

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

MARIEL F. MOLINA DE JUAN

Coordinadoras

**PARADIGMAS Y DESAFÍOS
DEL DERECHO DE
LAS FAMILIAS Y DE LA
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

PRÓLOGO

Hace veinte años se realizó en Mendoza un Congreso Internacional que fue un hito en la historia de las reuniones de los operadores del Derecho de Familia. Allí se forjaron las bases de los paradigmas que definieron nuevos rumbos en esta materia.

Podría decirse con Carlos Gardel que “veinte años no es nada”, con José María Contursi: “cómo cambian las cosas los años”, con Pablo Neruda: “nosotros, los de entonces, ya no somos los mismos”; pero estas poéticas frases, aunque verdaderas, son insuficientes para explicar por qué se decidió emprender el desafío de organizar un nuevo encuentro en el mismo sitio, y en la misma ciudad, dos décadas después.

Probablemente la respuesta se encuentre en el profundo convencimiento de que, como dice Carlos Nino, “El Derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo” y, en consecuencia, hay una suerte de deber social en seguir construyendo.

Con esa intencionalidad, el Congreso de 2018 tuvo lugar después de casi cuarenta reuniones preparatorias realizadas a lo largo y ancho del territorio argentino y de países vecinos, de las que participaron más de trescientos expositores con un número de asistentes que se cuenta por miles. El éxito del encuentro, y el abrumador número de asistentes, fue posible gracias a los esfuerzos de diversas universidades; junto a las dos organizadoras (Universidad de Mendoza y Universidad Nacional de Cuyo), que tuvieron la carga más pesada de gestionar los recursos, se sumaron la Universidad Gastón Dachary de Misiones, la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Nacional del Sur y la Universidad de Rosario.

Pues bien, tres días de intensa actividad fueron suficientes para mostrar los inmensos cambios desarrollados vertiginosamente durante esas dos décadas.

El primero, el uso de la “constitucionalización”/“convencionalización” del Derecho Privado como valioso instrumento para alcanzar soluciones más justas a través de ponderaciones razonables. Se entendió que más que hablar de Derecho de Familia, o de las Familias, hay que decir, con lenguaje de derechos fundamentales, el derecho *de la persona* a la vida familiar. Aunque las palabras no transforman la realidad, este cambio de terminología fue necesario para:

- (i) Reconocer que el grupo familiar es el mejor espacio para el desarrollo de la personalidad, pero también el lugar en el que, aunque excepcionalmente, cuando no se entiende que los roles se comparten, aparecen dosis de violencia que dañan o directamente suprimen la libertad, convirtiendo a un ser humano en un mero instrumento de otro, y que es responsabilidad de todos, también del Estado, trabajar eficazmente para suprimir las causas de esta tragedia;
- (ii) entender que la autonomía, la libertad, tiene como contrapartida la solidaridad debida al más vulnerable, solidaridad que alcanza a la situación económica, pues como sostenía Stefano Rodotà, “a través de la alimentación adecuada y segura, no sólo se nutre el cuerpo, sino la misma *dignidad* de la persona”.

El segundo cambio tornó en “paidocéntrico” el Derecho de Familia; en el centro del escenario está una persona que, conforme su autonomía progresiva, reclama ser oído, un derecho que, en Mendoza, existía desde mediados del siglo pasado, antes de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el llamado Código Procesal de Podetti, pero al que las estructuras judiciales y administrativas respondían con “oídos sordos”.

El tercero fue resultado de haber aprendido que el Derecho, por sí solo, no puede iluminar la totalidad de la experiencia humana; necesita la luz de otras ciencias, del arte y, por qué no, de la experiencia cotidiana que muestra que junto a los parientes existen los “allegados” y, en general, otras personas a las que estamos unidas por relaciones generadas por el afecto.

El cuarto cambio impuso a los llamados “operadores jurídicos” despojarse del excesivo ritualismo y hablar claro, para ser comprendidos por los verdaderos destinatarios de las normas.

El libro que el lector tiene en sus manos, gracias a los esfuerzos

de la editorial Rubinzal-Culzoni, refleja una pequeña parte de toda esa actividad demostrativa de esta nueva visión.

