identidad en la filiación coimplica a los miembros de la familia entre sí, es correlativa.

Vimos, sin embargo, la complejidad de la pregunta cuando se proyecta sobre un terreno de fractales: la luz de la filiación hoy se astilla en haces de luces distintos según el tipo de filiación de qué se trate. Sin embargo, el derecho a la intimidad y el derecho a la filiación, a los vínculos familiares y a la identidad del niño (y de los padres) siguen siendo una necesidad vital, que abarca todos los estratos identitarios: primero los genéticos, luego los epigenéticos y finalmente los que surgen de la interacción cultural y social. Las construcciones teóricas no derriban este presupuesto, pues si lo hicieran afectarían el derecho a la integridad personal de cada padre, cada madre y cada hijo.

Más aún, los niños tienen, como hemos postulado y fue votado por unanimidad en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Tucumán, un derecho a que, en la medida de lo posible, se respete la "unidad de todos los elementos de la identidad del niño", que tiene como contrapartida una garantía del Estado (arts. 7° y 8° CDN). La identidad nunca fue solo genética, pero no puede excluir el aporte genético a riesgo de dañar la integridad personal y el reconocimiento de la personalidad jurídica. Tampoco fue solo social o socioafectiva (como se puso de moda decir, aunque sea un término que signifique algo distinto), pues, lo socioafectivo existe presuponiendo lo genético. Borrar lo genético sería una nueva forma de apropiación de la identidad del niño a partir de narrativas adultas.

Ahora, con estas dos premisas, no queda más que pensar un "nuevo orden" posible de proporcionalidad entre la complejidad de la filiación y un resguardo a la dignidad humana que exige la protección de la privacidad.

IV.1. Privacidad vs. filiación en el marco regulatorio del derecho de familia argentino

El derecho de familia le asigna una valoración negativa a la renuencia del padre a practicarse la prueba de ADN para determinar la filiación.

Se prevé la posibilidad de que, ante la negativa del padre, pueda recurrirse a parientes próximos hasta el segundo grado. Resulta difícil interpretar esta provisión. El texto dice: "Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos". El primer grado de parentesco está constituido por hijos y padres del demandado. El segundo grado será el de los hermanos, abuelos o nietos. La certeza de la prueba de ADN es menor a mayor distancia vincular.

En ambos casos (renuencia del padre, renuencia de los parientes próximos) la sanción parece ser de índole hermenéutica: el juez asigna a la conducta del renuente el valor de indicio grave a favor de la paternidad.

También se prevé la posibilidad de tomar una muestra cadavérica en el art. 580 Cód. Civ. y Com.: "En caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de este. Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver. El juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso". Es decir, la prueba podría realizarse sobre los abuelos del niño y, ante la negativa o imposibilidad de estos, recurrir a la exhumación del cadáver. Eventualmente, el juez puede optar directamente por la exhumación del cadáver en sentencia fundada en las circunstancias del caso.

IV.2. El régimen actual de protección de datos sensibles y datos genéticos en Argentina

Sobre esto hay mucho escrito. No vamos más que a dar unas pocas pinceladas remitiendo a expertos. Lafferrière (41) indica que el marco legal es el siguiente: de una parte, la creación del Banco de Datos Genético (42), de otra, la creación del Registro de Datos Genéticos (43), la ley que regula las investigaciones científicas (44) y el art. 58 del Cód. Civ. y Com. que trata sobre los derechos personalísimos.

Por otra parte, es necesario tener presentes los marcos referidos al consentimiento informado, que surgen del Cód. Civ. y Com. (45) y de la ley del paciente (46).

Finalmente, la regulación relativa a la protección de datos sensibles y de datos en general (47).

Estos marcos regulatorios rara vez impactan en el derecho a la privacidad cuando este se relaciona con la filiación. Sin embargo, hoy día será necesario estar atento, en virtud de los bancos genéticos y su accesibilidad.

En materia de derechos humanos, la protección de la privacidad surge de varios instrumentos internacionales. Un ejemplo es el art. 11 de Protección de la Honra y la Dignidad en la Convención Americana de Derechos Humanos, que sitúa maravillosamente la protección de la privacidad y de la vida privada familiar en el marco de la dignidad personal. Debe tenerse presente, aunque no resulte obligatoria, la Declaración de la UNESCO sobre protección de datos genéticos de 2003.

