

El derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes

POR **MARÍA FLORENCIA CALÁ**(*)

Sumario: I. Niños, niñas y adolescentes: determinación de sexo y atribución de género.- II. Crisis del paradigma hegemónico tradicional en materia de género e infancia.- III. Impacto de la Ley 26.743 de Identidad de género y del Código Civil y Comercial.- IV. Breves reflexiones.- V. Referencias.

Resumen: el colectivo de las infancias fue tradicionalmente olvidado por el ordenamiento jurídico, prevaleciendo la idea de protección y representación guiada por el principio de beneficencia, a partir de la cual el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes así como también la toma de decisiones que habrían de producir un profundo impacto en su existencia, se encomendaba a aquellos adultos que se estimaba que se hallaban en mejores condiciones para ejercer dicha autoridad: los padres, el juez, el médico. Y uno de los aspectos que se ha visto atravesado por este esquema de invisibilidad/representación de la infancia con miras a su presunta protección, resulta ser el de la determinación del sexo del niño/a y la atribución de género que en su consecuencia se produce. El presente trabajo procura analizar cómo ese paradigma hegemónico tradicional se ha visto impactado a partir de la mutabilidad de la percepción de la infancia y su consiguiente subjetivización, como así también en virtud de la sanción de la ley 26.743 de Identidad de Género y del Código Civil y Comercial.

Palabras claves: identidad de género - niños - niñas - adolescentes

Children's right to gender identity

Abstract: *the collective of children was traditionally forgotten by the legal system, prevailing the idea of protection and representation guided by the principle of beneficence, from which the exercise of the rights of children and adolescents as well as the decision-making that would produce a profound impact on their existence, were entrusted to those adults who were considered best placed to exercise this authority:*

(*) Prof. ordinaria designada por Concurso de las asignaturas Derecho de las Familias, Derecho Sucesorio y Bioética y Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Auxiliar letrada de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, del Departamento Judicial Azul.

parents, judges, doctors. And one of the aspects that has been crossed by this scheme of invisibility/representation of children with the objective of their presumed protection, turns out to be the determination of the sex of the child and the attribution of gender that consequently occurs. This paper tries to analyze how this traditional hegemonic paradigm has been impacted from the mutability of the perception of childhood and its consequent subjectivization, as well as by the sanction of Law 26.743 on Gender Identity and the Civil and Commercial Code.

Keywords: *gender identity - children - adolescents*

I. Niños, niñas y adolescentes: determinación de sexo y atribución de género

El colectivo de la infancia fue tradicionalmente olvidado por el ordenamiento jurídico, prevaleciendo la idea de protección y representación guiada por el principio de beneficencia, a partir de la cual el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes así como también la toma de decisiones que habrían de producir un profundo impacto en su existencia, se encomendaba a aquellos adultos que —en virtud de la posición que ocupan dentro del núcleo familiar o en la estructura social conformada a la luz del esquema poder/saber— se estimaba que se hallaban en mejores condiciones para ejercer dicha autoridad: los padres (1), el juez, el médico; así se materializó lo que se ha dado en llamar la “colonización” del mundo adulto respecto de la niñez (Resta, 2008).

Uno de los aspectos que se ha visto atravesado por este esquema de invisibilidad/representación de la infancia con miras a su presunta protección, resulta ser el de la determinación del sexo del niño/a y la atribución de género que en su consecuencia se produce.

En esa línea, señala Maffía (2003) que una de las premisas que conforma el punto de vista conservador y patriarcal sobre la sexualidad humana sostenido desde la filosofía, la medicina, el derecho y la religión dogmática, es la afirmación de que los sexos son solo dos: masculino y femenino.

Es así que se observa que, aunque aparentemente la biología muestra que los seres humanos vienen en dos sexos, son más las combinaciones que resultan de

(1) En sus inicios “el” padre, en tanto no podía imaginarse otro modo de vinculación familiar entre padres e hijos/as que no fuera la determinada a partir de la prevalencia de la figura paterna, la potestad de este padre frente a la mujer y, por supuesto, a sus hijos/as menores de edad; situación que en el derecho argentino se vio impactada por la sanción de la ley 23.264, que puso en cabeza de ambos progenitores no solo la titularidad sino también el ejercicio, en condiciones de igualdad, de la entonces llamada patria potestad.

las cinco áreas fisiológicas de las cuales depende lo que, en términos generales y muy simples, se ha dado en llamar “sexo biológico” de una persona: genes, hormonas, gónadas, órganos reproductivos internos y órganos reproductivos externos (genitales). Estas áreas controlan cinco tipos de procesos biológicos en un *continuum* —y no una dicotomía de unidades discretas— cuyos extremos son lo masculino y lo femenino (Lamas, 1999). Entonces, para entender la realidad biológica de la sexualidad es necesario introducir la noción de “intersexos”. Como dentro del *continuum* podemos encontrar una sorprendente variedad de posibilidades combinatorias de caracteres, cuyo punto medio es el hermafroditismo, los intersexos serían, precisamente, aquellos conjuntos de características fisiológicas en que se combina lo femenino con lo masculino (Lamas, 1999).