Se divide en tres partes.

La primera es una recopilación de los trabajos de panelistas y expositores cuya variedad temática da cuenta de la diversificación y complejidad de la materia.

Comienza con un artículo de AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI que apunta a uno de los mayores desafíos que enfrenta el Derecho del siglo XXI: la multiculturalidad. Propone verificar si una pauta del multiculturalismo (la religión), en algunas ocasiones, en materia de adopción, puede resultar un elemento perturbador para el interés superior del niño.

MARISA HERRERA aborda la perspectiva contemporánea del principio de autonomía progresiva de NNA en las relaciones de familia; da cuenta del extenso y revoltoso caudal de agua que ha corrido debajo del puente de la autonomía progresiva, desde la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

JUAN MANUEL LEZCANO, decano de la Universidad Gastón Dachary de Misiones, se detiene en la secularización y el multiculturalismo en el Derecho Civil argentino, vinculándolos a la autonomía progresiva de NNA.

El aporte de NELSON RONSEVALD, en su carácter de fiscal de justicia del Ministerio Público de Brasil, se enfoca en el cruce entre responsabilidad parental y responsabilidad civil e indaga sobre la viabilidad y la eficacia de la reparación dineraria frente a la omisión de los deberes de cuidado en Brasil.

El impacto en el Derecho de las Familias del siglo XXI de la cuarta revolución industrial ha sido trabajado por la profesora madrileña PALOMA LLANEZA. Discurre entre las muy actuales cuestiones de la regulación de la IA, el uso de técnicas de *big data* y los sistemas ciberfísicos inteligentes (robótica).

Identidad de género, autonomía reproductiva y acceso a tecnologías es el título del trabajo de ELEONORA LAMM, quien, desde la Bioética, propone la deconstrucción del sexo, del género y de los roles, en tanto, en su opinión, hoy es prácticamente imposible seguir hablando de maternidades y paternidades.

En la órbita de los efectos patrimoniales de la ruptura de las parejas, MARIEL MOLINA DE JUAN se enfoca en la violencia económica como

forma de violencia naturalizada en el discurso familiar y social. Se hace eco de algunas decisiones que aproximan el discurso normativo a la práctica judicial.

Desde el Derecho Sucesorio, el profesor cubano LEONARDO PÉREZ GALLARDO se detiene en las herramientas de planificación sucesoria, enfocado especialmente en la viabilidad y utilidad de los pactos sucesorios para regular los efectos económicos de la ruptura de las uniones convivenciales por muerte.

El contrato de seguro de vida, otro elemento de planificación sucesoria, ha sido estudiado por el jurista italiano GIOVANNI BERTI DE MARINIS. El trabajo destaca el gran interés práctico de la figura para gestionar la transferencia del propio patrimonio después de la muerte.

ANTONIA DURÁN AYAGO, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca, propone un nuevo paradigma para el espacio europeo, en punto a la libre circulación de personas (y familias), y el método de reconocimiento de situaciones jurídicas (matrimonio entre personas del mismo sexo o filiación por gestación por sustitución).

La segunda parte contiene una selección de las ponencias destacadas por las autoridades de cada una de las seis comisiones que sesionaron, en las que se presentaron casi doscientas. Se incorporan también los mejores trabajos de los estudiantes, quienes, acompañados por sus profesores, se animaron a participar con voz y voto de las sesiones.

Finalmente, se recogen las conclusiones y recomendaciones surgidas del fecundo debate de las comisiones.

Una hermosa canción italiana de los años sesenta dice: "*Il mondo non si è fermato mai un momento*". Con igual sentido de la necesaria evolución, el Congreso realizado en Mendoza tuvo por presupuesto que tampoco el Derecho de Familia se detendrá, ni siquiera un momento, en su búsqueda por encontrar soluciones más justas, tal como lo muestran los trabajos que integran este volumen.