Es decir que el marco regulatorio del derecho a la intimidad, cualquiera sea el sistema jurídico de que se trate, siempre estará a caballo de varios ejes: su formulación como derecho humano, las leyes sobre protección de datos, el consentimiento informado para la disponibilidad de los datos, la regulación de los registros o bancos de datos y las leyes relativas al uso de datos con fines de investigación. En Argentina no hay regulación del uso recreativo de los datos, pero seguramente se aplicarían disposiciones análogas a los usos de investigación (con matices, pues la iniciativa personal es más marcada en el uso recreacional).

Como anticipamos, remitimos a estudios específicos para pensar estos aspectos, puesto que nosotros estamos analizando siempre la interrelación de intimidad y verdad. Si en el segmento anterior pensamos el derecho a la verdad bajo el prisma de la intimidad, aquí pensamos el derecho a la intimidad bajo el prisma del derecho a la verdad. El objeto es siempre la interrelación vista desde cada una de las dos perspectivas.

IV.3. La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Antes de comenzar, es necesario formular una advertencia. La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) no tiene un artículo análogo al art. 17 de la CADH, que proteja la familia. Solo cuenta con el art. 8° CEDH, que protege la vida privada familiar en términos de obligaciones positivas y asegurarla y obligaciones negativas de no interferencia. Es decir que toda la jurisprudencia del TEDH se declina en términos de una interacción entre privacidad y familia. El abordaje es necesariamente de la CADH.

El TEDH llegó a la Argentina (48) con un caso del alto impacto que interrogaba esa relación de privacidad y verdad, en la época en que la Argentina seguía debatiendo si era lícito o no la extracción compulsiva de ADN a las personas sospechadas de ser hijos de personas desaparecidas durante la dictadura. Terreno extremadamente sensible, que produjo soluciones repartidas en la jurisprudencia nacional. Ese caso, era el caso "Odièvre".

En "Odièvre v. Francia", la madre de la actora había tenido un parto anónimo, por lo que su privacidad estaba resguardada según el derecho francés. El TEDH habilitó derecho a conocer sus propios orígenes como parte integral del derecho a la vida privada y familiar regulada en el art. 8° de la CEDH. Ahora bien, este caso fue apenas el primero de una serie de casos que le siguieron, en donde el derecho a la verdad frente a la privacidad se jugó en terrenos sumamente interesantes.

Antes de "Odièvre" había habido un caso sumamente interesante. Ya no se trataba de la vida privada familiar, sino del acceso a los registros públicos en que el promotor de la acción había sido institucionalizado en la infancia y donde había padecido maltrato. Esos archivos estaban cerrados. Se trató del caso "Gaskin v. UK" (49), en el que el TEDH estableció la existencia de un derecho a conocer sus orígenes como prevalente frente a la privacidad del sistema de registro del cuidado de los niños en el Estado. En Gaskin, el TEDH sostuvo que el derecho a la identidad se relaciona con el derecho al desarrollo de la persona.

Otro caso que conmueve la manera de pensar la privacidad es interrogarse si existe una privacidad familiar o personal post mortem. Es lo que aborda el caso "Jäggi v. Suiza" (50). En ese caso, un nacional suizo quería extraer una muestra cadavérica de ADN para determinar la filiación. Al momento de plantear la acción superaba los 60 años. Ya no era un niño. El tribunal argumentó dos cuestiones de gran relevancia: la vida privada de una persona prefallecida no podía ser afectada adversamente por un pedido de tomar una muestra de ADN luego de su muerte. Tampoco podía invocarse el interés de la privacidad de la familia frente a la más imperiosa necesidad de establecer la identidad del Sr. Jäggi. Más aún, el TEDH sostuvo que el interés en establecer la propia identidad es un interés vital, que no decae con la edad. También sostuvo que en casos en que se debate la identidad debe aplicarse un escrutinio estricto para analizar si hubo o no violación del derecho.

El interés en acceder a los orígenes también debe hacerse valer en casos de personas con discapacidad ("A. M. M. vs. Rumania") (51).

En el caso "Godelli v. Italia" (52) la Corte IDH analizó el poder del derecho a la identidad de cara al derecho a la privacidad. Se trataba de un caso de adopción en el cual los registros habían permanecido secretos y la actora no tenía acción para acceder a ellos. El TEDH sostuvo que el margen de apreciación que tienen los Estados europeos para definir su legislación interna se angostaba cuando era confrontado con el derecho a la identidad y a conocer los propios orígenes.

