

---

## **Instan-táneas**

---



---

## **Tomándose la desjudicialización en serio: comentario a una decisión judicial sobre los derechos de una adolescente trans**

---

Laura Saldivia Menajovsky\*

En los finales del año 2015 una jueza de la localidad de Junín resolvió a favor del reclamo de la joven N., de catorce años, relativo a la adecuación de su identidad de género en la partida de nacimiento y el respectivo documento de identidad.<sup>1</sup> La intervención judicial se originó en la oposición del progenitor biológico de N. a su petición.<sup>2</sup> La jueza, luego de escuchar a la joven, suplió la negativa paterna y autorizó la modificación de su partida de nacimiento conforme su libre identificación de género.

La decisión judicial fue muy bienvenida por activistas y especialistas en la materia que compartieron los términos en los cuales ha sido resuelta: “Destacamos el criterio asumido por la jueza interviniente, pues sienta un precedente de suma trascendencia en torno a derechos fundamentales básicos como: el derecho a la identidad de género, al desarrollo de la personalidad, a la dignidad y a la libertad. La sentencia es un claro y buen ejemplo en materia de efectivización de los derechos de niños y adolescentes, en donde se otorgó una solución a una problemática de manera precisa y tangible, rápida y sobre todo sin prejuicios. Solución que perfila

---

<sup>1</sup> “N. J. R.”, Juzgado de familia N° 1 de Familia del Departamento Judicial de Junín, 10 de diciembre de 2015.

<sup>2</sup> El artículo 5° de la Ley N° 26.743 establece: “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 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.

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”. Ley N° 26.746, Ley de Identidad de Género, B.O. del 24/05/2012. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=197860>. Último acceso: 20 de noviembre de 2017.

una nueva orientación jurisprudencial y que merece ser seguida.”<sup>3</sup>

La organización ABOSEX, quien patrocinó a N., también elogió la resolución judicial al señalar que, “se garantizó que el principio despatologizador fuera observado durante el proceso, en cumplimiento de la normativa vigente.”<sup>4</sup>

En este comentario busco problematizar el rol judicial en el caso. En síntesis, argumentaré que más allá del resultado favorable de la decisión judicial al pedido de N., la argumentación y procedimiento empleados para arribar a ella siguen el camino patologizador que la Ley sobre el derecho a la identidad de género tiene por objeto central desterrar.

La sanción de la Ley 26743 sobre el derecho a la identidad de género en el año 2012 (en adelante la “Ley”) vino a desestabilizar el *status quo* binario del género, es decir, el conocimiento, ideas y presuposiciones que legisladores, funcionarios públicos, jueces, abogados, maestros, familiares, periodistas y vecinos tienen sobre el género y su conformación.

El reconocimiento del derecho a la identidad de género basado en su autopercepción se sostiene en dos pilares centrales.<sup>5</sup> En primer lugar, se reubica la autoridad de quién está validado para decidir el género de una persona: antes de la “Ley” dicha autoridad era la ciencia médica y sus médicos, ahora sólo la persona involucrada. El segundo pilar es el referido a la desjudicialización del género: jueces –y funcionarios públicos–, ya no tienen más a su cargo la autorización y validación del cambio de género solicitado ya sea en los documentos de identidad o en el cuerpo. En el modelo anterior a la ley esto era hecho de forma muy invasiva de la intimidad y voluntad de la persona que solicitaba el cambio. Su vida personal y su cuerpo eran examinados de forma minuciosa por jueces y auxiliares de justicia (asesores y peritos varios) con el objeto de corroborar la identidad de género “verdadera” de la persona. Esto se hacía siguiendo estereotipos prefijados y prejuiciados sobre lo que es un hombre y una mujer, y presuponiendo que estas dos categorías de género son fijas e indubitables.

234

---

<sup>3</sup> Magdalena Diez y Laura Rodríguez, “Hacia el reconocimiento de la identidad de género de las personas menores de edad, a la luz del principio convencional de capacidad progresiva”, publicado en Fundación Sur Argentina, nota del 19 de septiembre de 2016. Disponible en: <http://surargentina.org.ar/noticias/fallos/hacia-el-reconocimiento-de-la-identidad-de-genero-de-las-personas-menores-de-edad-a-la-luz-del-principio-convencional-de-capacidad-progresiva/>. Último acceso: 20 de noviembre de 2017.

<sup>4</sup> Abosex, “Abosex Logró La Primera Sentencia Judicial Conforme A La Ley 26.743 De Reconocimiento De La Identidad De Género De Una Niña Trans”, nota del 2 de mayo de 2016. Disponible en: <https://abosex.com.ar/2016/05/02/abosex-logro-la-primera-sentencia-judicial-conforme-a-la-ley-26-743-de-reconocimiento-de-la-identidad-de-genero-de-una-nina-trans/>. Último acceso: 20 de noviembre de 2017.