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
y MARIEL F. MOLINA DE JUAN
Mendoza, un día de primavera

INFANCIAS Y ADOLESCENCIAS TRANSGÉNERO LIBRES Y PLURALES

por ROCÍO GABRIELA MONTAÑA
y MARTINA CLARA POSSE¹

SUMARIO: 1. Transgénero y su amparo en el Derecho Internacional. 2. Reconocimiento de las minorías. 3. Atributo de la personalidad y desarrollo al propio plan de vida. 4. Identidad de género en niños, niñas y adolescentes. 5. Garantías al derecho de la identidad de género. 6. Derecho al nombre desde una doble faz, instrumental y dinámica del día a día. 7. Derecho al propio cuerpo. 8. Consentimiento de los progenitores vs. consentimiento del niño. 9. Rol del Estado. 10. Conclusiones. 11. Bibliografía.

Resumen

Al identificar a las personas trans como una minoría, inmersa en un mundo jurídico que va desde tratados internacionales hasta leyes provinciales, es pasible de cuestionarnos si se les reconoce derechos fundamentales como la igualdad, la no discriminación y la dignidad. Nos preguntamos qué sucede desde el seno de la familia hasta la sociedad en general con el niño, niña y adolescente que no se siente identificado con el género con el cual nació. Desarrollar el derecho al propio cuerpo a través de las intervenciones quirúrgicas y trata-

¹ Ponencia premiada categoría Estudiantes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue, Sede en la ciudad de General Roca, Río Negro. Avalada por Irene Peruzzi, Defensora de Pobres y Ausentes N° 1, General Roca (e-mail: ireperuzzi@yahoo.com.ar); profesora adjunta de Derecho Procesal Civil y Práctica Profesional de Procesal Civil; Dr. Pablo Gutiérrez Colantuono, profesor adjunto de Derecho Administrativo, Práctica Profesional de Derecho Administrativo, y director de la carrera de posgrado Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, conjuez federal en la ciudad del Neuquén, Provincia del Neuquén (e-mail: drpablo-gutierrez@gmail.com, página web: www.gutierrezcolantuono.com.ar).

mientos farmacológicos que deriva de la formación del consentimiento del niño a partir de su capacidad progresiva y el interés superior y cuál es la incidencia de la responsabilidad parental. A su vez, cómo es que consolidamos este derecho a la vivencia interna e individual del género a través de la exteriorización en la rectificación registral del sexo y cambio de nombre cuando no coincida con el género que el/la niño/a se autopercibe.

1. Transgénero y su amparo en el Derecho Internacional

“La conceptualización de la familia con una perspectiva de género y el análisis crítico de la distinción entre el mundo privado y el ámbito público han generado una nueva camada de investigaciones que ponen en cuestión la imagen idealizada de la familia nuclear”². Tales circunstancias tienen directa implicancia en una sociedad que deja en evidencia una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares cisnormativos o heteronormativos, con lo cual se envía un mensaje generalizado a aquellas personas que se aparten de dichos estándares “tradicionales”. Este mensaje ya no tiene lugar dentro de la constitucionalización del Derecho de Familia donde un sinnúmero de derechos humanos rompen el prototipo sistemático de opresión, donde están en juego la no discriminación, la igualdad, la autonomía de la voluntad y la dignidad.

Las personas transgénero, al margen de la familia nuclear o mejor dicho de la sociedad en general, han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización y violaciones a sus derechos fundamentales. Cabe preguntarse cómo esto es posible, si en la cúspide del reconocimiento de nuestros derechos, dentro de un bloque que nos atrevemos a llamar más que federal, latinoamericano, se encuentran los tratados internacionales de derechos humanos (conf. art. 75, inc. 22, de la CN), que a partir de la reforma constitucional de 1994 se caracterizan por tener jerarquía constitucional, además de las sentencias y opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que son obligatorias para nuestro país, en el cual se desa-

² HERRERA, 2015, p. 6.

rollan un catálogo de derechos que hacen desaparecer las minorías, en donde todos somos iguales.

Asimismo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló en el año 2011 que "...en todas las regiones hay personas que sufren violencia y discriminación debido a su orientación sexual o identidad de género" y que "la sola percepción de la homosexualidad o identidad transgénero pone a las personas en situación de riesgo"³.