En muchos casos, la protección de la estabilidad familiar impone plazos de preclusión para establecer la filiación, que, en definitiva, terminan afectando el derecho a conocer los orígenes. En estos casos, el TEDH ha hecho un balance caso por caso, teniendo en cuenta otros factores, como el interés del niño a una protección de una vida familiar ya establecida, aunque no sea coincidente con el vínculo genético, sin perjuicio de permitir un vínculo del padre genético con su hijo. O, directamente, haciendo prevalecer el vínculo genético, considerando que los plazos de preclusión son muy breves (53). Desde luego que el juego de verdad e intimidad se articula también en el terreno de la regulación procesal.

En estos casos, no se habla de acceso a los orígenes, pero sí de respeto a la vida privada y familiar ya establecida (en concordancia, siempre que sea posible, con la identidad genética). En especial, en el caso "Mikulic v. Croacia" (54) el TEDH sostuvo que es importante el acceso a los orígenes porque tiene un efecto importante en la formación de la personalidad.

Es importante destacar que un actor principal en todas las decisiones que se refieran a la identidad de los niños y su privacidad familiar siempre se resuelven teniendo en cuenta el interés superior de los niños (55).

Específicamente, el TEDH no ha tratado el balance entre privacidad y vida familiar en los casos de reproducción humana asistida. Aparece de refilón en algunos casos en los que se discute o bien la accesibilidad a las técnicas o la subrogación de vientres (56). En el caso "S. H. v. Austria" (57) se impugnaba la prohibición de donación de gametos femeninos que regía en Austria. Sin embargo, el TEDH no se concentró en ese aspecto y más bien privilegió que frente al proyecto de concebir debían valorarse los diversos intereses en juego.

Otro abordaje se advierte en los fallos sobre maternidad subrogada. En "Mennesson (y Labassé) v. Francia" (58) el TEDH señaló la necesidad de establecer de algún modo la registración de niños concebidos por maternidad subrogada en el extranjero en Francia (procedimiento explícitamente prohibido en ese país). Sin embargo, en ambos casos, los niños tenían vínculo biológico con el padre y el Estado no había objetado la función de cuidado de ambos progenitores por más de dos años. Había una vida privada familiar de hecho ya establecida. Más adelante, en la Opinión Consultiva nro. 1, el TEDH dice que el establecimiento de la filiación respecto del progenitor biológico puede hacerse cómo lo fija la ley para cualquier filiación biológica y para el progenitor que no tiene vínculo, puede utilizarse la vía adoptiva.

En "Paradiso Campanelli v. Italia" (59), la Corte IDH fue más lejos. Sugestivamente privó de la guarda a dos progenitores de intención por maternidad subrogada en Rusia sin vínculo biológico con el niño, porque habían procurado violar el derecho a la identidad suprimiendo datos sobre su origen en las partidas de nacimiento y presumiblemente habían pagado un precio por el niño. Este fallo, vastamente silenciado en Argentina, fue resuelto por la Gran Cámara, denegando el reclamo de los padres y confirmando la resolución de los tribunales italianos. El tribunal analizó la inexistencia de vínculos genéticos y biológicos, el atentado contra derechos fundamentales del niño (entre ellos la identidad), la consecuente inidoneidad de los guardadores y la lesión al interés del niño. Como los guardadores solo habían transcurrido 8 meses con el niño, se consideró que no se había configurado el estándar de vida privada familiar, por lo cual no había lesión alguna que pudiera invocarse a ese respecto.

Es fácil advertir la complejidad (que aquí apenas esbozamos) en el tratamiento de las aristas del derecho a la privacidad en el sistema europeo. Pronto se verá, que tal vez signado por su historia, el sistema interamericano es, en principio, más lineal y cercano a la percepción biológica de la identidad.

IV.4. La biología, la identidad y la Corte IDH

La Corte IDH tiene un apoyo mucho más marcado en la identidad biológica (60). Por ejemplo, en el caso "Contreras v. el Salvador" (61), la Corte se refiere a las apropiaciones y manipulaciones de la identidad, en un caso de desplazamientos forzados: "Ha sido comprobado que muchos de los niños y niñas desaparecidos eran registrados bajo información falsa o sus datos alterados, como ocurrió en el caso de Gregoria Herminia, aspecto que irradia sus efectos en dos sentidos: por un lado, para el niño o niña apropiada, a quien se le imposibilita buscar a su familia y conocer su identidad biológica y, por el otro, a su familia de origen, a quienes se les obstaculiza el ejercicio de los recursos legales para restablecer la identidad biológica, el vínculo familiar y hacer cesar la privación de libertad. [...] Esta violación solo cesa cuando la verdad sobre la identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, el vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes" (62).