De este modo, la existencia de personas de “sexo ambiguo”, portadoras de una anatomía no fácilmente identificable como femenina o masculina, pone en crisis la “naturalidad” del sexo y evidencia que el sexo anatómico mismo, su propia presunta dicotomía, son producto de una lectura ideológica que fuerza no solo la interpretación de los cuerpos sino su misma apariencia (Maffía y Cabral, 2003); el sexo también es una construcción social (Lamm, 2018).

Aquello que no ingresa naturalmente en el dimorfismo sexual no se tolera, se considerará desviado, patológico, antinatural, peligroso, perverso (2); se clasificará como una urgencia pediátrica que las más de las veces tiene una cruenta y arbitraria resolución quirúrgica.

Mecanismos como la deliberación sobre el sexo de la persona recién nacida, la intervención de los padres en la discusión, la consulta con el/la paciente mismo/a en su adolescencia, forman una periferia muchas veces invisible como posibilidad. Por el contrario, con basamento no en una necesidad terapéutica sino más bien en una evaluación basada en criterios culturales acerca de la identidad de género y su apoyatura material en el cuerpo, se mutila un pene demasiado pequeño para ser aceptable, transformando al niño en niña; se corta un clítoris demasiado largo para ser aceptable, transformándolo en insensible; se abren y ensanchan vaginas o se construyen con otros tejidos a fin de permitir la penetración; se extirpan gónadas que no pueden convivir con la anatomía externa (Fischer Pfaeffle, 2003); y todo ello, a fines de eliminar una ambigüedad que se considera monstruosa, en pos de asegurar la futura “felicidad” de un niño/a que —invisibilizado en el proceso de toma de decisiones sobre su propio cuerpo— podrá mostrar su sexo sin

(2) Llama la atención Giberti (2003) sobre el frecuente uso del vocablo “perverso” cuando se intenta reflexionar acerca de determinadas diferencias respecto de lo que se considera “normal”, sosteniendo que se trata de pensamientos fijados en categorías monolíticas y universalistas, a la retranca del pensamiento múltiple y de las lógicas de la paradoja que reclaman su inclusión en el modo de registrar y tratar a los otros.

avergonzarse, casarse y tener hijos (Maffía y Cabral, 2003). El cuerpo se transforma en la superficie material en la que la cultura talla la(s) identidad(es) subjetiva(s), donde la sociedad define la forma aceptable de varones y mujeres, los únicos dos protocolos corporales legitimados como naturaleza humana (Morgade y Alonso, 2008).

Tan fuerte es entonces el dogma sobre la dicotomía anatómica que, cuando no se la encuentra, se la produce. Cuando los genitales son ambiguos, no se revisa la idea de la naturaleza dual de ellos, sino que se lleva adelante un disciplinamiento para que se ajusten al dogma a partir de una estructura de normalización que la medicina y psicología asumen como instituciones. Así, se produce la objetivización y despersonalización de la infancia, a partir del ejercicio de un poder médico hegemónico servil a una ideología cultural intransigente y patriarcal que no solo conlleva la realización de prácticas totalmente invasivas, sino que también recomienda a los padres mantenerlas en secreto. De este modo, se provoca un daño agregado: los niños y niñas intersex viven en la ignorancia o en la vergüenza sobre su condición (Maffía y Cabral, 2003).

Afirmar que los sexos son solo dos, conlleva a afirmar también que la atribución de género (el género que los otros en el mundo social nos adscriben, masculino o femenino), la identidad de género (el propio sentido de pertenencia a la categoría femenina o masculina), y el rol de género (las expectativas culturales sobre las conductas apropiadas para una mujer o un varón) han de ser también dicotómicos e invariables, y han de ir necesariamente encolumnados, esto es, el sujeto ha de tener la identidad subjetiva de género de su sexo anatómico y cromosómico, expresará y aceptará los roles correspondientes, y hará una elección heterosexual (Maffía y Cabral, 2003).

De este modo, tanto el sexo como el género de la infancia se ven condicionados por el binarismo limitante que impone el marco hegemónico imperante, el cual no logra dar cuenta de la multiplicidad de identidades que, tras un discurso patologizante que percibe lo diferente como una desviación de los estándares normativos, se ven invisibilizadas, estereotipadas, vulnerabilizadas o, a lo sumo, resultan toleradas como una “estrategia de condescendencia” que lleva la violencia simbólica a un grado más alto de disimulación (Lamas, 1999).

II. Crisis del paradigma hegemónico tradicional en materia de género e infancia

La crisis de este paradigma hegemónico tradicional en materia de género e infancia se evidencia a partir de una doble ruptura.

a) El primer quiebre, que impacta y conmueve el cuadro de situación descripto anteriormente, se da a partir de la mutabilidad de la percepción de las infancias y su consiguiente subjetivización y empoderamiento: los niños, niñas y adolescentes ya no son considerados objeto de sustitución (Fernández, 2021).