<sup>5</sup> Para un estudio minucioso de estos pilares véase Laura Saldivia Menajovsky, *Subordinaciones Invertidas: Sobre el Derecho a la Identidad de Género*, Buenos Aires, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Editorial de la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS), 2017.

Se escudriñaba en detalle el comportamiento y las preferencias de la persona, ya sea respecto de su vestimenta, su tono de voz, sus preferencias deportivas, su orientación sexual, etc. Todo este dispositivo de corroboración del género binario se encontraba apañado por la supuesta verdad sobre el género que pregonaba, y lamentablemente aún pregonaba, la ciencia médica, que desoía la voluntad del propio sujeto.

La “Ley” trastoca este esquema de tratamiento del género y ubica a la voluntad de la persona en el centro de cualquier decisión sobre su género. Para ello, elimina la autoridad de médicos, jueces y funcionarios públicos en la determinación del género de una persona. Esto obliga a repensar el rol de estos actores cuando entran en contacto con “casos” donde está en juego la identidad de género de una persona. En concreto, en este comentario, a partir del análisis de la decisión judicial aquí comentada, discutiré cuál es el alcance de esta modificación respecto del rol de los jueces.

## I. Tomándose la Desjudicialización en Serio.

Una aclaración previa: para este análisis sólo utilizaré la información que puede extraerse de la decisión judicial objeto de comentario, y no el resto del expediente, que no es de consulta pública. Es probable que ello reduzca mi comprensión del caso. No obstante, creo que dicha decisión tiene información suficiente para discutir y cuestionar.

De la decisión del caso sabemos que la jueza tuvo a su cargo no sólo la causa que aquí examino, sino también otra causa que tramitó en el año 2011 donde se solicitó que el equipo técnico del Juzgado entrevistara a la niña y a su familia ante la posible existencia de derechos de la menor vulnerados. En este primer proceso obran pericias e informes médicos que dan cuenta del sentir de N. como niña, nos dice la jueza en su decisión del segundo expediente. Este dato es relevante ya que la jueza utiliza informes de una causa iniciada antes de la sanción de la Ley sobre el derecho a la identidad de género, para resolver de manera favorable la petición de N. Ello podría explicar los desaciertos presentes en la forma en la cual resuelve el caso, más no justifica su impericia.

Ante la imposibilidad de lograr la presencia del padre y conocer los fundamentos de su rechazo a la adecuación de género solicitada por su hija, la jueza procede a suplir su autorización. Para ello, escucha a N. en una audiencia celebrada con la presencia de la Secretaria de la Asesoría de Incapaces, de su abogada y de la perito psicóloga del juzgado.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Aunque la “Ley” no prevé la intervención del Ministerio Público —Asesor de Incapaces— el artículo 103 del Código Civil prevé la actuación en el ámbito judicial del Ministerio Público respecto de personas menores de edad cuando el ejercicio de su capacidad requiera de un sistema de apoyos. Ella puede ser complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. Y es principal, cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe ausencia o inacción de los representantes, en este caso, del padre.

El relato que sigue de la prueba producida en autos, presenta aspectos objetables. Por un lado, no se explica la intervención de una perito psicóloga. La “Ley” confiere un lugar primordial a la voluntad de la persona, sea ella mayor o menor de edad, respecto de su identidad de género. Esto implica que la jueza, y mucho menos sus auxiliares, no debían analizar la voluntad de la adolescente, sino la objeción del padre y ver si la misma tenía algún fundamento que la hiciera viable. En cambio, lo que se observa del relato de la magistrada es una detallada descripción de la vida de la adolescente: a qué escuela va, si era atendida por un psicólogo, si se lleva bien con sus compañeros de su clase, con quienes vive, que en la escuela la mandan a hacer un tratamiento psicológico en contra de su voluntad, que ha sido sometida a otro tratamiento en Buenos Aires, que comenzará un tratamiento psicológico en el hospital donde ya realiza un tratamiento hormonal, y repite que en la Escuela 40 a la que asiste es atendida por el Gabinete Pedagógico –el tratamiento que realiza contra su voluntad–. Son cinco las referencias que realiza la jueza a los tratamientos psicológicos que hizo, hace (menciona tres veces al mismo tratamiento, el de la escuela) y hará. Además de estos reaseguros “profesionales” sobre la voluntad de N., la autoridad judicial recurre a la perito psicóloga, por quien nos enteramos de más detalles de la vida de N.: que se atrasó dos años en la escuela con motivo de su elección de género, que sus amigos más cercanos son del barrio, que hacía danzas árabes. Ya en un tono más acorde a un diagnóstico médico, la perito psicóloga indica que al momento de la audiencia N. se presenta lúcida, globalmente orientada y con las funciones de su psiquismo conservadas y agrega que no se advierten signos de psicopatología de mención. Y por supuesto, que está de acuerdo con que N. realice el tratamiento psicológico del hospital dados los cambios psicofísicos por los que está atravesando.