La misma idea de identificar "verdadera identidad" con biología aparece en otro caso trágico de desapariciones forzadas, el caso "Gelman v. Uruguay" (63): "La situación de un menor de edad cuya identidad familiar ha sido alterada ilegalmente y causada por la desaparición forzada de uno de sus padres, como es el caso relativo a María Macarena Gelman, solo cesa cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes. Así, el Estado no garantizó su derecho a la personalidad jurídica, en violación del art. 3 de la Convención" (64).

Podríamos continuar citando casos referidos a la adopción o a la filiación en que la identidad biológica es relevante. La Corte IDH aún no ha tratado la identidad fuera de la continuidad que guarda con su vínculo biológico. Es un hecho que tampoco hace aparición en el caso paradigmático "Artavia Murillo v. Costa Rica" que se refiere al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida.

IV.5. La jurisprudencia nacional

Habíamos dicho que el legislador en Argentina había asumido un temperamento moderado, sancionando al renuente a realizarse la prueba de ADN interpretando su conducta como un indicio grave en su contra.

La jurisprudencia ha sentido la necesidad de ir un poco más lejos en la práctica. Por ejemplo, en un caso resuelto en la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Goya en 2021, se aplicó la sanción del indicio grave en contra del renuente (65). Sin embargo, en otro caso en 2019 resuelto en Santa Rosa, directamente se invirtió la carga de la prueba (66). Es verdad que el padre renuente tampoco había concurrido a las audiencias ni había instado la producción de prueba a su favor. En un caso resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes en 2019 se aplicó la teoría de las cargas probatorias dinámicas: ante la renuencia del demandado y siendo que él estaba en mejor situación de probar que no era el padre, se dio por acreditado el vínculo filiatorio (67).

En muchos casos, los progenitores demandados demuestran un desinterés absoluto en el expediente, lo cual desde el punto de vista sociológico es muy preocupante. La inacción se traduce incluso en no disputar las cuotas alimentarias fijadas, no producir prueba alguna, no defenderse o no concurrir a las audiencias (68). En definitiva, cuando el demandado vive en situaciones de mucha informalidad laboral, es posible que no cumpla con ninguno de los deberes emergentes de la responsabilidad parental, sin consecuencia alguna. La sentencia será entonces como un diploma vacuo, sin consecuencia efectiva en la vida del niño. La pregunta lógica es si el proceso que engendra la filiación engendra un texto o engendra un vínculo efectivo. Para engendrar un vínculo efectivo posiblemente haría falta más que una demanda, una contestación y producción de pruebas, faltaría más intervención de los trabajadores sociales y de un equipo interdisciplinario.

Como muestra de lo multifacético que es el derecho a la verdad hoy, tiene interés un caso resuelto en San Martín, Provincia de Buenos Aires, en el que se desestimó la impugnación paternidad pretendida por un progenitor biológico frente al progenitor presunto por matrimonio: "La filiación presumida por la ley debe ser razonablemente mantenida, pues, aun cuando la prueba genética haya arrojado que el accionante no es el padre biológico del demandado, el derecho a la identidad, como todo derecho reconocido, no tiene carácter absoluto y se ejerce conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, debiendo compatibilizarse con las normas que tutelan otros intereses igualmente dignos de respeto, como en el caso, la estabilidad de un grupo familiar que por más de treinta años vivió en la creencia de que el actor era su padre" (69). También deberían considerarse, en la misma línea, los distintos casos en que la jurisprudencia nacional admitió diversas alternativas de triparentalidad, ampliando así la verdad filiatoria a otros componentes que los jueces han entendido trascendentes en un concepto amplio de identidad.

Muy al contrario, en el Superior Tribunal de San Luis, se decidió que hay un interés social en la determinación de la verdad filiatoria (biológica) y que no puede admitirse una verdad "aparente": "No se puede

subordinar la verdad biológica a una verdad aparente, más aún cuando esta priva a una persona de conocer su propia identidad vulnerando principios fundamentales, consagrados en la CDN con jerarquía superior a las leyes, por lo que, la inmutabilidad de la cosa juzgada debe ceder ante la justicia, para determinar la verdadera identidad de la menor ante la existencia de un hecho sobreviniente, tal como acontece en el caso, por otra parte, no hay que olvidarse que en los juicios de filiación hay un interés social en la averiguación de la verdad que no se encuentra solo al servicio del interés privado, pues a la comunidad también le interesa asegurar la responsabilidad procreacional y el derecho del niño a obtener su emplazamiento filial, que constituye un derecho de la personalidad" (70).