En efecto, producto del proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado a partir del ingreso transversal de la doctrina de los derechos humanos en el plano infraconstitucional y, por lo tanto, en las distintas instituciones del derecho civil, se generan ciertos principios jurídicos coherentes con un Estado constitucional de derecho, tanto a nivel vertical —del Estado al ciudadano— como horizontal —de las personas entre sí—. Dentro de estos principios se encuentra el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, que exige la consideración obligada de su condición de sujetos de derechos, y la posibilidad de ejercerlos conforme su madurez y grado de desarrollo.

Con acierto se ha sostenido que las ciencias humanas (antropología, psicología, pedagogía, sociología) evidencian de manera cada vez más clara en el estudio de las etapas evolutivas (no solo a nivel físico, sino también a nivel psíquico, social y cultural), cómo la autonomía (en el sentido de capacidad de elegir de manera consciente) es algo que se adquiere de manera gradual y progresiva; gradualidad y progresión que no se condicen con el límite convencional de la mayoría de edad tradicionalmente fijado y cristalizado por el derecho (Palazzini, 2005) y que, por tanto, llevaron al cuestionamiento del régimen de capacidad contemplado en el Código Civil derogado, en cuyo marco la capacidad jurídica de niños, niñas y adolescentes era regulada de manera rígida y centrada en la edad como elemento *sine qua non* para habilitar o prohibir que una persona menor de edad pudiera ejercer por sí determinados derechos.

Frente a este criterio estático constituyente del paradigma sobre el que tradicionalmente se asentó la mirada de la infancia, el principio de autonomía progresiva fundado en lo dispuesto por el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, receptado en el derecho interno a partir del dictado de la Ley 26.061 y profundizado con la sanción del Código Civil y Comercial, exige a todos los actores respetar el ejercicio de los derechos por parte de los propios niños, niñas y adolescentes cuando estén preparados para poder llevarlos adelante por sí mismos.

Y esta obligación trae consigo una doble consideración. Por un lado, atender al grado de madurez o desarrollo cognitivo de los niños, niñas y adolescentes para respetar sus individualidades y características personales, y por el otro, atender también al tipo de acto, acción o situación de que se trate, en la inteligencia de que un cierto grado de madurez podría ser suficiente para ejercer un derecho —fundamentalmente los de tipo personalísimo que involucren la disposición o el cuidado del propio cuerpo— pero no otros que requieran la necesidad de una mayor

capacidad de comprensión sobre las consecuencias más o menos gravosas de sus actos.

De este modo, se desdibuja la idea de “representación” que lleva consigo la sustitución de la persona menor de edad por los padres u otros terceros, para pensar en mecanismos de asistencia, respetuosos del grado de evolución de los niños/as, y que los hagan partícipes desde el plano jurídico en actos que los involucren de conformidad con su edad y grado de madurez (Herrera, 2015).

b) El segundo quiebre respecto del paradigma tradicional imperante en la materia es aquel que pone en crisis los estereotipos construidos por la sociedad a partir de los cuales el sexo biológico y el género, asignados dicotómicamente y de manera excluyente, constituyen una realidad inapelable (Fernández, 2015).

Se sostiene así que, no hallándose dicha asignación enraizada en lo dado —esto es, en lo biológico o anatómico—, sino en lo construido socialmente —lo que lleva a sostener que la determinación del sexo y la atribución de género resultan ser producto de una acción simbólica colectiva fundada en una lectura ideológica, histórica y cultural de los cuerpos y sus manifestaciones sexuadas—, esta no resulta ser una determinación estática e inmutable, sino que se halla en constante reafirmación y redefinición (Conway, Bourque y Scott, 2000).

Y en este proceso de deconstrucción/reconstrucción subjetiva para forjar la identidad, intervienen e interactúan no solo factores históricos —esto es, los procesos simbólicos respecto a lo que cada cultura considera femenino o masculino—, sino también la realidad psíquica e inconsciente del sujeto, mecanismos a partir de los cuales las personas resisten las posiciones de sujeto impuestas desde afuera demandando el reconocimiento del deseo, del pensamiento y de la propia percepción de quienes somos según nuestra vivencia de lo genérico (Giberti, 2003), en el entendimiento de que, como señala Butler, más allá de los significados culturales que recibamos “nosotros también nos construimos”, rescatando la idea de Simone de Beauvoir del género como “proyecto” (Lamas, 1999, p. 72).