2. Reconocimiento de las minorías

El grupo minoritario al que nos referimos se encuentra acogido en un colectivo denominado LGBTI que incluye a lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales, y tras una larga búsqueda de la ampliación de sus derechos en el 2012 se sancionó en la República Argentina la Ley 26.743 de Identidad de Género. Esta ley trae "consideraciones claves para poner fin a la revictimización de un grupo social de alto grado de vulnerabilidad en atención a su desprotección e incluso a la abierta discriminación a la que han sido sometidos"⁴. La mayor premisa de dicha ley es que toda persona tiene derecho a que su identidad se le reconozca.

Además de ser excluidos del reconocimiento de sus derechos, también lo son en el día a día, en diversas situaciones donde ya desde pequeña edad un/a niño/a trans es tildado de caprichoso, o que sufre de trastornos en su identidad sexual, no siendo escuchado o ignorado, hasta llegar a altos niveles de opresión en su personalidad.

Siguiendo la idea de este paralelismo entre las minorías excluidas y la sociedad con una igualdad irreal, la Convención contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, siguiendo el principio de la autonomía de la persona, y que busca que todas las personas, sea cual sea su condición sexual o de género, de raza, de nacionalidad, deben ser tratadas como iguales, "...en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida"⁵.

³ ONU, 2011.

⁴ HERRERA, 2015, p. 32.

⁵ CIDH, 2017, p. 44.

3. Atributo de la personalidad y desarrollo al propio plan de vida

En el caso concreto, una persona transgénero es quien se identifica con el género opuesto al que le fue asignado al nacer. Partimos desde su autonomía personal, la cual le permite desarrollar su plan de vida conforme a sus convicciones y propias decisiones, que implícitamente en la gestación de esta personalidad hay aspiraciones, sueños, convicciones, planes, o simplemente la intención de que se le reconozca su identidad. Esta dignidad en la cual se desarrolla el plan de vida, que se configura dentro de los derechos personalísimos, se ve viciada en el día a día como por ejemplo en el momento en que una persona transgénero asiste a un hospital, o busca un trabajo, y en el caso de los/as niños/as y adolescentes al momento de ir a las instituciones educativas. Tanto en el ámbito de estas últimas como en el de la familia, son escasas las medidas pluralistas que se adoptan, tanto para el género trans como para todos los miembros del grupo LGTBI.

En otras palabras, el poder desarrollar su propio plan de vida constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad definida así es un derecho humano básico, que se proyecta en la Convención Americana. En igual sentido reza el artículo 19 de nuestra Carta Magna: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, en virtud de reconocer al individuo cierta libertad donde pueda desarrollarse, tomar decisiones acerca su persona, y que éstas, mientras se encuentren en los límites descriptos por el artículo en cuestión, deben ser respetadas por todos.

Para reafirmar el reconocimiento de este derecho, desde la cúspide del reconocimiento de éstos, la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció: “...para este Tribunal, se desprende por tanto, del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la protección del derecho a la vida privada, un derecho a la identidad, el cual se

encuentra en estrecha relación con la autonomía de la persona y que identifica a la persona como un ser que se autodetermina y se autogobierna, es decir, que es dueño de sí mismo y de sus actos”⁶.

4. Identidad de género en niños, niñas y adolescentes

Partiendo de la base de que toda persona transgénero goza de los derechos fundamentales, cabe preguntarse cuál es el rol que pueden ejercer los/as niños/as o adolescentes transgénero en el marco tanto del Derecho como de la realidad, en donde se analizará cómo el Código Civil y Comercial de la Nación y el Estado reconocen y garantizan los derechos de los mismos.