La toma de muestras cadavéricas suele presentarse cuando el reclamo filiatorio se hace a la par de un proceso sucesorio. Es el caso de lo resuelto en 2019 en Córdoba. En ese caso, se valoró, además, la conducta procesal de los sucesores y herederos del demandado, que mostraron una conducta contumaz (71).

Un caso especialmente trágico tuvo lugar en un supuesto en donde el presunto padre del accionante había desaparecido durante la dictadura y sus restos no habían sido encontrados, y los abuelos habían sido trasladados a un osario común, por lo cual tampoco esos restos podían ser sometidos a una extracción de muestras (72). El juez, en este caso, decidió sobre la base de la prueba indiciaria que encontró en el expediente.

El derecho argentino después del nuevo Código Civil y Comercial considera pertinente carcomer el derecho a la intimidad en favor del derecho a la verdad y al emplazamiento filiatorio, no infringiéndolo a la fuerza, sino más bien sancionando la renuencia. La intimidad de la muestra cadavérica tiene un valor menor y la negativa de los parientes en realizar la prueba se interpreta como una conducta procesal que habla por sí como la renuencia.

Hasta aquí se trata de fallos que han resuelto el derecho a la identidad como equivalente al derecho al emplazamiento filiatorio. ¿Hay casos que solo hayan tratado sobre el derecho a conocer? Desde antes del Código Civil y Comercial de 2015, en Argentina fue usual reclamar por vía de una acción autónoma declarativa de certeza, que tenía por finalidad simplemente clarificar si existía un vínculo biológico, sin intención de que luego se plasmara ese vínculo biológico en un vínculo jurídico (73).

V. Conclusiones provisionales

Este trabajo tiene apenas la función de ser un boceto de algunas cuestiones que hoy atraviesan el diálogo entre el derecho a la intimidad y la multifacética verdad filiatoria. ¡Habría tanto más para analizar!

Lo cierto es que, hasta hace pocos años, en la época del fallo "Odièvre" la cuestión que se planteaba era bastante más lineal: hasta qué punto el Estado podía ser incisivo respecto del derecho a la privacidad de una persona o de la familia para hacer una prueba genética a fin de determinar la filiación. Si la persona se negaba, la pregunta era si se justificaba tomar una muestra compulsiva, o cuál era el rango de la sanción ante la negativa.

Hoy en día, este escenario es enormemente más complejo. La privacidad de una persona no está solo en su cuerpo y no se descubre solo por una prueba genética a la que puede negarse. Está en biobancos, que pueden ser hackeados, o puede descubrirse por bancos de datos genéticos que contienen datos de familiares que revelen eventualmente su identidad. Las bases de datos son expansivas y contienen cada vez más información, por lo que la identidad genética es cada vez más transparente y accesible.

Por otro lado, la verdad filiatoria se ha desdoblado. En primer lugar, porque ya no tiene un vínculo directo con la filiación: se trata del derecho a saber, del derecho a no saber, del derecho a conocer los orígenes, a conocer la identidad, a establecer la filiación. En segundo lugar, porque la filiación ya no tiene una referencia al dato genético como en la década de los '90, sino que cada vez más se relaciona con otras privacidades, como el anonimato del donante o los contratos filiatorios más complejos como la maternidad subrogada, que puede ser transfronteriza. Es una visión más adultocéntrica de la filiación, que permite su establecimiento por la autonomía de la voluntad, antes de la concepción del niño. En tercer lugar, porque ya no se trata solo de una relación bilateral entre los padres y el niño, sino que abarca el interés de vincularse con los medios hermanos genéticos, y a la inversa a establecerse por la prueba genética recreacional o con otros fines, de otros parientes que establezcan la red de vínculos familiares. Todo lo cual recontextualiza el problema en la cuestión de la protección de datos genéticos, ya no solo a nivel interno, sino también transnacional.

En este escenario, el tratamiento del tema de este trabajo solo puede ser provisional. Esperamos que esta aproximación pueda ser de utilidad.

(A) Profesora titular ordinaria de Derecho de Familia y de Derecho Sucesorio (UCA). Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de Familia (UCA). Profesora adjunta interina (UBA). Directora de las Carreras de Especialización en Derecho de Familia UCALP y UCASAL.

(1) Ver más abajo en sección IV.5.

(2) Sobre esto: BASSET, Úrsula C., "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado". Ed.

Hammurabi, 2022, Tomo 5-B, ps. 49 y ss.

(3) VILLELA, Joao Baptista, "Desbiologizaçao de la paternidade", Revista da facultade de direito, 1979, nro. 21, accesible en: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>.

