

La Ley de identidad de género y el principio de autonomía progresiva

La Ley de Identidad de Género (Ley 26.743) que aprobó el Senado Nacional el 9 de mayo de 2012 es la concreción del reclamo histórico de distintos colectivos por la no discriminación por orientación sexual e identidad de género y por los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales, intersex y queer (LGBTIQ).

La normativa instituye el derecho que toda persona tiene a su libre desarrollo conforme a su identidad de género. Esto es el derecho a ser reconocida y tratada de acuerdo con la identidad de género autopercibida, así como también a que los documentos que acreditan identidad estén adecuados a ésta.

La ley está en concordancia con el llamado “bloque de la constitucionalidad federal” que es la incorporación a la Constitución Nacional (reforma de 1994) de todos los tratados internacionales de derechos humanos a los que adscribe la Nación Argentina. Dichos tratados internacionales abarcan derechos políticos, económicos, sociales y culturales que atañen al ser humano y específicamente los derechos inherentes a la condición de persona, es decir los derechos personalísimos. El Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) que entró en vigencia en agosto del 2015, recupera y ordena toda la normativa enunciada en dicho bloque.

El CCC reconoce la titularidad de niñas, niños y adolescentes (NNA) de todos¹ los derechos enunciados en él, por tanto, los derechos inherentes a la condición de persona humana. Estos últimos comprenden los derechos personalísimos: el derecho a la dignidad, la libertad, la vida, la integridad física, la intimidad, el honor -honra, reputación- la imagen, la identidad y el cuidado del propio cuerpo.

Uno de los aportes más significativos de esta norma refiere al “trato digno” comprendido en el artículo 12; allí se consigna que toda persona -en especial los NNA- que de acuerdo a su identidad de género utilice un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad tiene derecho, a su solo requerimiento, a ser nombrada en todos los ámbitos privados y públicos con el nombre elegido. Detalla también cómo registrar los datos de identidad requeridos en distintas gestiones.

Si bien el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que “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”, con anterioridad a la sanción de la Ley 26.743, para la rectificación registral debía contarse con autorización judicial y el/la interesado/a debía acreditar intervención quirúrgica, terapias hormonales o tratamientos psicológicos o médicos.

¹ ARTÍCULO 22.- Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados. *Código Civil y Comercial de la Nación.*

Actualmente la persona que sienta que el sexo que le fue consignado en su DNI al nacer, no se condice con la identidad de género que percibe como propia, puede solicitar la rectificación del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen en dicho documento, así como en los demás documentos que acrediten identidad. Si la persona es mayor de 18 años, el trámite administrativo debe realizarse en el Registro Nacional de las Personas.

Si la rectificación corresponde a una persona menor de 18 años, también es un trámite administrativo. En este caso, como refiere el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCC), “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”, por lo tanto debe efectuarse a través de ellos y con expresa conformidad del niño, niña o adolescente (NNA), asimismo deberá ser asistido por un abogado del niño, figura prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de NNA.²

El artículo 5 de la Ley 26.743 estipula que en el caso que los representantes legales no avalen la decisión del NNA de rectificación registral, se puede instar la vía judicial donde el abogado del niño lo patrocinará en el proceso que deberá iniciarse por la vía sumarísima, es decir de la forma más abreviada posible, contemplando los plazos más breves, la menor cantidad de actos procesales y la realización de una sola audiencia en la cual se espera que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a.

Con respecto a la adecuación corporal, las personas mayores de edad (18 años) pueden solicitar en los servicios de salud (públicos o privados según corresponda) intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales (pudiendo elegir una u otra o ambas a la vez) que les permitan adecuar su cuerpo a su identidad de género. Para ello se debe firmar un consentimiento informado cuyo fin es dejar constancia de que se ha proporcionado información clara, precisa y suficiente sobre el tipo de procedimiento que se aplicará, sus riesgos posibles y/o consecuencias derivadas de éste.

Los niños, niñas y adolescentes, pueden también acceder a la adecuación corporal mediante tratamiento. Los requisitos varían según se desee obtener un procedimiento de terapias hormonales o una intervención quirúrgica.

En el caso de las terapias hormonales se necesita el consentimiento de los representantes legales y que el/la NNA exprese su voluntad, mediante el consentimiento informado. El trámite es sólo administrativo, no es judicial.

² Dicho artículo establece las garantías mínimas que deben observarse en los Procedimientos Judiciales o Administrativos que involucren a NNA. El inciso c) establece “el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine” (Art. 27 Ley 26061). La reglamentación de este artículo (Decreto N° 415/06) que instituye que el derecho a la asistencia letrada incluye la facultad de “designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”.

Para la adecuación vía intervención quirúrgica genital, total o parcial, es requisito contar con una autorización judicial además de expresar el consentimiento informado. El/la juez/a interviniente no podrá exceder el plazo de 60 días para expedir su dictamen.

Si los representantes legales no aprueban la decisión de iniciar alguno de estos tratamientos, también puede accederse por vía judicial de la misma manera que para la rectificación registral.

Autonomía progresiva: capacidad y competencia

El artículo 23 del CCC establece que toda persona puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto por las limitaciones³ explicitadas en el Código. Esta capacidad de ejercicio es por definición la capacidad de obrar, es decir de hacer efectivos los derechos. En este punto el CCC diferencia entre titularidad y ejercicio de los derechos. Los NNA son titulares de derechos, pero no siempre pueden ejercerlos por sí mismos; en ese caso lo hacen a través de sus representantes legales.