Siguiendo la línea de nuestro análisis, primero es pasible de analizar la normativa internacional en donde encontramos que en la Convención sobre los Derechos del Niño se los reconoce como “sujetos de derechos”, con derechos y responsabilidades apropiadas según su edad y madurez. A su vez, a nivel nacional la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes reconoce que “Se admite la especial situación en la cual se encuentran, reconociéndoseles la titularidad no sólo de los derechos que le corresponden a toda persona por su carácter de tal, sino también un plus que se integra con derechos específicos que les corresponden por su condición de sujetos en crecimiento hasta su total autonomía”⁷. Además, les amplía la protección de sus derechos expresamente a los que refieran los tratados internacionales. Así vemos cómo es inevitable un tratamiento integral del reconocimiento de los derechos. A su vez, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral. Pero a pesar de este plexo normativo de derechos, hay que analizar cómo se desarrollan en la realidad, y el papel que cumple el interés superior del niño. Si predomina la autonomía del hijo/a, o la autonomía de los padres en el ejercicio de su responsabilidad parental, y cómo permite el Código Civil y Comercial que los niños, niñas y adolescentes en el marco de la autonomía de su voluntad puedan desarrollar su propio plan de vida desde corta edad, como pasó en el caso de Paz,

⁶ CIDH, 2017, p. 45.

⁷ HERRERA, 2015, p. 37.

que fue la primera niña trans de Neuquén y la Patagonia, quien desde los 2 años ya manifestaba a sus padres que no se sentía del sexo con el cual nació.

Respecto al derecho a la identidad, la Corte ha indicado que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.

5. Garantías al derecho de la identidad de género

A partir de la Ley 26.743 de Identidad de Género, se hace completo el reconocimiento desde el orden nacional de nuestra legislación al derecho a la identidad desde el género autopercibido, dando resguardo a través de mecanismos que aseguran dichos derechos que responden a nuestra realidad social territorial. Con esto encontramos dos principios rectores que confluyen y son la autonomía de la voluntad y el trato digno que se espera frente a las personas transgénero. Es con esto que pasamos al plano de lo particular y lo concreto. ¿Cómo garantizamos en primera instancia que esto suceda de la mano de nuestro campo que es el Derecho? Primero que todo, le tenemos que garantizar a la persona los instrumentos que acreditan dicha identidad de la forma en que se autopercibe, es decir, respetando el nombre de pila, imagen y sexo con los cuales se siente identificado.

6. Derecho al nombre desde una doble faz, instrumental y dinámica del día a día

Desde la faz instrumental nos encontramos con que es necesario acudir a la rectificación registral que modifique estos aspectos antes mencionados cuando no coincidan con su autopercpción de sí mismo/a. El Código Civil y Comercial establece en su artículo 69 el cambio de prenombre, sin intervención judicial en razón de identidad de género, considerándolo dentro de los “justos motivos” en causales que posibilitan un cambio de nombre.

Para los/as niños/as y adolescentes la solicitud del trámite deberá



ser hecha a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del niño, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva y el interés superior del mismo, más allá de que también contará con el abogado del niño. Deberán presentar ante la oficina seccional correspondiente del Registro Nacional de las Personas una solicitud que manifieste encontrarse amparada/o por esta ley y requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número de identidad que es lo único que siempre permanecerá inalterable. Aparte de esa solicitud, se expresará el nuevo nombre de pila elegido y en ningún caso se exigirá que se acredite la intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales o cualquier tipo de tratamiento médico o psicológico.

El proceder del oficial público estará regido por el principio de oficiosidad en cuanto a la notificación al Registro Civil ya que no dependerá de ningún acto administrativo ni judicial para proceder, según lo que concluimos del artículo 6° de la ley. Una vez cumplidos los trámites especificados por la parte interesada, el mismo procederá a pedir la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila en la jurisdicción del Registro Civil donde fue asentada el acta de nacimiento para que realicen una nueva acta de nacimiento. También procederá a expedirle un nuevo documento de identidad que refleje la rectificación del género y el nuevo nombre de pila. Y en orden al principio de no discriminación e igualdad, una vez más, se exige que el instrumento sea como cualquier otro instrumento de dicha índole, prohibiéndose cualquier tipo de referencia en la partida de nacimiento o documento sobre dicha ley.

