

Voces: DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL - DERECHO A LA INTIMIDAD - TRANSEXUALIDAD - CAMBIO DE SEXO - INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA - PERSONAS CON DISCAPACIDAD - MENORES - ENFERMEDAD MENTAL - SALUD MENTAL - DERECHO A LA SALUD - CAMBIO DE NOMBRE - TRATAMIENTO MÉDICO - DERECHO COMPARADO - CONSENTIMIENTO INFORMADO - CAPACIDAD - REGISTRO DE LAS PERSONAS - DISCRIMINACIÓN - RELACIÓN MÉDICO PACIENTE - AUTORIZACIÓN JUDICIAL - DERECHO A SER OÍDO - PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Título: Reconocer y restringir. Un debate latente en el acceso al ejercicio del derecho constitucional al proyecto de vida autorreferencial... ¿para tod@s?

Autor: Fernández, Silvia E.

Fecha: 10-dic-2012

Cita: MJ-DOC-6046-AR | MJD6046

Producto: MJ,SYD

Sumario: *I. Las personas con discapacidad mental e intelectual (PCDM) frente a las peticiones de adecuación de la identidad de género. La petición de modificación de la identificación registral por las PCDM. III. La eventual necesidad de autorización judicial. IV. La situación de niñas, niños y adolescentes en la legislación de identidad de género. IV. a. Acceso a la modificación registral de identidad, sexo e imagen de niños, niñas y adolescentes. IV. b. El sometimiento a la intervención quirúrgica de reasignación sexual. V. Conclusión.*

Por Silvia E. Fernández

«Quien es dueño de sí, dirige libremente su existencia...es pues, la nota del vivir como se piensa; es el pensamiento del hombre que se autodetermina» (Sala 3era. de Revisión Corte Constitucional de Colombia, T-168/2005).

La ley argentina 26.743 consagra normativamente el derecho a la identidad de género como un derecho autónomo promotor de la identidad personal. El concepto comprende:

a. El reconocimiento de la identidad de género (art. 1, inc. a), que engloba diversas realidades «transgénero», determinadas todas por un sentimiento profundo de pertenencia al sexo opuesto al genética, anatómica y jurídicamente propio.

Dice el art. 2 de la ley: «Se entiende por identidad de género a 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 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».

b. El derecho al libre desarrollo de la persona conforme a dicha identidad de género (art. 1, inc. b): se trata de la construcción del proyecto de vida autorreferencial y con ello el respeto a la dignidad como derecho troncal en que reposan los restantes derechos fundamentales.

c. El derecho al trato y a la identificación en los instrumentos correspondientes, acorde a su identidad de género (art. 1, inc.c): «A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada».

El derecho humano personalísimo de identidad, que tutela la «mismidad» de cada ser, su coincidencia con su «verdad histórica», alberga a la identidad de género que construye la propia persona en ejercicio de su libertad (art. 19, CN) y la identifica ante sí y los otros. Sin embargo, la realidad transgénero conmueve también otros derechos humanos constitucionales: el derecho al nombre, a la salud, a la vida digna, a la imagen, a la intimidad.

Comentando la ley en las proximidades de su sanción se dijo que ella constituye «un claro ejemplo de la determinación de un derecho fundamental, mediante una garantía primaria de alcance general, que tiene como sustento básico el derecho a la no discriminación cumpliendo el rol de norma de cierre del Estado constitucional de derecho argentino». La norma resulta congruente con el principio de autonomía de la persona, el que determina que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida, el Estado y los demás individuos no debe interferir en esa elección, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida, cuyos límites se encuentran en la no afectación de legítimos derechos de terceros.

Los dos ejes centrales de la normativa argentina analizada son: la desjudicialización de las peticiones de adecuación a la identidad de género -sean médicas y/o registrales- y la independencia del reconocimiento jurídico de la identidad de género respecto a las intervenciones de reasignación genital (arts. 1 y 4, últ.párrafo). La ley consagra el derecho a la identificación y el derecho a la documentación, como integrantes del concepto de identidad en su faz estática, al permitir el reconocimiento jurídico de la identificación acorde al género experimentado por la persona. Por su parte, en punto a las intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales la ley es clara: no se requiere intervención judicial para autorizar el obrar médico, invirtiendo radicalmente el estado de situación anterior.

