



ABOGACIA

Identidad de género e interpretación normativa: una labor jurídica en la búsqueda del entendimiento del artículo 5° de la ley 26.743.-

Alumno: Lucrecia Luciani

DNI: 30.469.091

Legajo: VABG 31301

Tutor: Romina Vittar

Fecha de entrega: 14 de noviembre de 2021

SEMINARIO FINAL – Modelo de caso

Cuestiones de género

Poder Judicial de la Nación, Cámara Civil, “C., A.E. Y OTRO s/Autorización”,

Sentencia: 24540/2020, (02/08/2021)

Sumario: I. Introducción. II. Descripción de la premisa fáctica, historia procesal y resolución del Tribunal. III. Análisis de la *ratio decidendi*. IV. Análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial. V. Postura de la autora. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. Introducción

El derecho a la identidad de género surgió como respuesta a la problemática de aquellos casos en que el individuo no se siente autopercibido conforme al género sexual que posee desde nacimiento, ni identificado con el nombre que sus progenitores han elegido para registrarlo. Partiendo de estas bases, son múltiples las circunstancias y ámbitos en las cuales esta norma pasa a tener fundamental importancia en lo que hace a la defensa de los derechos de la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (por sus siglas, LGBT).

En Argentina, el art. 2 de la Ley Nacional 26.743 define 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 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.

En tono con ello, la sentencia dictada por la Cámara Civil del Poder Judicial de la Nación en los autos “C., A.E. Y OTRO s/autorización” (02/08/2021) representa un interesante precedente que merece ser analizado y desmenuzado al máximo para entender la importancia que representa a este tópico. En los hechos se visualiza un contexto en el que un individuo trans-género se enfrenta a las complejidades y formalidades de un litigio para lograr un decisorio que se ajuste a su petición de cambio de nombre.

Conforme a los hechos del caso, se configura una problemática jurídica axiológica circunscripta a lo que la doctrina denomina un conflicto normativo (o antinomia) entendida como una situación “en la que dos normas ofrecen dos soluciones

diversas e incompatibles a la misma controversia concreta o a la misma clase de controversias” (Guastini, 2007, p. 631). Está se materializa en el decisorio debido a que la sentencia del tribunal de grado parece haber sido dictada en total apartamiento del principio de capacidad progresiva previsto en el artículo 5 segundo párrafo de la ley 26.743 de Identidad de género (B.O. 24/05/2012), por lo cual esta nueva contienda procesal deberá resolverse en favor de una de estas dos normas.

La relevancia del decisorio se vincula con que el mismo deja al descubierto el nivel de participación y compromiso que adquieren los órganos judiciales en su rol de dar plena vigencia a las normas que pugnan por la defensa del derecho a la identidad de género. La violación a los derechos humanos de las minorías que componen a estos grupos constituye un patrón global sumamente repudiado que demanda de la toma de medidas eficaces y oportunas.

II. Historia procesal Descripción de la premisa fáctica, historia procesal y resolución del Tribunal

El señor C., A.E., nacido el 27 de diciembre de 2003 y con el acompañamiento de su progenitora, inició estas actuaciones judiciales a los fines de acceder al cambio registral de su nombre y género conforme artículo 5 de la ley 26.743, artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y resolución 65/2015 del Ministerio de Salud. En base a ello, peticionó que se ordenara al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad autónoma de Buenos Aires que lo autorizara al realizar el cambio de prenombre y sexo registral como A. E. C., de sexo masculino, manteniendo todos los demás datos filiatorios.

En dicha instancia además expresó que su progenitor se había negado a acompañarlo en la gestión de su cambio de nombre, y que incluso tampoco daba su consentimiento al respecto con la excusa de que la religión que profesaba no lo permitía. Con lo cual, habiendo transcurrido más de un año de que se lo pide insistentemente sin lograr cambiar su postura, adoptaba la vía legal como medio para conseguir su cambio de nombre.

Esta salvedad fue argumentada en el escrito inicial, para que dado el caso que se negara su cambio de nombre por no contarse con la voluntad de ambos progenitores, se procediera a ser autorizado en los términos del artículo 5 in fine de la ley 26743, toda

vez que uno de ellos no estaba dispuesto a acompañarlo. Además, puso especial reparo en que conforme el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, a partir de los 16 años el mismo contaba con capacidad suficiente para hacerlo con su sola expresión de voluntad.