El principio de confidencialidad es esencial en dicho proceso ya que sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada. Tampoco se dará publicidad a la rectificación registral y se omitirá la publicación en los diarios como dispone la ley 18.248, ya que la determinación del género responde a una vivencia interna e individual que puede o no ser exteriorizada. Aquí es cuando podemos distinguir la faz dinámica en el día a día en sociedad. ¿Cómo es que se protege el derecho a la identidad de género? Las y los

niñas/os transgénero exteriorizan su identidad de género como desean, la modalidad será libremente escogida por la persona si es que desea hacerlo, puede ir desde la apariencia o función corporal hasta expresiones como la vestimenta, modo de hablar, modales, dejando entrever la ley un carácter enunciativo amplio no taxativo, ya que esto depende de la autonomía de la voluntad y de la libertad de expresión de cada persona sin estar sujeto a condiciones o estereotipos. “En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligado necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad”⁸.

Otro de los aportes fundamentales que da esta ley en la protección de las personas transgénero en su faz dinámica es que ante el solo requerimiento de niñas, niños y adolescentes de utilizar un nombre de pila distinto al consignado en su documento, deberá ser incorporado para la citación, legajo, registro, llamado y cualquier otra gestión o servicio tanto en los ámbitos públicos como privados. Este artículo un poco desviste de formalismos rigurosos ante una cuestión de fondo sumamente trascendental en nuestra identidad como lo es nuestro género de la mano con el nombre de pila. A su vez, dispone que cuando por la naturaleza de la gestión sean necesarios los datos obrantes en el documento, se combinarán las iniciales del nombre y apellido, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado. Será de especial importancia para el debido trato digno que incluso al ser simplemente nombrada la persona en público, se respete y utilice únicamente el nombre de pila escogido por la/el niña, niño y adolescente.

7. Derecho al propio cuerpo

Dentro de este derecho podemos encontrar una conjunción entre el derecho a una salud integral y el derecho al propio cuerpo; en el

⁸ CIDH, 2017, p. 47.

caso de los/as niños/as y adolescentes transgénero pueden acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o a tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad. Se deberá obtener el consentimiento informado del niño/adolescente, siendo el representante legal los padres del mismo para la rectificación registral. En el caso de intervenciones quirúrgicas para menores, también se deberá contar con la conformidad de la autoridad judicial competente que se remitirá a velar si esta decisión respeta el caso concreto del niño/adolescente sobre los parámetros del interés superior y capacidad progresiva del mismo. El juez deberá expedirse en un plazo no mayor a 60 días, lo que hace regir un principio de celeridad de los plazos e inmediatez en las resoluciones.

El Código nos dice que la persona menor de edad tiene derecho a participar en las decisiones que se toman sobre su persona. A su vez distingue entre dos rangos aproximados de edad, el primero va desde los 13 a los 16 años, sobre el cual se presume que tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. Frente a tratamientos invasivos que sí comprometen la integridad, salud o vida del adolescente, se exige la asistencia del representante, con el consentimiento de la persona menor de edad. No se está hablando de representación ni de sustitución sino de asistencia, pues es el adolescente el que presta el consentimiento, asistido por su representante.

Por otro lado, la edad de 16 años viene a ser un tope a partir del cual el régimen de menor edad ya no es aplicable en función de la presunción que la norma establece en favor del adolescente mayor de 16 años, pues él es considerado como un adulto para la toma de decisiones relativas al cuidado de su propio cuerpo. Justamente en consonancia con los artículos 5° y 11 de la Ley de Identidad de Género y con el decreto reglamentario 903/2015 que reglamenta el artículo 11 de la Ley de Identidad de Género, se establecen estos derechos como una garantía personal a la identidad de género de las personas; también se determina que aceptar o rechazar terapias respecto a esto debe hacerse prestando el correspondiente consentimiento de acuerdo a las convicciones y en ejercicio de dicho derecho personalísimo vin-

culado a la disposición del propio cuerpo en las relaciones clínicas. ¿Por qué es que resaltamos que es un derecho personalísimo? Porque implicaría entonces que nadie más allá de la persona de la que se trate puede tomar esta decisión, y con esto ponemos de manifiesto la contradicción que más adelante exponemos.