Surge así el término *transgender*, a fines de proporcionar un lugar —y, en consecuencia, visibilizar y rescatar del silencio que no solo oculta sino que, al hacerlo, también excluye— para quienes se sienten en otra dimensión diferente a la que abarca el binomio hombre-mujer; aquellos que al expresar su sentido de identidad entran en conflicto con las normas de género según las convenciones contemporáneas que regulan los comportamientos de cada sociedad, desestabilizando las prescripciones destinadas a dogmatizar las pautas de convivencia, oponiéndose a toda clasificación psiquiátrica o clínica que considere sus conductas como patológicas o desviadas, y reclamando el derecho a la autodeterminación como un derecho personal (Giberti, 2003).

III. Impacto de la Ley 26.743 de Identidad de género y del Código Civil y Comercial

En el marco de lo que Giberti (2003) ha señalado como un hecho político significativo que constituye un indicador de los cambios que actualmente se registran en las concepciones culturales, a saber, la creciente *transconciencia* de la sociedad; en el año 2012 se sancionó la Ley 26.743 de Identidad de género, la que ha venido a profundizar el quiebre del paradigma heteronormativo argentino iniciado con el dictado de la Ley 26.618 de matrimonio igualitario —a partir de la cual se separa definitivamente “familia” de “sexualidad”— y luego complementado por el Código Civil y Comercial —el que hace lo propio respecto de los derechos parentales, captando las relaciones homo y transparentales—.

Sin pretender ser exhaustivos en la descripción de la norma en ciernes, habremos de señalar, en virtud de resultar sustanciales a los fines de analizar la problemática en estudio, algunas de las disposiciones que la misma contiene. En esa línea, se observa que en su artículo 2 define a la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de los medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (3).

En ese contexto, habilita a las personas a “solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida”, cumpliéndose ciertos requisitos, entre los cuales destaca la innecesariedad de “acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico” (4); se halla, de este modo, en absoluta consonancia con lo establecido por la Opinión Consultiva N° 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24/11/2017, la cual separa a la genitalidad de la decisión libre y autónoma que guía la construcción de la identidad de género que realiza cada

(3) En consonancia con lo señalado en los Principios de Yogyakarta (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género) en su primer documento del año 2006, actualizados en 2017 (*Yogyakarta Principles plus 10*).

(4) No obstante ello, para aquéllos que sí deseen someterse a una intervención de reasignación genital, rige lo dispuesto en el artículo 11 del mismo cuerpo legal, conforme se desarrollará en el apartado siguiente.

persona, en el sentido de que la genitalidad no tiene por qué ser necesariamente destino de un género determinado (5).

Y dicha pretensión de rectificación de los datos registrales, se implementa a partir de un trámite administrativo ante el registro de estado civil que corresponda al domicilio del interesado, sin la necesidad de acreditar informe médico o psicosocial alguno. La petición de cambio de identidad de género se sustenta entonces en la noción de “identidad autopercibida”, es decir, en la mera voluntad de la persona manifestada en sede administrativa; de modo que a la desheteronomía y despatologización cristalizadas en la norma, se suma también la desjudicialización del trámite (Herrera, 2015; Kemelmajer, 2014). La armonía se alcanza con la sanción del Código Civil y Comercial, el cual, al regular el instituto del cambio de nombre, dispone en su artículo 69 *in fine* que “(...) se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género”.

III.1. Acceso a la rectificación registral del sexo y cambio de prenombre por razón de identidad de género en personas menores de edad

En el plano internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño no contempló directamente cuestiones asociadas a la identidad de género, aunque sí reconoció el derecho a la identidad, al nombre (artículo 8), a ser oído (artículo 12), el principio de autonomía progresiva y la prohibición de la discriminación dentro de este grupo etario (artículo 2); todos derechos íntimamente relacionados con la temática. No obstante ello, y conforme señala Lamm (2021), todos los tratados están sujetos a una interpretación evolutiva y dinámica, y es por ello que en el año 2016 el Comité de Derechos del Niño en la Observación General N° 20 “Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, incluye a los “adolescentes gais, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales” como grupo que demanda especial atención por ser “objeto de persecución, lo que incluye maltrato y violencia, estigmatización, discriminación, intimidación, exclusión de la enseñanza y la formación así como falta de apoyo familiar y social, y de acceso a la información y los servicios sobre salud sexual y reproductiva” y se pronuncia en el punto 34, instando

(5) Al respecto, el párr. 95 expone que “el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutable 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 autopercibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada”.

a los Estados a que deroguen todas las leyes que criminalicen o discriminen a las personas en razón de su orientación sexual, su identidad de género o su condición de personas intersexuales, y aprueben leyes que prohíban la discriminación por esos motivos. Los Estados también deben actuar de manera eficaz para proteger a todos los adolescentes gais, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales frente a todas las formas de violencia, discriminación o acoso mediante la realización de actividades de sensibilización y la aplicación de medidas que les brinden seguridad y apoyo.

Por su parte, la Opinión Consultiva N° 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce expresamente que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género son aplicables a los niños/as que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y registros su identidad de género autopercibida. Y en ese sentido, resalta que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de los niños/as, únicamente podrá justificarse conforme a los principios de autonomía progresiva, no discriminación, interés superior, respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y respeto a la opinión del niño/a en todo procedimiento que lo afecte, y no deberá resultar desproporcionada.