La regulación ha sido concebida en favor de «toda persona» (art. 1). Desde este postulado general analizamos la ubicación de dos universos relacionados desde la perspectiva de su condición de vulnerabilidad (art. 75 inc. 23 CN): las personas con discapacidad y los niños, niñas y adolescentes (N@A).

I. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL E INTELECTUAL (PCDM) FRENTE A LAS PETICIONES DE ADECUACIÓN DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO

El art. 1 de la ley 26.743 dispone: «Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada». En punto a la identificación registral, el art. 3 especifica: «Ejercicio. Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan

con su identidad de género autopercibida».

Por su parte, respecto a las intervenciones de reasignación genital, el art. 11 establece: «Derecho al libre desarrollo personal. Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a 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... En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona...».

Respecto a uno como a otro supuesto -identificación registral y reasignación quirúrgica-, la norma no introdujo distinciones relativas a la condición psíquica o mental del peticionante. Desde esta visión textual, la ley exhibiría una mirada no discriminatoria por razón de discapacidad, acorde al paradigma legal y convencional vigente, en especial, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CDPD (art. 2, 3.b; 5.2, 12, 14, 22) y a la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 que establece en su art. 3 el principio de presunción de capacidad de la persona, así como la prohibición de efectuar diagnóstico en el campo de la salud mental por razón de «elección o identidad sexual» (art. 3.c).

Observamos que cuando la ley quiso establecer una regulación diferenciada en función de la situación de la persona así lo hizo: tal el caso de los menores de edad (arts. 5 y 11); ello no ocurrió así frente a las PCDM. Sin embargo, la valoración del reconocimiento legal al ejercicio de un derecho debe hacerse, también, desde el análisis de su implementación práctica y es en este punto en que la redacción de la ley genera la necesidad de su análisis.

Corresponde efectuar este examen, en nuestro entender, diferenciando la petición de efectivización de cada uno de estos derechos: la identificación registral y las intervenciones médicas de reasignación sexual.

II. LA PETICIÓN DE MODIFICACIÓN DE LA IDENTIFICACIÓN REGISTRAL POR LAS PCDM

A este efecto, las PCDM no fueron diferenciadas por los arts. 1 y 3 de la ley; tampoco lo fueron por conducto de la reglamentación del decreto 1007/12, que sólo estableció los requisitos administrativos para efectivizar el derecho reconocido por la normativa, sin formular valoración de ningún tipo a efectuar por el personal administrativo frente a las peticiones individuales que se les presenten, exigiéndoles brindar a la persona durante todo el proceso «el trato digno y el debido respeto a su identidad de género» (art. 1).

En sentido diverso, la ley española 3/2007 dispuso: «1. Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo». Por su parte, la ley Uruguaya 18620 exige: «La presentación de la demanda deberá estar acompañada de un informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad que se constituirá a estos efectos en la Dirección General del Registro de Estado Civil» (art. 4). De estas previsiones legales se desprende la posibilidad por parte de las autoridades registrales que reciben la solicitud, de -además de verificar los extremos justificantes de la mutación registral- señalar aquellas cuestiones que les suscite la presentación de cada persona concreta, en punto a la verdadera existencia de un consentimiento informado y pleno respecto a la medida de reasignación identitaria que se peticiona.

No es esta la opción legislativa argentina. Así, ante la inexistencia de diferenciación legislativa respecto a las PCDM y conforme el principio general de presunción de capacidad de la persona (art 3, ley 26.657 -que en forma concordante propone el art. 31.a del Anteproyecto de Código Civil y

Comercial-), toda persona puede formular la petición de modificación registral en forma directa en sede administrativa. Constituyendo este pedido el ejercicio de un derecho personalísimo, sólo podrá ser actuado por su titular (conc. art. 22, CDPD, derecho a la privacidad). No cabe la subrogación de la persona en la determinación de las elecciones relacionadas con la autodeterminación.

Ahora bien; a pesar de no surgir de la legislación ni de su reglamentación, consideramos que el «formulario simplificado» que se determina tramitar ante el Registro de las Personas, debe dar cuenta de un consentimiento pleno, libre e informado acerca de la petición que se formula, y su alcance, en razón de la trascendencia del acto y sus efectos personalísimos -y teniendo en consideración la limitación que establece el art. 8 de la ley-.