Retomando la cuestión de los adolescentes mayores de 16, los mismos, como decíamos, se consideran como un adulto respecto a estas decisiones. Para lo cual serían aplicables entonces los artículos 55 y 56 del Código que nos dice cómo disponemos de los derechos personalísimos y a qué nos referimos con actos de disposición sobre el propio cuerpo. Es así que el consentimiento sobre éstos tiene como requisito que no sea contrario a la ley, moral o buenas costumbres; en principio será admitido a no ser que se dé alguna de estas situaciones. El mismo no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable, de aquí es que devienen todos los caracteres tipificantes de cómo debe ser este consentimiento: informado previamente, libre, preciso y adecuado. El artículo 56 por su parte dispone que están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad, con determinadas excepciones como el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona. Sin embargo, no consideramos que este tipo de intervenciones ocasionen estas consecuencias ya que no generan disminuciones, sino que modifican el cuerpo de tal forma que coincida con el género autopercebido sin ocasionar un perjuicio real sobre la persona. Al contrario, garantizan el derecho a la dignidad y a la autonomía generando en la persona seguridad personal y satisfacción consigo misma para con su expresión frente al resto, tal como quiere ser referenciada.

Reforzando esta idea la CIDH ha dicho: “De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuyen a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género autopercebida

relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada”⁹.

8. Consentimiento de los progenitores vs. consentimiento del niño

La cuestión viene cuando alguno de los representantes legales se niega a prestar el consentimiento para dicha rectificación registral o intervención quirúrgica total o parcial o tratamiento hormonal. Nos preguntamos si es realmente el consentimiento de los padres el que se necesita o si en realidad es el consentimiento del/la niño/a o adolescente el que se precisa. El artículo dispone que se recurrirá por vía sumarísima cuando ocurran estos casos donde las juezas o jueces resolverán según la capacidad progresiva y el interés superior del niño.

Nos resulta contradictorio el presunto “consentimiento” que deben prestar los padres tanto para el cambio del nombre como para la práctica de intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales. Más allá de la discusión de si resulta invasivo o no, acá nos interesa poner de manifiesto que lo fundamental es el consentimiento del niño/a o adolescente en la medida de sus posibilidades. Como destaca el artículo 26, el rol de los padres debe ser de “asistencia”, de ser un medio entre la/el niña/o y lograr concretar su género autopercebido tal como lo desea. No se trata de que los padres estén de acuerdo o no con esta vivencia interna, es decir, lo que se busca no es el consentimiento de ellos porque las consecuencias de estas garantías no recaen sobre sus personas, recaen en la persona de su hijo/a, que es el interesado en que esto suceda. Como dice la Corte: “Partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad”¹⁰.

Por eso no nos parece compatible que en el segundo párrafo del

⁹ CIDH, 2017, p. 47.

¹⁰ CIDH, 2017, p. 47.

artículo 5° de la Ley de Identidad de Género se disponga lo siguiente: “Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan...” En dicho párrafo debería hacerse alusión al asentimiento de los padres o a la negación de la asistencia a la que alude acertadamente el artículo 26.

A su vez cabe recalcar el rol de los progenitores frente a sus hijos, siendo que el artículo 7° de la ley 26.061 sobre responsabilidad familiar establece que la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. A su vez establece que los organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad.

Dentro de los deberes enumerados en el artículo 646 del Código Civil y Comercial encontramos dos deberes fundamentales que deben servir como principios rectores para el actuar de los progenitores. Éstos son: “*respetar* el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus *derechos personalísimos*” y “*prestar orientación y dirección* al hijo para el *ejercicio y efectividad* de sus derechos” (el destacado nos pertenece).

Otra de las cuestiones relevantes es: ¿Cuáles son las consecuencias del conflicto de intereses con los representantes legales? En primera instancia contará con asistencia del abogado del niño; en el caso de Neuquén, en este rol se encuentra personal de la Dirección de Diversidad, proponiendo que no sea alguien interno del Poder Judicial provincial, lo cual nos parece acertado al correr al niño del ámbito de la judicialización de estas temáticas que merecen un análisis más interdisciplinario que responda con contención social.

En segunda instancia dependerá del rango de edad relativamente. Si tuviere entre 13 y 16 años, el juez debe resolver a partir del interés superior y capacidad progresiva del niño. Si tuviere entre 16 y 18, el adolescente también será oído, y su decisión respecto a la disposición de su propio cuerpo en virtud de poder desarrollarse como se auto-percibe se tomará como si fuese un adulto y no hará falta nada más

que esto, es decir, deberá prestar el consentimiento pleno, libre e informado ante el juez de la causa, ya sea para poder acceder al tratamiento farmacológico hormonal o para acceder a la intervención quirúrgica.