En esa línea, ya en el plano interno, la Ley 26.743 también regula la situación de las personas menores de edad. Al respecto, el artículo 5 dispone que

(...) la solicitud del trámite (...) deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061. 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, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a (...).

Interpretando dicha disposición con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, gran parte de la doctrina cuestionó la redacción de la misma poniendo de resalto que, al captar la situación de las personas menores de edad, la norma continúa colocando el peso de la decisión mayoritariamente sobre

el adulto, en tanto dispone que la solicitud ha de ser incoada por este con la conformidad del niño/a y no a la inversa, esto es, por el niño, niña o adolescente que cuenta con madurez suficiente para incoar esta pretensión, con la asistencia de su/s progenitor/es. De este modo, se señaló que la captación normativa en ciernes adhiere en cierta medida a un modelo adultocéntrico, en el que la participación de los sujetos involucrados en el proceso de toma de decisiones continúa siendo asimétrica y se aparta, por tanto, del principio convencional de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes.

No obstante, en contraposición al criterio expuesto, otra línea de opinión señaló que si bien el derecho a la identidad de género es de naturaleza personalísima y por tanto su ejercicio no puede ser escindido del sujeto titular del derecho, en ciertos casos, por la edad de dicho sujeto, este puede requerir de la asistencia de un adulto, quien puede acompañarlo en el acceso a los derechos que pueden reclamarse en razón de la identidad de género, tales como el pedido de rectificación registral, y no por ello la voluntad del sujeto titular queda desplazada. En esa línea, destacaron que el pedido de rectificación debe ser realizado a través de la representación del/los progenitor/es solo como una forma de garantizar el acceso o el acto de apertura del reclamo, pero que ello no implica desconocer la voluntad del niño/a o adolescente pues la ley requiere su expresa conformidad, no revistiendo por tanto la sola solicitud del/los progenitor/es entidad alguna (6). En cualquiera de los casos, el trámite continuaba siendo administrativo si se presentaba el propio sujeto menor de edad involucrado con uno de sus padres —aunque, en atención a la redacción del segundo párrafo del artículo en ciernes, algunos autores entendieron que se requería la conformidad de ambos representantes—; y solo ante la negativa de alguno de ellos o frente a la ausencia o incomparecencia de ambos se debía recurrir a la justicia.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, se advierte que esta cuestión se ha visto profundamente impactada a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Y ello así pues, conforme lo prevé el artículo 26 de dicho cuerpo legal —en consonancia con lo establecido en el artículo 639 al estipular los principios generales de la responsabilidad parental—, los niños, niñas y adolescentes que cuentan con “edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”, estableciendo para los casos de adolescentes de entre 13 y 16 años que pueden prestar su consentimiento para todos los tratamientos que no resulten invasivos, sin la necesidad de contar con

(6) Una profundización sobre el desarrollo de las diversas posturas puede verse en Burgués (2016), Fernández (2012 y 2015), como así también en Herrera y De la Torre (2013).

el asentimiento del representante legal; si se trata de adolescentes de entre 16 y 18 años, se expone que deben ser considerados como adultos para todos los actos relativos al cuidado del propio cuerpo. Al respecto se ha señalado que el cambio de identidad de género concretado a partir de la modificación registral en análisis no compromete tratamientos invasivos y, a la par, hace al cuidado del propio cuerpo en el sentido amplio del concepto de salud receptado por la Organización Mundial de la Salud, al sostener que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Herrera, 2019).

De este modo, para dar respuesta al tema en análisis, coincidimos con la postura doctrinaria que entiende que ha de estarse a lo dispuesto en la Resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación, en la cual se sostuvo que los procedimientos que prevé la ley de identidad de género son constitutivos del cuidado del propio cuerpo, a partir de la noción según la cual la identidad de género necesariamente se encarna en el sentir autónomo de un cuerpo como propio; por lo que, frente a la disyuntiva en torno a si corresponde en este tópico aplicar las disposiciones de la Ley Especial 26.743 o el marco normativo previsto en la ley civil posterior, se concluye que, en función de los principios convencionales/constitucionales *pro persona* y *pro minoris*, corresponde preferir la aplicación del régimen establecido en el artículo 26 del Código Civil y Comercial (Herrera, 2019; Lamm, 2021).

En consecuencia, para la procedencia del pedido de rectificación registral del sexo y cambio de prenombre por razón de identidad de género de un adolescente —esto es, de una persona menor de edad que cumplió 13 años (conf. artículo 25 del Código Civil y Comercial)—, bastará con el consentimiento prestado por este último en sede administrativa, y no se requiere el asentimiento de los progenitores —por lo que la negativa o la ausencia de alguno de ellos o de ambos no es relevante—, ni resulta tampoco necesaria la intervención judicial (Herrera, 2019; Lamm, 2021).