Desde esta perspectiva, ante la situación especial de las PCDM -arg. art. 75, inc. 23, CN-, advertimos que la ley no previó los ajustes razonables dirigidos a garantizar el acceso en las prácticas al ejercicio del derecho a la identidad de género -ajustes cuya denegación importa discriminación por motivo de discapacidad, conf. art. 2 CDPD- y la actuación del derecho por la PCDM, mediante la prestación de consentimiento pleno, libre e informado y con el auxilio de los apoyos que pueda necesitar para el ejercicio personal de su derecho. (arg. art. 12 CDPD, conc. art. 43 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial: «Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos»).

Corresponde insistir que lo que aquí formulamos como propuestas de ajustes razonables lo es en el lenguaje convencional, conforme el cual «por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (art. 2, CDPD).

A pesar de la falta de previsión tanto de ley como de su reglamentación, resultaría oportuno como medida de salvaguarda de los derechos personalísimos de la PCDM -arg. art. 12 CDPD- que atento a la trascendencia del derecho que se ejerce, se asegurara la existencia de un verdadero consentimiento informado y pleno sobre el alcance de la decisión y sus consecuencias, especialmente trascendentes.

Entendemos que la redacción en los términos vigentes podría conspirar contra la efectiva accesibilidad al ejercicio de este derecho para las PCDM, reparando en el actuar administrativo y la perpetuación de miradas sociales estigmatizantes hacia las PCDM.

Desde el aspecto práctico pensamos que ante la presentación de la PCDM, en caso de apreciar los funcionarios registrales las dificultades de la persona en la expresión de un consentimiento pleno e informado en relación a la petición -requisito este que debería garantizarse y constar cumplido en los respectivos formularios registrales-, debe preverse en clave de ajustes razonables, un mecanismo que permita salvaguardar el consentimiento frente a personas con autonomía disminuida, pero respetando a su turno el principio de desjudicialización legal. Así, y evitando la intervención judicial, la existencia del consentimiento pleno, informado y autónomo podría asegurarse a través de una medida de salvaguarda proporcional, adecuada -ante los efectos del acto- y respetuosa de la desjudicialización legal, consistente en la intervención de un Comité Ético Asesor en la órbita administrativa -o en interacción con ella-, que operaría como ajuste razonable para garantizar el consentimiento, el acceso de la PCDM al ejercicio del derecho y la evitación de eventuales abusos en el ámbito registral.

Avalando las propuestas efectuadas se expresa la Declaración de Montreal sobre Discapacidad

Intelectual (art. 6): «las personas con discapacidades intelectuales tienen el mismo derecho que las otras personas a tomar decisiones sobre sus propias vidas. Aun las personas que tienen dificultad para hacer elecciones, tomar decisiones y comunicar sus preferencias pueden tomar decisiones acertadas para mejorar su desarrollo personal ... las personas con discapacidades intelectuales deben recibir el apoyo necesario para tomar esas decisiones, comunicar sus preferencias y que ambas sean respetadas. Las personas con una discapacidad intelectual que tengan dificultades para realizar elecciones y tomar decisiones independientes deben poder beneficiarse de las leyes y políticas que reconozcan y promuevan el apoyo para tomar sus propias decisiones. Los Estados deben ofrecer los servicios y los apoyos necesarios a fin de facilitar que las personas con discapacidad intelectual tomen decisiones sobre cuestiones significativas para sus propias vidas. Bajo ninguna circunstancia las personas con discapacidades intelectuales serán consideradas totalmente incompetentes para tomar decisiones en razón de su discapacidad».

Respecto a las peticiones de reasignación sexual mediante intervención quirúrgica, la ley 26.743 dejó al íntimo ámbito de la relación médico-paciente, la evaluación y elaboración de la decisión acerca de la intervención médica de readecuación genital. No se detuvo a contemplar de qué modo se garantizará la plena y adecuada información referida a los efectos de la intervención propuesta y el proceso direccionado a la prestación del consentimiento, camino que habrá de transitarse indudablemente en el ámbito sanitario, con estricta observancia de las exigencias propias del consentimiento informado o más ampliamente, consentimiento participado.

Resulta así aplicable la norma general sobre atención de la persona en el ámbito sanitario, ley 26.529 -t. conf. ley 26.742, dec. 1089/12-, que en lo que aquí interesa brinda pautas acordes a un concepto de competencia del paciente, respecto a su acceso a la información y al consentimiento informado, así como disposiciones supletorias para los casos de pacientes con limitación a la aptitud de consentir, si bien estas últimas guardan algunas contradicciones con la naturaleza personalísima de los derechos ejercidos así como con las exigencias convencionales.