El juez de primera instancia, dispuso que atento la conformidad prestada por el progenitor en la audiencia el 12 de abril de 2021, el pronunciamiento judicial devenía innecesario y declaró abstracta la presentación. Sentado ello ordenó que en su caso los progenitores deberían concurrir al Registro Civil a concretar el cambio de género solicitado, dado que cuando ambos prestaban su conformidad no resultaba necesaria la autorización judicial.

Contra ello se alzó el peticionante y la Defensora de Menores. En el memorial de los agravios expresados, se manifestó que el juez había soslayado la identidad autopercebida al haberlo llamado con un nombre y género que no se identifican ni eran autopercebidos por el individuo accionante. Luego se indicó que no se garantizó su derecho a la identidad, autopercepción ni capacidad progresiva y no se dio una respuesta ajustada al objeto del proceso, por lo que se encontraba en la misma situación que previo al inicio de las actuaciones y ello continuaba sujeto a la voluntad unilateral de su padre.

Habiéndose analizado los extremos del caso, el Poder Judicial de la Nación resolvió revocar la resolución del 15 de abril de 2021 y rectificar el nombre y género utilizados por el magistrado de grado en el sentido que el nombre debía leerse por las iniciales L.A.C. y el sexo allí consignado debía tenerse como testado. Siendo así, se dictaminó hacer lugar al pedido de autorización solicitada y disponer la modificación de nombre y género en la partida de nacimiento de acuerdo a lo solicitado en el escrito de inicio, ordenándose además al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas expedir una nueva conformidad a lo expresamente dispuesto.

III. Análisis de la *ratio decidendi*

El conflicto suscitado debido a la problemática axiológica anteriormente individualizada quedó sesgada por la Cámara, al resolverse en favor de que la petición de la actora debía ser resuelta por aplicación de la ley 26.743. Para así resolver, la Alzada partió por argumentar que lo resuelto en la instancia de grado tenía menor

alcance de lo reclamado (resolución *infra petita*), ya que el decisorio cuestionado violentaba el principio de capacidad progresiva. Tal posición asumida se refleja en el considerando V, en el que se asume:

En esta inteligencia, la petición no devino abstracta y, a fin de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos involucrados, corresponde que se dicte una resolución expresa sobre la autorización requerida en los términos que prevé el artículo 5 segundo párrafo de la ley 26743, debiendo tenerse especialmente en cuenta, en orden al principio de capacidad progresiva aludido en la norma, que A. E. C., el 27 de diciembre de este año, alcanzará la mayoría de edad. (Considerando V, C.C., “C.,A.E. Y OTRO s/autorización”, 02/08/2021)

En tal caso, debía atenderse con particular importancia, que la misma en su artículo 5° se encargaba de regular lo concerniente al proceso de cambio de nombre de las personas menores de 18 años. Así entonces, estaba previsto que cuando por cualquier causa fuera imposible obtener el consentimiento de alguno de los representantes legales del menor de edad, se podía recurrir a la vía sumarísima para que los jueces correspondientes resolvieran, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño.

En la misma línea, los ministros manifestaron que las previsiones contenidas en la referida norma de identidad de género reconocían a toda persona el derecho al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género (art. 1). En ella también se explicitaba que la solicitud del trámite previsto en el artículo 4° debía 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 con 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.

Por último, la cámara resaltó que escasos días el peticionante alcanzaba la mayoría de edad, y que a ello se agregaba la noción de capacidad incorporada en el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y la conformidad prestada por el progenitor en autos. Desde dichas premisas, la ley colocaba a los adolescentes como una categoría de sujetos que merecían una mirada especial, apartada del molde tradicional y desde una mirada más respetuosa de su dignidad (Caramelo, 2012).

La sumatoria de las consideraciones expuestas permitieron colegir que era necesario autorizar el cambio de nombre y género pretendidos en los términos requeridos en el escrito inaugural. Por tanto, en función de ello, se procedió finalmente a rectificar la resolución de grado, y determinando el reemplazo del género y nombre por el peticionado por el menor.

IV. Análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial

Adentrándonos en primer lugar al contexto fáctico en el que se dio el conflicto exhibido en el plexo sentencial, recapitulamos en la existencia de un conjunto de individuos conformados por jóvenes y niños que afrontan una vida en sociedad en la que deben traspasar las barreras del temor o incluso falta de información necesaria que los ayude a subsistir como partes de un colectivo minoritario. Se trata de un grupo de personas normalmente identificadas como “trans-género” al que muchas veces se discrimina, margina e incluso patologizada.