Por el contrario, el asentimiento parental sí será requerido cuando se trate de niños/as menores de 13 años, señalándose al respecto que basta el asentimiento de uno de sus representantes legales pues, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 645 del Código Civil y Comercial, este resulta ser un acto para el que no se exige el consentimiento de ambos progenitores; y que, si no hubiese progenitores, bastará el asentimiento del referente afectivo o allegado que, formal o informalmente, ejerza roles de cuidado (de conformidad con el concepto de familia ampliada contemplado en artículo 7 del Decreto 425/2006, reglamentario de la Ley 26.061; artículo 59 del Código Civil y Comercial; Observación General N° 15 del Comité de Derechos del Niño) (Herrera, 2019; Lamm, 2021). De modo que, en principio, no será necesaria tampoco en este caso la intervención judicial, que

solo se habilitará cuando se trate de una pretensión incoada por un sujeto menor de 13 años y exista oposición expresa por parte de uno de sus progenitores, o ante la ausencia de representantes o referentes afectivos (Burgués, 2016).

A dicho cuadro de situación ha de adicionarse lo previsto en el artículo 12 de la Ley 26.743 respecto de aquellos que aún no han requerido u obtenido la modificación registral, conforme el cual deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad; casos en los cuales, a su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados, coadyuvando así a la valorización de la identidad en su dimensión social (Krasnow, 2021).

III.2. Acceso a modificaciones corporales, intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales por razón de identidad de género en personas menores de edad

Si bien, como anticipamos en el apartado anterior, a efectos de solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio del nombre de pila e imagen cuando los mismos no coincidan con la identidad de género autopercibida, resulta innecesario acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, terapias hormonales o cualquier otro tratamiento médico o psicológico, para aquellos que sí desean someterse a una modificación corporal dispone el artículo 11 de la Ley 26.743 que todas las personas mayores de edad pueden acceder a las intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Se agrega que, para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital; culmina incluyendo todas estas prestaciones de salud en el Plan Médico Obligatorio, debiendo los efectores de salud públicos o privados garantizar los derechos que la ley reconoce. Por su parte, luego de muchos reclamos de las organizaciones LGBTIQ, el decreto 965/2015 reglamentó el artículo 11 al que viene haciéndose referencia, disponiendo, de manera enunciativa y no taxativa, qué tratamientos deben ser incluidos en dicha cobertura.

Y en lo que refiere a las personas menores de edad, el artículo en cuestión dispone que

En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consen-

timiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo a lo estipulado por la Convención sobre los Derechos de niño y en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (...).

Tal como surge de este texto, las personas menores de edad —sin diferenciar si se trata de niños/as o adolescentes, con o sin madurez suficiente— necesitarían la correspondiente autorización judicial para proceder a realizar la intervención quirúrgica total o parcial.

No obstante, se advierte que, aun con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial, la norma en ciernes fue también objeto de interpretaciones doctrinarias dispares. Así, desde un sector se advirtió que la exigencia de dicha autorización señalaba un sesgo tutelar contrario a los principios del moderno derecho de infancia (Solari, 2011), reñida con el derecho personalísimo del niño/a de disposición del propio cuerpo en el marco de una interpretación holística de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061, a la luz del principio del interés superior del niño, del principio de autonomía progresiva y del derecho a manifestar su opinión, en concordancia con el derecho a la identidad y protección de su vida privada e intimidad (artículos 2, 3, 10 y 11 de la ley 26.061), y en contraposición con lo establecido por la reglamentación de la ley sobre derechos del paciente (7), la cual, al regular la procedencia del consentimiento por representación, solo en caso de conflicto u oposición habilita la posibilidad de dar lugar a la intervención judicial, por lo que su exigencia asume el carácter de una injerencia arbitraria (Burgués, 2016).

En sentido contrario, se afirmó que en el caso de una persona menor de edad resulta prudente que el Poder Judicial otorgue la autorización, por tratarse de cirugías de alto riesgo e irreversibles que comprometen la salud reproductiva, debiendo efectuarse una prudente ponderación de los riesgos previsibles y los beneficios esperables y otorgarse la autorización cuando prevalezcan estos últimos (Medina, 2012); se manifestó, en el mismo sentido, que “en esta materia actualizan las llamadas decisiones de sustitución, necesarias a los fines de medir la real competencia del sujeto para el acto médico que propone, renovándose aquí la noción de paternalismo justificado, en tanto se trata de una cuestión en la que el Estado sí debe ingerir (arg. artículo 16 Convención sobre los Derechos del Niño, a *contrario*

(7) Artículo 5º, anexo decreto 1089/2012.

sensu) a fin de garantizar una verdadera tutela judicial efectiva en pro de los derechos del hijo menor de edad” (Fernández, 2012).