En efecto, las disposiciones del decreto reglamentario 1089/12 en punto al ejercicio del consentimiento informado por parte de las PCDM presentan serias contradicciones con las normas de la CDPD. El decreto reglamenta la prestación del denominado «consentimiento por representación», aplicable «en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar. Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento».

La redacción se contrapone con las disposiciones de la CDPD, así como con el reconocimiento de las aptitudes y autonomía funcionales (art. 152 ter, CCiv.; arts. 32 y 38, Anteproyecto Código Civil y Comercial), en cuanto propone la sustitución de las personas «incapacitadas legalmente» para la prestación del consentimiento.

Tratándose de cuestiones relativas al ámbito sanitario, de claro corte bioético, la pauta no debió ser la «capacidad-incapacidad» del paciente, sino su «competencia», analizando su autonomía y disponiendo medidas de compensación ante la eventual autonomía disminuida para la toma de decisiones. Así, una persona aun declarada judicialmente incapaz puede expresar voluntad para ciertas cuestiones y aún prestar consentimiento si es considerada competente para ello; y a la inversa, una persona «capaz» podría no ser considerada competente para la toma de esta concreta decisión médica.

Por otro lado, si bien se prevé el respeto a la participación del paciente en la toma de decisiones «según

su competencia y discernimiento», la forma en que esta exigencia aparece regulada -«cuando los mismos puedan comprender»- ofrece una plataforma confusa que no deja en claro si este derecho a la participación se concede en relación a los «menores de edad» -por la referencia efectuada en el párrafo anterior en sentido contrario respecto a los niños «que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar»- o también, a los «pacientes incapacitados legalmente». La dificultad interpretativa se profundiza por el uso disyuntivo con que se encabeza la oración, que parece discriminar dos supuestos diversos: «caso de pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad...».

El consentimiento «sustitutivo» o «por representación» que postula la norma aparece contradictorio con el mecanismo de apoyo o asistencia al ejercicio de derechos (art. 12, CDPD; art. 43, Anteproyecto Código Civil y Comercial), en cuanto impone este «consentimiento por representación» para todo caso, sin diferenciación respecto a la posibilidad de «consentimientos co-participados» o «asistidos»; (nótese que al inicio el art. 5 del dec. establece una opción disyuntiva para la prestación del consentimiento «el paciente o los autorizados legalmente otorgan su consentimiento»). La Convención por el contrario, propone un modelo de decisiones «asistidas», «co-participadas», acompañadas, a los fines de la toma de decisión por la propia PCD.

Como explica calificada doctrina, desde una perspectiva ética, se pueden detectar dos objetivos principales en la teoría del consentimiento informado: promover la autonomía individual y estimular la toma de una decisión racional. La CDPD afecta dos vertientes de este proceso: la información y el consentimiento propiamente dicho. Así, «la voz del colectivo de las personas con diversidad funcional debe ser escuchada en los Comités de Bioética y las situaciones de «inDependencia» deben ser analizadas bajo la perspectiva de los derechos humanos, la igualdad de oportunidades y la no discriminación para apoyar la autonomía moral de las personas».

III. LA EVENTUAL NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Para ambos supuestos, rectificación registral e intervención quirúrgica de reasignación, cabe también interrogarse acerca de la necesidad de la intervención judicial frente a la petición formulada por una PCDMI. Ello, observando que la ley 26.743 eliminó la judicialización, a excepción de las intervenciones quirúrgicas a menores de edad.

Respecto a la sola readecuación registral, la necesidad de judicialización nos parece inapropiada o excesiva. Cabe reparar que para el supuesto de N@A no se exige la intervención judicial en la rectificación registral; sí para la intervención de reasignación sexual. Por ello proponemos, para el caso de rectificación registral de identidad, que a fin de asegurar la existencia del consentimiento pleno, informado y autónomo, si en el curso de este proceso se advierte la autonomía disminuida del requirente, operaría como medida de salvaguarda proporcional, adecuada -ante los efectos del acto- y respetuosa de la desjudicialización legal, la intervención de un Comité Ético Asesor en la órbita administrativa registral -o en interacción con ella-, que opere como ajuste razonable para garantizar el consentimiento, el acceso de la PCDMI al ejercicio del derecho y la evitación de eventuales abusos en el ámbito registral (arg. art. 12, CDPD).