Como se mencionaba anteriormente, el artículo 26 del CCC determina que:

“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que los adolescentes entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, los adolescentes deben prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

³ ARTÍCULO 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

Dicho artículo refiere al derecho del niño a ser oído y participar en todas las decisiones que se relacionen con su vida, así como a presentarse con asistencia letrada en caso de conflicto de intereses.

Al introducir la categoría de adolescente la legislación reconoce lo que ya manifestaba la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), donde se reconocen distintas etapas de desarrollo de las personas menores de edad. En este sentido, la Opinión Consultiva Nro. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere:

“Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto [de niños]. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.” (Corte IDH, OC-17: Párr. 101 y 102).

Por su parte, Nelly Minyersky y Lily Flah (2009) plantean la necesaria distinción entre el concepto jurídico de “capacidad” y el bioético de “competencia”, en lo relativo a las decisiones respecto del propio cuerpo. En el plano de lo legal, la capacidad se asocia a la facultad de adquirir derechos y contraer obligaciones, y en el bioético al “especial discernimiento que debe tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico y, en función de ella, adoptar una decisión mediante la adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos” (p. 4).

En el mismo sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci (2003) plantea que la competencia se relaciona directamente con el ejercicio de los derechos personalísimos, que no se alcanza al cumplir determinada edad, sino que se va constituyendo en el devenir evolutivo de una persona: “Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede, o no, entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar” (Kemelmajer de Carlucci, 2003, p. 114)

Esta idea de gradualidad en la adquisición de competencias para ejercer por sí mismos los derechos, es central para comprender la tensión existente entre el derecho de los NNA a participar activamente en todas las decisiones que le competen directamente⁴ (derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta) y la necesidad de contar con cierto resguardo en función de su edad y grado de madurez.

⁴ Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Artículo 24 de la Ley 26.061

Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm y Silvia Fernández en el documento “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación” (2015) elaboraron un cuadro sinóptico en el que se exponen distintos actos de la vida de los NNA donde se pone en juego la tensión mencionada y su correlato e interpretación pertinente en base a los principios y reglas presentes en la normativa vigente.

Cuadro sinóptico⁵

Actos	Normativa	Consideraciones/argumentos
Principio general o regla	Art. 26 primer párrafo	La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.
Operación mutilante (ej. cambio de sexo)	Excede el campo del cuidado del propio cuerpo	Mayoría de edad. Menor de edad: consentimiento de la persona menor de edad + autorización judicial.
Tratamientos integrales hormonales	Art. 5 y 11 de Ley 26.743	Consentimiento de la persona menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez y asentimiento de ambos progenitores.
Bloqueadores hormonales		A partir de los 10 años con su consentimiento y asentimiento de ambos progenitores.

Este análisis permite entender que todos los NNA, tanto los infantes como los adolescentes son actores de su propia vida, comprendiendo que esa autonomía irá en aumento conforme a la etapa evolutiva en la que dicho actor se encuentre. Por lo tanto, el principio de autonomía indica que son ellos quienes están facultados de ejercer sus derechos de acuerdo a su edad y grado de madurez; en esta línea el nuevo CCC al modificar el instituto de ‘patria potestad’ por el de ‘responsabilidad parental’, entiende que son los adultos quienes tienen la responsabilidad de proporcionar orientación y acompañamiento para que sean los niños quienes desarrollen el ejercicio de sus derechos.

En tanto los NNA adquieren mayor autonomía, la representación legal por parte de los progenitores disminuye, “a mayor participación de los hijos, menor protagonismo de los padres, lo que implica, de manera inexorable, un ‘encogimiento’ o ‘achicamiento’ de la responsabilidad parental” (Herrera, 2009).

⁵ Se extrajeron los puntos referentes a la temática abordada en este documento.

Referencias Bibliográficas

Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25 del 20/11/1989, New York, EEUU.

Herrera, M. (2009): “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, en Justicia y Derechos del Niño Nro. 11, UNICEF, primera edición, Santiago de Chile.

Herrera, M. (2014). La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar. Recuperado de: <http://www.infojus.gob.ar/marisa-herrera-logica-codigo-civil-comercial-nacion-materia-familia-reformar-para-transformar-dacf140902-2014-12-29/123456789-0abc-defg2090-41fcanirtcod>

Kemelmajer de Carlucci, A. (2003) “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en “Bioética y Derecho” Coordinadores: Bergel, S. y Minyersky, N. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., y Fernández, S. (2015). El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-nv12411-2015-08-18/123456789-0abc-114-21ti-lpssedadevon>

Ley Nacional Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005). Sancionada: Septiembre 28 de 2005. Promulgada de Hecho: Octubre 21 de 2005.

Ley Nacional Nº 26.743 de identidad de género de las personas (2012). Sancionada: Mayo 9 de 2012. Promulgada: Mayo 23 de 2012.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo I. Título Preliminar y Libro Primero. Capítulo 2: Sección 1ª y Sección 2ª. Capítulo 3. ISBN Tomo 1: 978-987-3720-30-7 Id Infojus: LB000171. Recuperado de: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf)

Minyersky, N. y Flah L. (2009), “Consentimiento informado de Niñas, Niños y Adolescentes. Derechos Personalísimos. Influencia del reconocimiento de la capacidad progresiva en la protección de la salud”, en VI Congreso Internacional de Bioética, Gijón, España. Recuperado de: <http://studylib.es/doc/593155/consentimiento-informado-de-ni%C3%B1as-ni%C3%B1os-y-adolescentes.-d>