Ahora bien, del mismo modo en que fuera puesto de resalto al analizar el tema desarrollado en el apartado anterior, esta cuestión se ha visto profundamente impactada a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, pues a partir de entonces la disposición en ciernes debe leerse en consonancia con el nuevo sistema de capacidad previsto en dicho cuerpo legal.

Y al respecto, coincidimos con la postura que entiende que ha de estarse a lo dispuesto en la Resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación, en la cual —conforme ya anticipáramos— se sostuvo que las prácticas de modificación corporal relacionadas con la identidad autopercibida son prácticas de cuidado del propio cuerpo, por lo que, frente a la disyuntiva en torno a si corresponde en este tópico aplicar las disposiciones de la Ley especial 26.743 o el marco normativo previsto en la ley civil posterior, se concluye que, en función de los principios convencionales/constitucionales *pro persona* y *pro minoris*, corresponde preferir la aplicación del régimen establecido en el artículo 26 del Código Civil y Comercial que resulta más protectorio del ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes (Fernández, Herrera y Lamm, 2017).

En consecuencia, ateniéndonos al sistema contemplado en dicho artículo, a fines de determinar el curso de acción a seguir en cada caso ha de estarse a la edad del niño/a y al tipo de acto del que se trate, esto es, a la consideración de si se trata o no de un tratamiento “invasivo”, entendiendo por tales a aquellos tratamientos de “gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud”, de conformidad con la interpretación adoptada por la resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación a la que se hiciera referencia.

Es así que, si se trata del acceso a un *tratamiento hormonal* por razón de identidad de género, y siendo este un *acto no invasivo* en los términos antes explicitados, a partir de los 13 años bastará el consentimiento del adolescente, no requiriéndose que el mismo se integre con el asentimiento de los progenitores. Por el contrario, el asentimiento parental sí será requerido cuando se trate de niños/as menores de 13 años, resultando aplicable al respecto lo ya analizado en el apartado anterior respecto a que, a dichos fines, basta el asentimiento de uno de sus representantes legales pues, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 645 del Código Civil y Comercial, este resulta ser un acto para el que no se exige el consentimiento de ambos progenitores; y que, si no hubiese progenitores, bastará el asentimiento del referente afectivo o allegado que, formal o informalmente, ejerza roles de cuidado (de conformidad con el concepto de familia ampliada contemplado en el artículo 7 del Decreto 425/2006, reglamentario de la Ley 26.061; artículo 59 del

Código Civil y Comercial; Observación General N° 15 del Comité de Derechos del Niño) (Burgués, 2016; Herrera, 2019; Lamm, 2021).

Y si estamos frente a un supuesto de *intervención quirúrgica* total o parcial por razón de identidad de género, a partir de los 16 años bastará también el consentimiento del adolescente, el que es considerado como un adulto para este tipo de decisiones. Pero, para el supuesto de tratarse de un adolescente de entre 13 y 16 años y en virtud de resultar este un *tratamiento invasivo* en los términos antes explicitados, se requerirá que el consentimiento del adolescente se integre con el asentimiento de uno de los progenitores —término que ha de interpretarse con el alcance amplio descrito en el párrafo anterior— (Fernández; Herrera y Lamm, 2017). No obstante, conforme se desprende de la letra de la norma en ciernes y ha puesto especialmente de resalto la resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación, en cualquiera de estos supuestos la cuestión no debería salir del ámbito de salud, pues se descarta la exigencia de intervención judicial o representación técnica (abogado del niño) en el proceso de consentimiento de estas prácticas, la que solo se habilitará cuando se trate de una pretensión incoada por un sujeto menor de 16 años y exista conflicto entre este y sus progenitores, o bien ante la ausencia en ese supuesto de representantes o referentes afectivos (Burgués, 2016).

IV. Breves reflexiones

Luego del análisis efectuado se advierte que uno de los cuestionamientos que puede realizarse al cuerpo legal referido reside en que al captar la situación de la infancia no se pronuncia expresamente en favor de la disociación entre la necesidad cultural de asignar un género legal al niño/a recién nacido/a, y el alineamiento forzoso entre identidad de género y genitalidad que por años ha justificado las intervenciones quirúrgicas de atribución de sexo, sin necesidad terapéutica alguna y sin contar con el consentimiento de aquellas personas sobre cuyos cuerpos se interviene (Maffia y Cabral, 2003).

Sin perjuicio de ello, no puede dejar de señalarse el profundo avance que la sanción de estas normas ha implicado para un colectivo de personas que se hallan situadas en una situación de extrema vulnerabilidad, pues las mismas contienen como valor el desplazar el modelo patologizante caracterizado por la judicialización de las cuestiones de identidad de género, para así instalar un modelo que abre el cauce para que cada persona pueda construir con autonomía y libertad su propia biografía (Krasnow, 2021).

Al fundarse las normas en ciernes en la idea de que el elemento central en la construcción de la identidad resulta ser la autopercepción, favorece la deconstrucción y reconstrucción subjetiva desde la pluralidad y la diversidad, poniendo

en crisis las pautas culturales y sociales dominantes y reconociendo, en definitiva, el derecho a ser uno mismo como derecho humano (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2006).