Respecto a las intervenciones quirúrgicas, ante personas con autonomía disminuida e imposibilidad de consentimiento pleno, entendemos necesaria la judicialización -tal como prevé la ley para los menores de edad-, lo que no importará discriminación por discapacidad, ni injerencia arbitraria, sino salvaguardia proporcional ante la competencia disminuida, dirigida al aseguramiento del derecho del paciente, la evitación de eventuales conflictos de intereses entre este y su asistente (art. 12 CDPD) y la integración del consentimiento asistido.

La intervención judicial en resguardo de los derechos personales a la salud de las personas con

autonomía disminuida (conf. "Belmont Report", 1979), ha operado tradicionalmente en la esfera jurisprudencial como mecanismo de aseguramiento a la adopción de decisiones con consentimiento asistido o integrado -siendo recaudo de intervenciones médicas trascendentes-.

IV. LA SITUACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN DE IDENTIDAD DE GÉNERO

En el caso de los niños, niñas y adolescentes sí se ha establecido una distinción respecto al tratamiento general en favor de toda persona.

IV. a. ACCESO A LA MODIFICACIÓN REGISTRAL DE IDENTIDAD, SEXO E IMAGEN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen requiere en el marco de la ley de identidad de género la edad mínima de 18 años (art. 4). Sin perjuicio de ello, el art.5 dispone: «Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° 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 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».

Sostenemos que la ley no regula esta cuestión con criterio constitucional. La existencia en punto a que «la solicitud deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor», se aparta del principio constitucional de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos de N@A (art. 5, CDN), que contempla las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica, determinando una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales. El concepto se condice con la noción ya descripta de competencia, a graduar a partir del desarrollo de una conciencia reflexiva, libre, racional, independientemente de la ubicación del niño conforme el concepto de capacidad civil de rígida determinación.

El parámetro competencia habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aun por debajo de la plena capacidad civil, si se evalúa que la persona puede tomar una decisión razonada respecto a una cuestión concreta. Este principio es sustancial a la hora de posibilitar el ejercicio de derechos personalísimos -como es la identidad, conc. arts. 7, 8, 9, CDN-, atento a la imposibilidad de sustitución en esta área. Ante este carácter personalísimo, la autonomía progresiva resulta entonces, además, una herramienta de efectividad del derecho, pues ante la imposibilidad de subrogación por el representante legal se posibilita su actuación por el N@A autónomo, sorteando el despropósito jurídico y axiológico de postergación del derecho hasta la mayor edad.

Conforme lo dicho, la posibilidad de N@A de adoptar una decisión sobre sus derechos fundamentales se relaciona con el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo, a valorar prudentemente en cada caso (conf. arts 5 y 18 CDN; 3, 19.a, 24.b, ley 26.061) y que irá adquiriéndose progresivamente, conforme la evolución personal de cada niño, contorneando así su autonomía progresiva.

Desde otra perspectiva, hablar de autonomía progresiva significa también independizar la

determinación del niño competente de la voluntad y/o decisión de sus representantes legales, preservando un «marco personalísimo» de titularidad del hijo, cuyo ejercicio no podría ser suplantado por el representante legal.

Desde esta plataforma constitucional, corresponde entonces advertir que el artículo 5 de la ley 26.743 no regula el acceso a la identidad de género con criterio constitucional. Considerando además la clara distinción que la norma ha delineado entre esta identidad registral y la reasignación genital quirúrgica -y sin perjuicio de lo que sobre esta última diremos más adelante-, y recordando que la adecuación registral a la identidad -en su concepción amplia, estática y dinámica-, consiste en un derecho humano fundamental (arts. 7, 8, 9, CDN), hacia su ejercicio juega plenamente el principio de autonomía progresiva y no la capacidad civil.

Sabido es que los derechos fundamentales personalísimos no pueden ejercerse o subrogarse por representación legal: su actuación no cabe al representante; frente a ello, la autonomía progresiva resulta además una herramienta de efectividad del derecho, por cuanto ante la imposibilidad de subrogación por el representante legal posibilita su actuación por el N@A autónomo, sorteando el despropósito jurídico y axiológico de postergación del derecho hasta la mayor edad.