9. Rol del Estado

Entre las herramientas que nos garantizan el reconocimiento de los derechos de las personas transgénero, además de la rectificación registral que es una política pública de Estado, también hallamos otras medidas que nos complementan estas garantías. Podemos citar como ejemplo de política activa y comprometida en la materia el “Primer Foro Interdisciplinario de Infancias Trans” que se llevó a cabo en la ciudad de Neuquén de la misma provincia.

El Estado en su rol es fundamental ya que “la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para la realización del mismo colocan a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales, creándose así *diferencias de tratamiento y oportunidades* que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, además de ser un obstáculo frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica” (el destacado nos pertenece)¹¹. De acuerdo con ello, el Estado, en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintitas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas en razón de los principios de igualdad y no discriminación en el ejercicio de los derechos.

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 5° establece que el Estado tiene la responsabilidad indelegable de garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal, y la Ley de Identidad de Género no deja de ser una de estas políticas públicas que deben ser garantizadas y

¹¹ CIDH, 2017, p. 49.

difundidas para dar amplitud al conocimiento de los niños y adolescentes en cuanto a los derechos con los que cuentan. Es así que se deben garantizar con absoluta prioridad estas políticas públicas para el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y entre sus implicancias se encuentra la prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando los derechos de los mismos colisionen con los intereses de los adultos.

El Estado debe adecuar e instruir a sus organismos provinciales encargados del Registro Civil en cuanto a su legislación interna y procedimientos para poder garantizar el derecho a la rectificación registral de forma rápida y eficaz. Sin exponer al niño a un proceso tedioso, que lo exponga y lo victimice cuando en realidad se trata de un derecho personalísimo que se encuentra afectado y como tal es prioritario, se debe tratar de un procedimiento de rectificación con los mismos plazos que cualquier otro y confidencial, respetando el principio de igualdad, trato digno y el principio de intimidad.

10. Conclusiones

El análisis tiene su génesis en las minorías LGBTI, que históricamente han sido discriminadas por ser un componente vulnerable de la sociedad. En particular, el género trans, a quienes hacemos referencia desde el punto de vista de un niño, niña o adolescente.

Están amparados por un bloque latinoamericano, que penetra en la legislación nacional a partir de la constitucionalización del Derecho de Familia. En este plexo normativo se les reconoce múltiples derechos fundamentales, tales como la igualdad, la no discriminación, el derecho a su propio plan de vida, entre otros tantos derechos personalísimos.

Sin embargo, creemos que existe una igualdad irreal que se genera entre las normas jurídicas y las prácticas habituales en la sociedad.

Necesitamos empezar a pensar la sociedad en sintonía de pluralismo y dejar de lado el binarismo, desde lo netamente jurídico en la adaptabilidad de normas hasta el lenguaje y el habla.

Reconocimiento inmediato de la “asistencia” de los progenitores en sustitución del presunto “consentimiento” al que hace referencia la ley 26.743 en el conflicto de intereses con las/los niñas/os interesadas/os.

Necesitamos políticas públicas activas que acompañen la real inclusión de las personas transgénero más allá de lo ganado en derechos que garanticen lo educativo, laboral, salud, recreativo, cultural, junto con espacios sociales de apoyo y contención.

11. Bibliografía

CIDH, Opinión Consultiva, *Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, República de Costa Rica (2017).

Decreto reglamentario 903/2015 (2015).

HERRERA, M., *Manual de Derecho de las Familias*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015.

Ley 23.054. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1984).

Ley 23.849. Convención sobre los Derechos del Niño (1990).

Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005).

Ley 26.743. Identidad de Género (2012).

Ley 26.994. Código Civil y Comercial (2014).

ONU, Resolución del Consejo de Derechos Humanos 17/19, *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia* (2011).

Paz, la primera niña trans de Neuquén, en *Diario Río Negro*, del 4-10-2016.