(4) Protocolo de San Salvador, Art. 14 b).

(5) Sobre esto, ver BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, "La filiación. Un análisis crítico". Navarra, 2013, Aranzadi.

(6) ZWIR, I. — ARNEDO, J. — DEL-VAL, C. et al. "Uncovering the complex genetics of human character", *Molecular Psychiatry* 25, 2295—2312 (2020). <https://doi.org/10.1038/s41380-018-0263-6>.

(7) Como se deduce de otros estudios: LÄNGSTRÖM, N. - RAHMAN, Q. - CARLSTRÖM, E. -LICHTENSTEIN, P. (2010), "Genetic and environmental effects on same-sex sexual behaviour: A population study of twins in Sweden". *Archives of Sexual Behaviour*, 39[1], 75-80.

(8) Sobre esto, ver: PLOMIN, Robert, "Blueprint: How DNA makes us who we are", MIT Press, 2019. Krueger RF, South S, Johnson W, Iacono W. The heritability of personality is not always 50%: gene-environment interactions and correlations between personality and parenting. *J Pers.* 2008 Dec;76[6]:1485-522. doi: 10.1111/j.1467-6494.2008.00529.x. PMID: 19012656; PMCID: PMC2593100.

(9) BAINHAM, Andrew, "Arguments about parentage", *Cambridge Law Journal*, 67[2], July 2008, pp. 322-351. doi:10.1017/S0008197308000305.

(10) SCHWAB, Abraham P. - LUU, Hung S. - WANG, Jason - PARK, Jason, "Genomic Privacy", *Clinical Chemistry*, Volume 64, Issue 12, 1 December 2018, ps. 1696-1703, <https://doi.org/10.1373/clinchem.2018.289512>.

(11) SCHWAB, Abraham P. — LUU, Hung S. — WANG, Jason — PARK, Jason, "Genomic Privacy", *Clinical Chemistry*, Volume 64, Issue 12, 1 December 2018, ps. 1696-1703, <https://doi.org/10.1373/clinchem.2018.289512>.

(12) Y PARK JASON, RISHER, Michal et alii, "Privacy in Direct-to-Consumer Genetic Testing", *Clinical Chemistry*, Vol. 65, Issue 5, 2019, ps. 612-617.

(13) Ver reportaje en Y Park Jason, Risher, Michal et alii, "Privacy in Direct-to-Cosumer Genetic Testing", *Clinical Chemistry*, Vol. 65, Issue 5, 2019, ps. 612-617.

(14) *Ibíd.*

(15) Clayton, Ellen Wright, Evans, Barbara J. Hazel, James ", Rohstein, Mark A. "The Law of Genetic Privacy: Application, Implication, Limitations, *Journal of Law and Biosciences*, Vkol. 6 Issue 1, Oct 2019, ps. 1-36.

(16) Y Park Jason, Risher, Michal et alii, "Privacy in Direct-to-Cosumer Genetic Testing", *Clinical Chemistry*, Vol. 65, Issue 5, 2019, ps. 612-617.

(17) BADEN-LASAR, Eli - DOMINUS, Susan, "A Family Portrait: Brothers, Sisters, Strangers", *New York Times*, Junio 26, 2019, accesible online: <https://www.nytimes.com/interactive/2019/06/26/magazine/sperm-donor-siblings.html>.

(18) GOLDBERG, Emma, "Meet the kids with thirty half-siblings", *New York Times*, abril 17, 2020. <https://www.nytimes.com/2020/04/17/parenting/sperm-donor-siblings.html>.

(19) FREEMAN, T. — JADVA, V. — KRAMER, W. — GOLOMBOK, S., "Gamete donation: parents' experiences of searching for their child's donor siblings and donor". *Human Reproduction*. 2009 mar; 24[3]:505-16. doi: 10.1093/humrep/den469. PMID: 19237738.

(20) *Ibíd.*

(21) Sobre el marco constitucional-convencional del derecho a la identidad, ver BASSET, Úrsula C. "Anexo", en BASSET, Úrsula C. — ALFONSO, Santiago, "Tratado de Derecho Constitucional-Convencional de Familia y de las Personas", Buenos Aires, LA LEY, 2022, T. 1, ps. 575. En cambio, el derecho a la vida privada y familiar puede encontrarse en el mismo Anexo, en la p. 589 y ss.

(22) Este asunto está ampliamente desarrollado por una experta del MIT, Charis Thompson, en su libro *Making Babies: Ontological Coreographies of Reproductive Technologies*, 2007, MIT Press.