De tal modo no resulta acorde a la regulación constitucional que la petición la formule el representante legal con la conformidad del hijo menor. El principio debe ser el inverso, sobre todo tratándose de adolescentes con competencia para la cuestión en análisis, operando el consentimiento de éste con el asentimiento de sus progenitores.

No se ve salvada la redacción adoptada por la norma, en nuestra opinión, con la mención que de inmediato formula «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»; pues tener en cuenta los principios de dicha normativa justamente no permitía la solución legislativa que optó por colocar la acción en cabeza del representante legal y con la mera conformidad del menor de edad. Justamente que la acción sea planteada «a través de los representantes legales» obvia la condición de sujeto de derecho de N@A, contrariando los principios que a renglón seguido se piden observar (art. 3, 12 CDN, arts.3 y concs. 26.061).

La ley confronta asimismo con las disposiciones del Anteproyecto de Código Civil y Comercial -ya elevado a la fecha de sanción de la ley 26.743- que excepcionó del principio general de representación legal a «...la (persona) que cuenta con edad y grado de madurez suficiente» quien puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico» (art. 25, conc. art. 24 inc. b), así como previó la posibilidad de actuación del adolescente con asistencia letrada. El Anteproyecto propone un claro límite entre la noción de incapacidad y de autonomía progresiva: a mayor autonomía disminuye la representación en el ejercicio de los derechos de los hijos (art. 639), y este principio opera en todo ámbito, en particular, en el concreto ejercicio de los deberes derivados de la responsabilidad parental (art. 646: «...c) 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; d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos...»).

Asimismo, respecto a la actuación judicial, más allá de la representación primaria ejercida por los padres, «Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada» (art. 677, conc. art. 27 inc. c, ley 26.061, si bien sometiendo esta garantía a las condiciones de edad y madurez suficiente y al pedido del hijo, respondiendo a los múltiples debates generados en punto al alcance del artículo citado).

Del mismo modo, la previsión de la ley 26.742 aparecería en contradicción con la propuesta

Proyectada respecto a la determinación del nombre, que se acuerda en favor «... del interesado con edad y madurez suficiente...», tanto respecto a la eventual agregación del apellido del otro progenitor, así como a la inscripción del apellido adquirido por el uso (art.66).

Así, en caso de sanción del nuevo Código, la ley 26.743 resultará desajustada al texto civil.

Sí en cambio, se ha respetado el reconocimiento de la identidad social construida por la persona aún durante la menor edad, avalando la identificación con un determinado nombre. Así dispone el art. 12: «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. A su sólo 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. Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, 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/a. En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada».

IV. b. EL SOMETIMIENTO A LA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA DE REASIGNACIÓN SEXUAL

El art. 11 de la ley dispone, en lo que aquí nos interesa: «Derecho al libre desarrollo personal. Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento 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 del Niño y en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.».

El principio legal de desjudicialización de las cuestiones médicas atinentes a la prestación del consentimiento informado para la efectivización de las intervenciones médicas de reasignación, no es aplicable entonces en relación a los menores de 18 años: para ellos corresponde la intervención judicial establecida como imprescindible.

La remisión del art. 11 al art.5 de la ley «para la obtención del consentimiento informado» importa que aquí también la petición será realizada por el representante legal, haciendo extensivas las mismas consideraciones críticas que arriba formulamos en punto a la operatividad del principio de autonomía progresiva de N@A y su desconocimiento parcial por la normativa, ante el indudable carácter personalísimo y constitucional de las cuestiones relativas al ejercicio del derecho a la salud.

Como señala Aída Kemelmajer de Carlucci, «la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes de su mayoría de edad». Por tal razón el consentimiento informado «debe ser requerido de toda persona que tenga aptitud mental»: lo decisivo es la específica aptitud en cada caso individual para discernir y juzgar las consecuencias de su decisión.

Se replican así aquí las distinciones arriba señaladas en punto a la competencia del paciente para someterse a un tratamiento médico, de su capacidad civil -que sería valorable sí, vgr., para la celebración del contrato médico-. Se apunta al suficiente discernimiento para asimilar la información brindada y adoptar una decisión, evaluando alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos, en este caso, de la intervención de reasignación sexual.