V. Referencias

Burgués, M. (2016). Género y niñez. Aportes de la reforma civil y comercial a partir de la regulación de la capacidad de ejercicio de los/as niños/as y adolescentes. *SJA* (15.06.2016).

Conway, J., Bourque, S. y Scott, J. (2000). El concepto de género. En M. Lamas (comp.), *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*. Pueg.

Fernández, S. (2012). La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía y desjudicialización. *La Ley, Suplemento Especial: Identidad de género y muerte digna* (p. 20 y ss.).

Fernández, S. E. (2015). Identidades, género e infancias. *SJA* (11.02.2015, p. 14).

Fernández, S. E. (2021). Responsabilidad parental y autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes. En S. E. Fernández (directora), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Tomo II, 2ª ed. actualizada y ampliada. Abeledo Perrot.

Fernández, S., Herrera, M. y Lamm, E. (2017). El principio de autonomía progresiva en el campo de la salud. *La Ley* (2017-F-805).

Fischer Pfaeffle, A. (2003). Devenires, cuerpos sin órganos, lógica difusa e intersexuales. En D. Maffía (comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero* (p. 24). Feminaria.

Giberti, E. (2003). Transgéneros: síntesis y aperturas. En D. Maffía (comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero* (p. 32). Feminaria.

Gil Domínguez, A., Famá, M. V. y Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia* (tomo II). Ediar.

Herrera, M. y De la Torre, N. (2013). El derecho a la salud desde el derecho civil constitucionalizado: ¿un encuentro revolucionario, un cruce que se las trae o una perspectiva en construcción? En L. Clérico, L. Ronconi y M. Aldao (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud* (pp. 373-404). Abeledo Perrot.

Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. Abeledo Perrot.

Herrera, M. (2019). Autonomía progresiva y derecho a la salud de adolescentes. Un cruce en disputa. *La Ley* (19.06.2019, p. 1).

Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Capítulo Introductorio. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. Lloveras (directoras), *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014* (tomo I, p. 32 y ss., p. 81 y ss.). Rubinzal-Culzoni.

Krasnow, A. (2021). El derecho al nombre y el derecho a la identidad de género en niñas, niños y adolescentes, desde un abordaje comprensivo del derecho a la identidad y el derecho a la identificación. En S. E. Fernández (directora), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes* (tomo I, capítulo 12, 2ª ed. actualizada y ampliada). Abeledo Perrot.

Lamas, M. (1999). Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género. *Papeles de Población*, 021 (pp. 156 y ss.). Universidad Autónoma del Estado de México.

Lamm, E. (2018). Autonomía, cuerpo e identidades. ¿Incorporar un tercer sexo o eliminarlos todos? *Revista de Derecho de Familia (RDF)* (85, p. 0). Abeledo Perrot.

Lamm, E. (2021). A 8 años de la Ley de Identidad de Género. Revisiones a la luz de los derechos humanos. En S. E. Fernández (directora), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes* (tomo III, capítulo 6, 2ª ed. actualizada y ampliada). Abeledo Perrot.

Lloveras, N., Orlandi, O. y Tavip, G. (2014a). Comentario al artículo 639 del Código Civil y Comercial. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. Lloveras (directoras), *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014* (tomo IV, pp. 30-34). Rubinzal-Culzoni.

Lloveras, N., Orlandi, O. y Tavip, G. (2014b). Responsabilidad parental. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. Lloveras (directoras), *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014* (tomo IV, pp. 9-27). Rubinzal-Culzoni.

Maffía, D. (2003). Capítulo introductorio. En D. Maffía (compiladora), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero* (p. 5). Feminaria.

Maffía, D. y Cabral, M. (2003). Los sexos ¿son o se hacen? En D. Maffía (comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero* (pp. 86 y ss.). Feminaria.

Medina, G. (2012). Ley de Identidad de Género. Aspectos relevantes. *La Ley*, 01/02/2012, (pp. 1 y ss.).

Morgade, G. y Alonso, G. (comps.) (2008). *Cuerpos y sexualidades en la escuela. De la "normalidad" a la disidencia*. Paidós.

Palazzini, L. (2005). Menores, Bioética y Derecho: autonomía y responsabilidad en la toma de decisiones en relación a tratamientos sanitarios en el derecho italiano. En I. Ruíz Gallardón y A. García de Pablos (ed.), *Los menores ante el Derecho* (pp. 226 y ss.). Facultad de Derecho, Universidad Complutense.

Resta, E. (2008). *La infancia herida*. Ad Hoc.

Solari, N. (2011). La capacidad progresiva y la patria potestad en los proyectos de identidad de género. *Revista PFyS* (noviembre, pp. 209 y ss.).

Fecha de recepción: 31-03-2023

Fecha de aceptación: 27-10-2023