(23) PROBERT, Rebecca, "Families, assisted reproduction and the law" *Child and Family Law Quarterly*, 2004, Vol. 3, No. 16, pp. 273 y ss.

(24) Art. 596, Cód. Civ. y Com.

(25) Art. 583, Cód. Civ. y Com.

(26) Cámara 9ª de Apel. en lo Civ. y Com. de Córdoba, 09/05/2014, "D., M. B. c. M., A. M. s/ Ordinario - Otros - Recurso de Apelación". LLC, 2015 (marzo), 230, AR/JUR/61884/2014. También resulta de la condena a la Argentina en la Corte IDH, en el "Caso Fornerón v. Argentina" (2012).

(27) FORTIN, Jane, "Children's right to know their origins - too far, too fast?", *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 21, No. 3, 2009, ps. 336 y ss.

(28) BASSET, Úrsula C., "Procreación asistida. ¿Regulación o desregulación?", LA LEY, 2013-B, ps. 1-5.

(29) *Ibíd.*

- (30) FORTIN, Jane, "Children's right to know their origins - too far, too fast?", *Child and family Law Quarterly*, Vol. 21, No. 3, 2009, ps. 336 y ss.
- (31) La acción está prevista en los arts. 563/564 Cód. Civ. y Com.
- (32) Art. 624, Cód. Civ. y Com.
- (33) Art. 594 Cód. Civ. y Com.
- (34) Human Embryology and Fertilisation Act según la reforma de 2008.
- (35) Para ver los argumentos del debate británico puede leerse a Andrew Bainham, uno de los integrantes de la comisión de reforma británica en BAINHAM, Andrew, "Arguments about parentage", *Cambridge Law Journal*, 67[2], July 2008, ps. 322-351. doi:10.1017/S0008197308000305
- (36) RAVELINGIEN, An — PENNING, Guido, "The Right to Know Your Genetic Parents: From Open-Identity Gamete Donation to Routine Paternity Testing", *The American Journal of Bioethics* (2013), 13:5, ps. 33-41.
- (37) Corte IDH, Caso "Gelman vs. Uruguay", (2011), par. 129.
- (38) Ver sobre este debate: RAVELINGIEN, An - PENNING, Guido: "The Right to Know Your Genetic Parents: From Open-Identity Gamete Donation to Routine Paternity Testing", *The American Journal of Bioethics* (2013), 13:5, ps. 33-41. To link to this article: <http://dx.doi.org/10.1080/15265161.2013.776128>.
- (39) Nosotros hemos hecho una comparación minuciosa de ambas instituciones hace ya más de diez años en BASSET, Úrsula C., "Derecho del niño a la unidad de toda su identidad", *LA LEY*, 2011-F, 1005.
- (40) TURKMENDAG, I. — DINGWALL, R. — MURPHY, T., "The Removal of Donor Anonymity in the UK: The Silencing of Claims by Would-Be Parents", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 22, 2008, ps. 283 y ss.
- (41) LAFFERRIÈRE, Nicolas, "El manejo de la información genética humana en proyectos de investigación", *Temas de Derecho de Familia y Personas*, Erreius, dic. 2016, p. 13.
- (42) Ley 26.548. Ámbito funcional. Objeto. Funciones. Archivo Nacional de Datos Genéticos. Reserva de la Información.
- (43) Ley 26.879. Registro nacional de datos genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual.
- (44) Ley 25.467. Sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación. Objetivos de la política científica y tecnológica nacional.
- (45) Sobre esto hemos hecho un estudio: BASSET, Úrsula C., "Estudio sobre el consentimiento en el Derecho Civil: múltiples caras, una sola institución", *LA LEY* 01/07/2021, 1.
- (46) Ley 26.529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.
- (47) Ley 25.329. Ley de protección de datos personales.
- (48) De la mano de Aída Kemelmajer de Carlucci, en un comentario muy leído de su autoría: "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso Odièvre c. France", en: "El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales" coord. por Alfonso Luis Calvo Caravaca, Esperanza Castellanos Ruiz, 2004, ISBN 84-7879-854-4, ps. 511-530. También fue publicado en otra versión a nivel local.
- (49) Application no. 10454/83, Judgment of the Court, 7 July 1989.
- (50) Application no. 58757/00, Judgment of the Third Section, 13 July 2006.
- (51) 13 de febrero de 2012. Fallado por la tercera sección del TEDH.
- (52) Application no. 33783/09. Judgment of the Second Section, 25 September 2012.
- (53) Para todo esto ver: ECtHR, Guide on Article 8. 2022. Par. 334 y ss. Accesible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf.
- (54) Application no. 53176/99, 7 febrero de 2002.
- (55) ECtHR, Guide on Article 8. 2022, pár. 323. Accesible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf.
- (56) MULLIGAN, Andrea, "Anonymous gamete donation and Article 8 of the European Convention on Human Rights: The case for incompatibility", *Medical Law International*, Volume 22, Issue 2, Jun 2022, ps. 93-186.
- (57) Application no. no. 57813/00, ECHR 2011.
- (58) Application no. 65192/11, ECHR 2014.
- (59) Application no. 25358/12, 24 January 2017.
- (60) Para un mayor desarrollo, ver BELLOTTI, Lucas, "Intimidación y privacidad en las relaciones de familia" y BASSET, Úrsula C., "El derecho a la identidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" ambos en BASSET, Úrsula C. - SANTIAGO, Alfonso, "Tratado de Derecho de Familia", Buenos Aires, 2022, *LA LEY*, T. II, p. 251 y ss. y p. 283 y ss.
- (61) "Caso Contreras y otros vs. El Salvador". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011.
- (62) *Ibid.* pár. 29.