Si partimos del principio de igualdad y no discriminación en materia de derechos humanos, la evaluación de las decisiones en materia de derechos personalísimos habrá de medirse por similares principios cuando los derechos en debate son titularizados por niños y adolescentes.

Por aplicación de la doctrina del caso "Gillik", el parámetro «Gillik competent» permite diferenciar aquella categoría de niños que, sin contar con la edad que los ordenamientos establecen para prestar consentimiento válido en términos jurídicos generales, pueden sin embargo hacerlo frente a derechos personalísimos, en función de su edad y grado de madurez. Así, el derecho comparado ha construido la doctrina de la capacidad natural, que afirma que el ejercicio de derechos fundamentales depende de las efectivas condiciones de madurez, que se van adquiriendo progresivamente hasta su plenitud y permite incorporar el parámetro de «mayoría anticipada» para actos médicos. La noción no es rígida, pues tanto la edad como la discapacidad mental son cuestiones de grado; una persona puede tener aptitud para decidir ciertas cuestiones y no otras, no siempre es necesario igual grado de comprensión.

Para el tema concreto que estamos analizando, recordamos que la Corte Constitucional de Colombia rechazó el pedido de una madre en representación de su hija de ocho años, a los fines de una intervención de reasignación sexual. La Corte ordenó la constitución de un equipo interdisciplinario a quien correspondería determinar cuándo la niña gozaría de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado válido. Sin embargo, también expresó la Corte «si el menor tiene varios años, entonces ya ha adquirido un grado de autonomía, que merece una mayor protección constitucional, por lo cual, la legitimidad del consentimiento paterno sustituto se reduce considerablemente; . entre más clara sea la autonomía individual, entonces más intensa es la protección judicial al derecho al libre desarrollo de la personalidad ... lo cual explica que la Convención de los Derechos del Niño señala que el menor que "esté en condiciones de formarse un juicio propio" tiene el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y sus opiniones deberá ser tenidas en cuenta en función de su edad y madurez».

Las intervenciones de reasignación sexual mueven a la reflexión agudamente señalada en punto al límite a la legitimación de los padres para solicitar intervenciones médicas del tipo y consecuencias como la aquí analizada. Cabrá interrogarse fundamentalmente acerca de cuál es el interés puesto en estas intervenciones, y si bien es cierto que, por principio, los padres son quienes mejor conocen los intereses de los hijos, parecería que estos no siempre pueden saber qué es, efectivamente y con certeza, lo mejor para sus hijos cuando se trata de identidad de género, con la complejidad que la caracteriza. Se trata de decidir la identidad de un tercero, el hijo, para lo cual las interpretaciones clásicas no alcanzarían. Es que la valoración acerca de cuál resultaría una regulación apropiada debe tener en cuenta la interrelación entre opuestas obligaciones estatales: una negativa, de evitación de injerencias arbitrarias y otra positiva, de protección ante la vulnerabilidad. El Estado podría incurrir en responsabilidad civil, al desconocer una autonomía o reconocerla por demás; lograr el equilibrio es un punto complejo.

Pensamos en igual línea, que desde el momento en que se altera, define y redimensiona la identidad de un tercero -el hijo- la cuestión se ubica claramente fuera del ámbito de la representación pura, marcando la necesidad de un auténtico protagonismo del afectado -el hijo menor de edad- como así también de un actuar estatal signado por la precaución y el respeto a los derechos fundamentales del involucrado.

De tal modo se visulmbra que la solución impuesta por la ley 26.743 en punto a la petición de reasignación genital de N@A, entra en contradicción con lo dispuesto en términos generales por la ley 26.529 para toda actuación médica en el campo de la salud, que incluye obviamente, a las intervenciones de reasignación sexual. Esta norma, en su art. 2, inc e, expresa: «Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley n° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud». El alcance de esta «intervención» ha pretendido detallarse por conducto de la reglamentación del decreto 1089/12 al art. 2, inc. e: «Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley N° 26.061...». De tal modo, el derecho a «intervenir» importaría el imperativo ético dirigido a los profesionales actuantes de tomar en consideración la voluntad del interesado -N@A-, cuyo peso se medirá «según la competencia y discernimiento» de los mismos. La voluntad del niño tiene un valor central en la medida en que la norma exige la derivación al Comité de Ética en caso de contraposición de opiniones entre el N@A y sus representantes legales, lo que determina el juego autónomo en paridad de condiciones entre los hijos y sus progenitores -amén de la asunción de un claro compromiso ético-profesional de los médicos para dilucidar el conflicto en la escena sanitaria, contrariamente al ejercicio de automática «derivación judicial» de los conflictos-.