Las autoras Grisel Pérez & Pignata (2018) argumentan acertadamente que en retiradas oportunidades se piensa que solo existen personas trans de edad adulta, pero esto no es así; la identidad de género de una persona –según lo afirman las mismas- no comienza en la adultez, sino que resulta de la vivencia interna e individual y que acompañan al individuo desde la infancia, desarrollándose a lo largo de toda la vida.

A los fines didácticos es indispensable remarcar que el término «trans» engloba a todas las personas que no presentan una correspondencia entre su sexo (de nacimiento) y su género (autopercebido, como un fruto de sus vivencias personales). Se engloba así a la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, travestis, transgéneros e intersexuales (por sus siglas LGBTTTI).

La Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos desarrolló una serie de principios denominados Principios de Yogyakarta (en lo sucesivo, “PYD”). Los mismos guardan estrecha relación con la orientación sexual y la identidad de género; estos “PYD”¹, definen a la identidad de género al sostener:

La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo

¹ Principios de Yogyakarta, marzo de 2007. Consultado de http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf, el 05/10/2021

asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. (p. 6)

Según Zappino Vulcano (2021), la adopción de los “PYD” tradujo la concreción de una metamorfosis normativa y emblemática de singular trascendencia que se proyecta sobre toda la ciudadanía mundial, como un mensaje de avance definitivo hacia la modelación de una sociedad más equitativa en el reconocimiento de derechos humanos. Este documento constituye un marco de trabajo legal en el que se recomienda a los Estados, la adopción de medidas de diversa índole como instrumento apto para asegurar el respeto de cada persona a la identidad del género autopercebido.

Téngase a bien saber, que el dictado de la ley 26.743 fue consecuencia de un proceso evolutivo destinado al reconocimiento de los derechos humanos e iniciado a partir del año 1994 cuando Argentina concretó la incorporación de múltiples tratados internacionales al plexo de la Constitución Nacional. En este sentido y a modo de ejemplo se ilustran la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de los Derechos del Niño. Todos ellos sumamente abocados al reconocimiento de la integridad, honra, igualdad y dignidad entre otros derechos enfocados en el disfrute del más alto nivel posible de salud y autorrealización personal.

Conforme se reseñó con anterioridad, esta norma entró en vigencia en el año 2012. Su artículo 2° define a la identidad de género disponiendo:

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.

Por otro lado, el art. 3° de la norma en comentario dispone que toda persona puede solicitar la rectificación registral de su sexo, y el cambio de nombre de pila e

imagen, cuando estos no coincidieran con su identidad de género autopercebida. En cuanto a los requisitos, la misma limita inicialmente su trámite a personas mayores de 18 años, quienes deben presentar una solicitud a tales fines ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, y expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse; con el destaque que en ningún caso será necesario acreditar intervenciones quirúrgicas, tratamientos o terapias formuladas en este sentido (Art. 4°) quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

Así entonces, cuando un integrante de este grupo minoritario se enfrenta a la burocracia administrativa o judicial para lograr un cambio de nombre acorde a su género autopercebido, todo puede llegar a complejizarse aún más. Así entonces, vemos como la problemática axiológica descrita al comienzo, pone en centro de discusión la ponderación de normas puestas en disputa.

Partiendo de ello, cuando lo puesto en dudas gira en torno del conflicto axiológico demarcado al comienzo de estas páginas, resulta sumamente interesante recordar que el principio de capacidad o autonomía afirma que a medida que los niños “crecen y adquieren discernimiento para comprender el sentido de sus acciones, alcanzan competencias cada vez mayores para asumir responsabilidades que afectan su propia vida” (Famá, 2015, p. 2); lo cual a su vez implica “una correlativa disminución en la necesidad de dirección y orientación por parte de sus padres, así como en el ejercicio del deber de contralor del Estado” (Famá, 2015, p. 2).

En este sentido, se expresan Perez y Pignata (2018) al criticar que la ley 26.743 no es sólida en materia de solicitud de cambio de registro en el caso de menores, al momento de exigir que dicho acto sea efectuado a través de sus representantes legales y con expresa conformidad de éste, lo cual (manifiesta la doctrina) resulta contradictorio con el mismo principio constitucional de autonomía progresiva que consagra la norma. En la misma línea argumental Beloff (2011) remarca la necesidad de que se deje atrás la visión de niños y jóvenes como incapaces, catalogando a estas complejidades como frutos de una “incapacidad política producto de una debilidad teórica” (p. 420), lo que a su vez se traduce en términos de una discriminación positiva a la infancia que, hasta la fecha, los adultos no hemos sido capaces de remediar.