- (63) "Caso Gelman vs. Uruguay". Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- (64) Ibid. pár. 131.
- (65) CApel. Civ., Com. y Lab. de Goya, 20/12/2022, "G. E. V. c. Z. O. A. s/ Filiación". La Ley Online TR LALEY AR/JUR/188523/2022.
- (66) CApel. en lo Civ., Com., Lab. y de Minería de Santa Rosa, sala III, 06/06/2019, "O. L. R. c. O. R. O. y G. J. A. s/ impugnación de paternidad y filiación". TR LALEY AR/JUR/27197/2019.
- (67) STJ de la Provincia de Corrientes, 08/02/2019, "P., A. F. c. B., J. R. s/ filiación". La Ley 12/04/2019, 10, LA LEY, 2019-B, 294, La Ley 22/05/2019, 24. TR LALEY AR/JUR/319/2019: "La paternidad debe tenerse por acreditada, en atención a la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica, pues él, encontrándose en mejores condiciones de probar la veracidad o no del hecho biológico controvertido, no demostró una verdadera colaboración en la averiguación de la verdad objetiva".
- (68) Por ejemplo: Juzgado de Familia de Paso de los Libres, 30/05/2018, "C. M. S. c. M. D. O. s/ filiación", La Ley Online. TR LALEY AR/JUR/21921/2018.
- (69) Juzgado de Familia N° 4 de San Martín, 21/07/2020, "D., C. A. c. D., CL. AL. y otro/a s/ Acciones de impugnación de filiación". La Ley Online. TR LALEY AR/JUR/33187/2020.
- (70) STJ de la Provincia de San Luis, 06/05/2020, "N. M. R. c. G. C. E. s/ acción de impugnación de filiación - recurso de casación". LLGran Cuyo 2020 (septiembre), 8. TR LALEY AR/JUR/17733/2020.
- (71) Juzgado de Familia de 4a Nominación de Córdoba, 29/07/2019, "T., I. B. y O. c. Suc. de B., A. A. s/ acciones de filiación - contencioso - post mortem". La Ley Online. TR LALEY AR/JUR/32066/2019.
- (72) Juzgado de 1ª Instancia en lo Civ., Com., Minería y Sucesiones Nro. 3 de Cipolletti, 10/08/2022, "L., L. S. c. F., N. s/ Filiación". La Ley Online. TR LALEY AR/JUR/103561/2022: "El accionante se encuentra en una situación ciertamente delicada, pues en lo que atañe a su identidad; se le ha suprimido el dato de su ascendiente en el documento respectivo, declarado por sentencia la impugnación de paternidad de quien figuraba así inscripto en su partida de nacimiento, sin poder consignar como progenitor el nombre del hombre a quien se le atribuye tal carácter, pero que no puede ser constatado por no contarse con su cuerpo y extracción de ADN para la prueba genética respectiva, por haber desaparecido bajo la dictadura militar. Debe agregarse que, los restos de sus presuntos abuelos paternos fueron trasladados al osario común, por lo tanto, no resulta posible su identificación para la exhumación y extracción de material genético".
- (73) SCHIRO, María Victoria, "El derecho al conocimiento de los orígenes biológicos y su ejercicio autónomo en las diferentes fuentes de la filiación", RDF 68-101.