No obstante, el decreto formula otras «aclaraciones» confusas en alusión a legislación derogada: «Para los casos presentados por la vía de protección de personas, conforme lo establecido en los artículos 234 a 237 del Código Procesal Civil y Comercial, deberá prevalecer en idéntico sentido el mejor interés del paciente, procurándose adoptar el procedimiento más expedito y eficaz posible que atienda su competencia y capacidad».

En cuanto a la reglamentación del consentimiento informado, el art. 5 del decreto 1089 agrega según hemos visto, la regulación relativa al «consentimiento por representación», el que establece a través de una línea demarcatoria de pretensión bioética relacionada con el concepto de competencia, en lo que aquí nos interesa: «También operará este consentimiento por representación en el caso de los pacientes... menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar. Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento».

Para el caso de pacientes niños/adolescentes incompetentes para la toma de decisión, tratándose de una intervención de reasignación sexual y atento a su carácter personalísimo, parecería impracticable el consentimiento por representación puro, en la línea resuelta en el precedente colombiano citado. De este modo, las intervenciones de reasignación aparecerían viables respecto a niños/adolescentes «competentes» para la decisión, pero en este caso la petición y prestación del consentimiento no cabrían canalizarse por la vía «representativa» propuesta por la ley de identidad de género, sino desde el reconocimiento de la petición y participación personal del paciente -aún menor de edad-, según su edad, madurez y desarrollo y con asistencia de sus representantes legales para la prestación de un consentimiento «integrado». Ello con más la autorización judicial que es recaudo de exigencia de la norma especial -art. 11, ley 26.743-. Esta petición judicial necesaria para obtener la consecuente autorización corresponderá ser planteada por el propio adolescente con autonomía progresiva suficiente y con el recurso a la asistencia letrada.

Ante la eventualidad de sanción del hoy Anteproyecto de Código Civil y Comercial, cabrá tener en cuenta la disposición de su art. 26: «Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene 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, el adolescente debe 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».

Observamos así que en la franja etárea transitada entre los 13 y 16 años, si bien no existiría presunción legal acerca de que el adolescente cuente con competencia a los fines de decidir autónomamente cuando los actos comprometen su salud, resultan invasivos o ponen en riesgo su integridad, el consentimiento debe prestarse por el hijo con asistencia de sus progenitores. Cabe aclarar que la presunción no enervaría la posibilidad de probar la existencia de dicha competencia en el caso individual particular. No obstante, la limitación se fundaría en el marco de la noción de paternalismo justificado que habilita una limitación justificada de la autonomía de los pacientes en relación a los menores de dicha edad -13 años-. Por su parte, a partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

V. CONCLUSIÓN

Es fundamental procurar soluciones y previsiones legislativas que posibiliten la realización del derecho al libre desarrollo de la personalidad del niño/adolescente, que incluye la libertad para disponer del propio cuerpo e integridad, si bien de modo no indiscriminado o imprudente. No obstante, la legislación debe preservar su derecho a evitar injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar (art. 16 CDN, 10, 13, 14, 26.061) sea por Estado, instituciones y aún miembros familiares.

Tal como expresa Luigi Ferrajoli, en un estado constitucional de derecho existe asimetría entre igualdad y diferencia. Igualdad, como término normativo, expresa que los «diferentes» deben ser respetados y tratados como iguales, y que siendo esta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. «Diferencia» configura un término descriptivo que quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada por sus diferencias y que son justamente las diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en base al principio de igualdad. De esto se infiere que la igualdad jurídica implica la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes.

Esta noción de diferencia debe ser considerada por la norma jurídica, a fin que la misma opere, en los casos en que así sea necesario, como mecanismo de nivelación en relación a aquellas personas ubicadas en situación de vulnerabilidad.

(*) Abogada. Especialista en Derecho de Familia, Universidad Nacional de Rosario. Especialista en Magistratura Judicial. Asesora de Incapaces de la ciudad de Mar del Plata. Docente de grado, UNMDP y Universidad Atlántida Argentina. Docente de posgrado, UNMDP y UBA. Miembro de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.