Por su parte, Minyersky y Flah (2010) plantean la necesidad de distinguir en el concepto jurídico de “capacidad” y el bioético de “competencia” en lo relativo a las decisiones respecto del propio cuerpo. Dado que mientras la primera de ellas se asocia a la facultad de adquirir derechos y contraer obligaciones, en el segundo se tiene en cuenta 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. 126).

En este entendimiento, Bravo Valencia (2012) destaca que, sin el respeto y vigencia del principio de no discriminación, el catálogo de derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales carece de sentido, toda vez que muchas de las violaciones de derechos se originan en actos de carácter discriminatorio.

Finalmente, y en miras de llevar luz al conflicto bajo estudio, corresponde mencionar que el Poder Judicial como órgano encargado de dirimir conflictos de diversa índole, recepta actualmente un importante conglomerado de registros de casos destinados a dilucidar la primacía del derecho a la identidad de género. y, si bien son múltiples las facetas que engloba a estas cuestiones, interesa destacar un caso en el que, si bien la parte accionante no es un menor, es una persona incapacitada en situación de vulnerabilidad, alojada en un establecimiento asistencial, careciente de familiares que le otorguen asistencia y afectada en su salud por la enfermedad de Huntington con pronóstico malo.

Se trata de una sentencia dictada por el Juzgado de Familia de San Martín en los autos “C. H. D. s/ determinación de la capacidad jurídica” del 17/02/2021 (Cita: MJ-JU-M-132020-AR |MJJ132020 |MJJ132020). En el mismo un individuo se presentó con el patrocinio de su abogado solicitando se declare la incapacidad de su persona, y se formalice su registro de cambio de sexo y nombre de pila en su partida de nacimiento. Lo peticionado fue en el marco del testimonio de la persona actuante quien manifestó haber vivido en situación de calle y haber sido sometida a situaciones de abuso y explotación sexual, y encontrarse actualmente en extrema situación de vulnerabilidad que la llevan a necesitar atención permanente.

La misma relató la negación por parte de su madre respecto a su identidad de género y se enmarcó en la defensa de sus derechos conforme a la ley 26.743. En tono

con ello, la justicia resolvería fundamentalmente bajo los preceptos de la referida norma y con puntual atención al actual régimen dispuesto por el Cam. Civ. y Com. en materia de capacidad de las personas en razón de la aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Protocolo Facultativo.

Tal y como Perez y Pignata (2018) lo manifestaran, es imprescindible atender en este caso al principio constitucional de autonomía progresiva que consagra la ley 26.743. Pero además hay que hacer fundamental hincapié en la tesis de Beloff (2011) con quien concordamos en la necesidad de que se deje atrás la visión de niños y jóvenes como incapaces, lo que muchas veces ocasiona importantes actos discriminatorios.

V. Postura de la autora

Ciertamente, lo más importante a destacar de este resolutorio se plasma en la concreción del derecho a una identidad de género en favor de menores o individuos incapaces por aplicación de las disposiciones del Código Civil y Comercial. Lo resuelto en este proceso no hace más que mostrar el advenimiento de una nueva y marcada tendencia de ponderación de normas y principios en pos de la preservación de los compromisos asumidos mediante la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Aun así, es imposible dejar de lado la importancia que a nivel nacional posee el dictado de la ley 26.743 de identidad de género. Se coincide plenamente con la doctrina expuesta en que esta norma ha marcado una tendencia preponderante en la defensa de los derechos de las comunidades LGBTTTI.

Lo resuelto en autos es evidentemente favorable a la defensa de estos grupos minoritarios, que en ocasiones se vuelven casi invisibles ante la ley. El menor, -tal y como lo reseñaran los autores Minyersky y Flah (2010)- aunque no haya normativamente alcanzado la mayoría de edad (18 años) puede -según su grado de maduración- llegar a tener plena aptitud en cuanto a su competencia bioética a la hora de determinarse personal e individualmente, al punto de lograr autoperibirse con un género no coincidente con el que figura en su partida de nacimiento.

No considero que ello deba ser considerado un avasallamiento al conglomerado normativo. Sino más bien debiera remarcarse como la concreción del cumplimiento del principio de progresividad de la capacidad plasmado en la ley 26.743 que pugna por la autorrealización, equidad e igualdad de los individuos trans.

Tampoco creo que deba desatenderse a la relativa escasa vigencia de esta ley, dado que, habiendo sido sancionada en 2012, lleva actualmente apenas 9 años de vigencia, pero ya ha logrado sesgar importantes coyunturas que existían hasta antes. Y en este plano, se destaca el alcance y la interpretación que se ha registrado en torno al artículo 5°.

El mismo se ha introducido al sistema judicial para poner de manifiesto el interés superior por el bienestar del niño como una cuestión casi imposible de postergar. Esta dilucidación ha significado un avance que la sentencia bajo estudio ha idóneamente materializado en sus páginas.

VI. Conclusiones

Se advierte que este caso fue llevado a la justicia por la necesidad de un individuo de lograr su cambio de nombre en respuesta a un género por el autopercebido distinto al registrado en su partida de nacimiento. El caso, que de por sí manifiesta una importante particularidad (quien pretende el cambio de nombre es un menor de edad), logró un resolutorio acorde al derecho pretendido por el menor interesado y su progenitora, lo cual a su vez puso fin a la problemática axiológica descrita al comienzo de estas páginas.

Al margen de las diversas instancias procesales que se sucedieron, lo más destacable en este sentido, gira en torno a la interpretación jurídica que los juzgadores efectuaron sobre la ley 26.743, y más concretamente en cuanto al alcance del principio de capacidad progresiva de los menores de edad. La identidad de género –sin distinción alguna de cuestiones etarias- es un derecho que efectivamente se encamina a la autorrealización personal, y ante ello existe además el compromiso Estatal de garantizar su cumplimiento, por lo que acorde a los preceptos que rigen a nivel nacional, las normas deben ser ponderadas –como en este caso- en miras de proteger los derechos que incumben al accionante conforme a la descripción del contexto en que los mismos se sucedieron.

Lo analizado en estas páginas ha pretendido desentrañar la importancia que el derecho a la identidad de género vinculado a la capacidad progresiva que conforme pasan los años, les otorga a los menores más independencia y posibilidad de direccionar sus propios actos de voluntad.

Hablar de las infancias trans, visibilizarlas y conocerlas nos permitirá construir nuevas y mejores herramientas aptas para evitar la discriminación y violencia de género. En este sentido, y con expresa intención de reconocimiento y protección de los derechos de comunidades LGBTTTTI se deja inserto a pie de página un link² con un modelo de escrito para solicitar la autorización judicial para el cambio de nombre por motivos de género.

Por último, y puntualmente en atención al antecedente del citado caso “C. H. D. s/ determinación de la capacidad jurídica” considero pertinente y oportuno argumentar la necesidad de atención del derecho a la identidad de género en personas que por motivos económicos y/o de salud mental quedan cuasi excluidas del sistema. Dado que tal y como la ley 26.743 reza, lo que se pretende es lograr su plena autorrealización en un plano de igualdad de condiciones ante la ley.

VII. Referencias

a) Doctrina

- Beloff, M. (2011). La protección de los niños y las políticas de la diferencia. *Lecciones y Ensayos*, nro. 89, pp. 405-420.
- Bravo Valencia, J. (2012). Comentario al estudio “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes” . *Revista Derechos Humanos. Año II, N° 3* pág. 99, pp. 99-113.
- Caramelo, G. (2012). Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos en “Derecho Privado-Bioderecho. *Infojus, Año I, N°1*, pp. 89-90.
- Famá, M. V. (2015). Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial. *La Ley*, pp. 1-16.

² Modelo de escrito para solicitar la autorización judicial para el cambio de nombre por afectación de la personalidad de la persona interesada: Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/08/02/modelo-autorizacion-judicial-para-el-cambio-de-nombre-por-afectacion-de-la-personalidad-de-la-persona-interesada/> el 20 de octubre de 2021.

- Guastini, R. (2007). Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*, Año 2, N.o 08, pp. 631-637.
- Minyersky, N. y. (2010). Consentimiento informado de Niñas, Niños y Adolescentes. Derechos Personalísimos. Influencia del reconocimiento de la capacidad progresiva protección de la salud. *Revista crítica de derecho privado*, N° 7, pp. 123-135.
- Pérez, G. Y., & Pignata, V. (2018). Identidad de género y niñez en la provincia de Santa Fe. *Microjuris*, pp. 1-18.
- Zappino Vulcano, V. (2020). Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los principios de Yogyakarta y su gravitación en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet Universidad de Buenos Aires – Argentina*, Año VIII – N° 2 –, pp. 283-310.

b) Legislación

- Ley n° 26.743, (2012). Identidad de género. (BO 23/05/2012). *Honorable Congreso de la Nación Argentina*.
- Ley n° 26.994, (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. (BO 01/10/2014). *Honorable Congreso de la Nación Argentina*.
- Principios de Yogyakarta. (marzo de 2007). *Principios de Yogyakarta*. Recuperado el 2021 de octubre de 05, de http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

c) Jurisprudencia

- C.C., “C., A.E. Y OTRO s/autorización”, Sentencia 24540/2020 (02/08/2021).
- Juzg. Flia de San Martín, C. H. D. s/ determinación de la capacidad jurídica, Cita: MJ-JU-M-132020-AR |MJJ132020 |MJJ132020 (17/02/2021).

Anexo:

Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA I
24540/2020

C., A.E. Y OTRO s/AUTORIZACION

Buenos Aires, 02 de agosto de 2021.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. El peticionante -nacido el 27 de diciembre de 2003, conforme partida incorporada el 15 de julio de 2020-, con el acompañamiento de su progenitora, inició estas actuaciones a fin de acceder al cambio registral de su nombre y género conforme artículo 5 de la ley 26.743, artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y resolución 65/2015 del Ministerio de Salud.

Solicitó que se ordene al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad autónoma de Buenos Aires que lo autorice al realizar el cambio de prenombre y sexo registral como A. E. C., de sexo masculino, manteniendo todos los demás datos filiatorios.

A su vez, en caso que se resuelva que debe hacer el cambio registral con el consentimiento de sus progenitores, peticionó que se lo autorice en los términos del artículo 5 *in fine* de la ley 26743, toda vez que uno de ellos no está dispuesto a acompañarlo.

Según su relato en el escrito de inicio, el progenitor expresó que no lo acompaña ni da su consentimiento para concretar el cambio registral, con la excusa que

la religión que profesa no lo permite, haciendo más de un año que se lo pide insistentemente sin lograr cambiar su postura.

Es por ello que interpuso esta acción, teniendo especial reparo que a partir de los 16 años, conforme el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuenta con capacidad suficiente para hacerlo con su sola expresión de voluntad.

II. El juez de primera instancia, en su resolución del 1º de junio de 2021, dispuso que atento la conformidad prestada por el progenitor en la audiencia el 12 de abril de 2021, deviene innecesario el pronunciamiento judicial, por lo que declaró abstracta la presentación, ordenando que en su caso deberán los progenitores concurrir al Registro Civil a concretar el cambio de género solicitado, dado que no resulta la autorización judicial cuando ambos prestan conformidad.

Contra ello se alzan el peticionante y la Defensora de Menores, cuyos memoriales de agravios fueron incorporados el 9 y el 28 de junio de 2021, respectivamente.

Asimismo, la cuestión se integra con el dictamen del señor Fiscal General del 13 de julio de 2021.

III. En resumidas cuentas, en el memorial de agravios explicó que el juez soslayó la identidad autopercebida dado que lo llamó con un nombre y género con los cuales no se identifica ni autopercibe.

Luego indicó que no se garantizó su derecho a la identidad, autopercepción ni capacidad progresiva y no dio una respuesta ajustada al objeto del proceso, por lo que se encuentra en la misma situación que antes del inicio de las actuaciones y continua sujeto a la voluntad unilateral de su padre.

Sostuvo que en ningún momento se requirió que se obtenga en autos el consentimiento de su progenitor para poder efectuar el trámite ni es ese el objetivo de la vía propuesta por la ley de identidad de género.

Puntualizó que la cuestión no deviene abstracta ante el supuesto asentimiento de su progenitor en ocasión de la audiencia celebrada en autos, pues no se adoptaron las medidas tendientes a efectivizarlo, quedando por lo tanto la posibilidad que se incurra nuevamente en la negativa paterna.

En esa misma línea, el Defensor de Menores de Cámara destacó que el cambio de opinión del señor P. F. C. no es óbice para la obtención de la venia judicial solicitada, como resultado de garantizar plenamente los derechos invocados, tras varios meses de trámite.

IV. Este tribunal comparte en su totalidad los argumentos expuestos por la fiscalía general y la defensoría de cámara, y por esa razón, se anticipa, la resolución será revocada.

En el caso, más allá de la supremacía de los derechos en juego, lo cierto es que la crítica más relevante se asienta en una cuestión de derecho adjetivo, por cuanto las quejas nacen a partir de que se consideró abstracto expedirse en razón de la conformidad prestada -en la audiencia celebrada en autos- por el progenitor renuente.

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado que cuando se falla sin respetar los límites se puede incurrir en “exceso” que puede ser ultra petita (por fuera de lo requerido y controvertido); citra petita (por fuera de lo requerido y propuesto); o infra petita (por menos de lo reclamado y contrapuesto en juicio) (Fallos: 327:1532 del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Asimismo, como enseñaba Eduardo J. Couture “la pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica. Pero la pretensión no es la acción. La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión. Ese poder jurídico existe en el individuo, aun cuando la pretensión sea infundada“ (“Estudios de Derecho Procesal Civil”, 3º edición, Depalma, 1979, Buenos Aires).

En ese orden, la pretensión procesal conlleva, tres elementos: subjetivo, objetivo y causal. El primero de ellos está referido al sujeto habilitado para ejercer la acción, entraña una relación jurídica entre el pretendiente (actor o reconviniente) y el pretendido (demandado o reconvenido) y en consecuencia resulta resorte exclusivo de las partes, excluyendo al juez; el segundo se relaciona con la petición y es la libertad del individuo para fijar lo que pretende, no es más que el petitório del actor o del reconviniente; y el tercero, involucra el hecho que se invoca y a su imputación jurídica, es decir la causa petendi.

Queda claro entonces que las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que, en su ámbito específico, tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de defensa en juicio (conforme, Fenochietto, Carlos E., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado”, tº I, pág. 125, comentario al artículo 34; Gozáni Osvaldo Alfredo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado”, t. I, pág. 90 y siguientes, comentario al artículo 34).

V. Ahora, si bien aquí se trata de un pedido de autorización, el peticionante delimitó su objeto, con base en el hecho invocado e imputación jurídica respectiva, lo cual no fue abordado en la resolución apelada, con sustento en la conformidad del progenitor.

Bajo tal óptica, se advierte que a tenor de lo requerido en el escrito de inicio, la aludida conformidad no tornó abstracta la pretensión, a poco que se repare que el mentado consentimiento debe ser prestado ante la autoridad administrativa.

De modo que en la especie lo decidido en primera instancia se inserta en el ámbito de *infra petita*, desde que no medió pronunciamiento sobre el cambio registral ante la administración que fue motivo de petición.

Es así que la conformidad prestada por el padre ante esta sede, no genera que sea abstracto lo peticionado en autos, sino que en su caso coadyuva a la jurisdicción a ordenar el cambio registral, que es -precisamente- sobre lo que versó la pretensión.

En otras palabras, considerar que la conformidad del progenitor en sede judicial hace innecesaria la orden de cambio registral aquí perseguida, provoca que no se haya cumplido con la tutela judicial efectiva que es eje del servicio de justicia.

En esta inteligencia, como lo expuso el señor Fiscal General en su dictamen, se reitera que la petición no devino abstracta y, a fin de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos involucrados, corresponde que se dicte una resolución expresa sobre la autorización requerida en los términos que prevé el artículo 5 segundo párrafo de la ley 26743, debiendo tenerse especialmente en cuenta, en orden al principio de capacidad progresiva aludido en la norma, que A. E. C., el 27 de diciembre de este año, alcanzará la mayoría de edad.

VI. El peticionante se agravia porque en la resolución se lo identificó y llamó con un nombre y género con los cuales no se identifica ni autopercebe.

Para dar una satisfacción a dicho contenido, cabe hacer remisión primero a lo normado en el artículo 1 de la ley 26743, en cuanto allí se establece el derecho de toda persona de ser tratada de acuerdo con su identidad de género. Por tanto, en función de ello, si bien en el caso podría acudirse al testeado previsto en el artículo 35 del Código Procesal, lo cierto es que la virtualidad no permite la modificación de los documentos, por lo cual se procede aquí a rectificar la resolución teniendo el nombre indicado al inicio reemplazado por sus iniciales L.A.C. y testado el género allí consignado.

En definitiva, por estas razones, serán admitidos los recursos de apelación y revocada la resolución apelada.

VII. En función de ello, en atención a lo dictaminado por el señor Defensor de Menores de Cámara y el señor Fiscal General, a fin de dar urgente solución al requerimiento, corresponde expedirse en esta instancia sobre la venia judicial peticionada.

Para ello, cabe recalcar en las previsiones contenidas en la ley 26743 de identidad de género, vigente desde el año 2012, en cuanto a que en su artículo 1: reconoce a toda persona el derecho al reconocimiento de su identidad de género; al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; 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 tanto 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 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” y relativo al ejercicio del derecho, el artículo 3 dispone que: “... 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 autopercebida...”.

Ya específico al caso de autos, el artículo 5 se encarga de lo concerniente a las personas menores de 18 años y fija que la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º 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 con 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.

En esa línea -el citado artículo- estipula que 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 con 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.

VIII. En la especie -como ya quedó dicho- el peticionante alcanzará el próximo 27 de diciembre la mayoría de edad, a ello se agrega la noción de competencia incorporada en el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y la conformidad prestada por el progenitor en autos.

Desde esas premisas, es relevante señalar que hoy la ley coloca a los adolescentes como una categoría de sujetos que merecen una mirada especial, apartándose del molde tradicional y dando un reconocimiento a esta categoría etaria como una categoría jurídica, de modo que en nuestro derecho, opera hoy una modulación más fina, más sutil en la consideración de la autonomía de los sujetos, lo que conlleva una mirada más respetuosa de su dignidad (conforme, Caramelo, Gustavo, Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos en “Derecho Privado-Bioderecho”, direc. Gustavo Caramelo- Sebastián Picasso, Año I, N°1, mayo 2012, Infojus, páginas 89/90).

La adolescencia debe entenderse como un complejo proceso de maduración personal, como una etapa en busca de madurez. Pero la inmadurez del/la adolescente es distinta a la del niño/a o el/la adulto/a: mientras que la del/la niño/a es la de la persona que sin valerse a sí misma no percibe esa situación como problemática, la inmadurez del/la adolescente es la de quien no sabiendo valerse por sí mismo/a experimente el deseo de hacerlo y, al intentar conseguirlo, pone en marcha capacidades nuevas, en un proceso cuyas peculiaridades hacen difícil establecer su duración (conforme, De Mazo, Carlos G., La persona adolescente, vulnerabilidad y adicciones en “Protección jurídica de la Persona”, Buenos Aires, La Ley, 2010, páginas 55/101).

Bajo el contexto normativo y nociones reseñadas precedentemente, considerando -además- que el peticionante en meses alcanzará la mayoría de edad, corresponde autorizar el cambio de nombre y género en la partida de nacimiento -cuyos datos surgen de la documentación digital incorporada el 15 de julio de 2020-, en los términos requeridos en el escrito inaugural.

IX. Por todo lo dicho, de conformidad con lo dictaminado por el señor Defensor Público de Menores de Cámara y por el señor Fiscal General, SE RESUELVE: 1) Revocar la resolución del 15 de abril de 2021 y rectificar el nombre y género utilizados por el magistrado de grado en el sentido que el nombre debe leerse por las iniciales L.A.C. y el sexo allí consignado debe tenerse como testado (arg. artículo 35 del Código Procesal). 2) Hacer lugar al pedido de autorización solicitada y disponer la modificación de nombre y género en la partida de nacimiento de acuerdo a lo solicitado en el escrito de inicio, y ordenar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de esta ciudad, que expida una nueva de conformidad a lo expresamente dispuesto. 3) Encomendar al señor juez interviniente a una vez recibidas las actuaciones a fin de instrumentar la autorización aquí decidida ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de esta ciudad, ordene la comunicación pertinente por la vía y forma correspondiente, todo ello con trámite prioritario con base en los derechos invocados. 4) Las costas se imponen por su orden, dado que no medió intervención de otros interesados y en función a la forma en que se arriba a la resolución (artículos 68 segundo párrafo y 69 del Código Procesal)

El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y el pronunciamiento se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La vocalía número 27 se encuentra vacante.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, 2º párrafo del Código Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

PAOLA MARIANA GUIADO – JUAN PABLO RODRÍGUEZ

JUECES DE CÁMARA