236

¿Por qué tanta referencia a los tratamientos psicológicos? ¿Por qué la necesidad de que haya una perito psicóloga presente cuando además estaba presente la Asesoría de Incapaces? ¿Por qué la necesidad de su diagnóstico psicológico? La única respuesta que encuentro a estas preguntas es la necesidad de que la “ciencia médica” avale la decisión de N., la de su madre, y la de la misma jueza. Pero la supuesta autoridad de esta ciencia es justamente lo que la “Ley” le expropia cuando adopta el paradigma basado en la propia percepción del género como único criterio válido para determinarlo. Y esto, sostiene la “Ley”, y como se verá, el Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia en agosto de 2015, se aplica tanto a personas mayores como a menores de edad.

Luego de escudriñar la vida de la adolescente, la jueza menciona que utiliza los informes obrantes en las dos causas que tramitan en su juzgado, habiendo tramitado la primera en el año 2011. Del fallo no se desprende el contenido de la primera de ellas, pero parece sensato asumir que está en relación con la identidad de género de N., caso contrario no se explica que la utilice en la segunda causa. La primera causa, ¿no era acaso anterior a la “Ley”? ¿Ante la sanción de esta ley, no debería haber descartado aquellas pruebas que hoy ya no se requieren por estigmatizar a la

menor? Es cierto que aquí adolecemos de información suficiente para poder seguir analizando el caso. No obstante, en este punto relativo al uso de informes obrantes en una causa anterior a la sanción de la ley sobre el derecho a la identidad de género, la jueza debería haber sido más detallada y explícita en su decisión.

A esta altura del comentario, cabe recordar una norma no mencionada por la magistrada y que fuera aprobada unos meses antes de su decisorio. El artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado tres años después de la “Ley”, presume que “el adolescente entre trece y dieciséis 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”. Una lectura armónica del derecho indicaría que esta norma viene a completar o hacer más detallado el artículo 11 de la “Ley”, el cual establece que, “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”. Esta ley debería armonizarse con el más reciente artículo 26 del Código Civil y Comercial, el cual instaura un régimen específico respecto de los adolescentes de entre 13 y 16 años, a quienes se les reconoce la capacidad de otorgar su consentimiento informado para, por ejemplo, seguir un tratamiento hormonal o cualquier otro tratamiento médico que no comprometa su salud.<sup>7</sup>

237

Si las normas reconocen a dicho joven su capacidad para tomar decisiones sobre temas tan relevantes, con más razón el ordenamiento jurídico reconoce que pueda adoptar una decisión libre e informada sobre el cambio de género en sus documentos de identidad sin intervención de los padres, jueces o médicos. En consecuencia, podría argumentarse que el artículo 26 agrega una categoría de menores cuyas decisiones no pueden ser obstruidas ni siquiera por sus propios padres, entre ellas la de adecuar el género en los documentos de identidad.

Volviendo al caso comentado, la argumentación de la jueza se ve coronada con su siguiente verificación: “vale destacar que siempre frente a mi estuve en presencia de una niña y eso al día de la fecha no ha cambiado”. Es la mirada de la jueza, su entendimiento y percepción sobre el género de N., lo que termina definiéndolo, no la voluntad de N. para tomar esa decisión. Tanto la “Ley” como el Código Civil y Comercial le impiden a la jueza realizar este tipo de examen; ambas normas le

---

<sup>7</sup> Sobre cómo debe interpretarse el alcance y vinculación entre estas dos normas, véanse los puntos 4.2., 4.3., 4.4., del documento de acuerdos elaborado en la “Mesa de Trabajo: Nuevo Código Civil y Comercial, lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos y Reproductivos”, que como ANEXO I forma parte integrante de la Resolución N° 65/2015 del Ministerio de Salud. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=1986F5BB D2C6141457795C0504CF37B7?id=257649>. Último acceso: 20 de noviembre de 2017.

prohíben que se arrogue facultades para validar el género autopercibido de N.

Entonces, ¿cómo debería haber analizado el caso la jueza? Primero, debería haber estudiado los fundamentos de la oposición del padre. Aquí una pregunta se vuelve ineludible: ¿Cuál sería un argumento válido por el cual los padres podrían oponerse a la solicitud del menor de edad? Como un piso mínimo corresponde inferir que el mero hecho de que el o los padres no se presenten ni contesten la demanda denota que no hay un argumento válido sino que es el prejuicio lo que fundamenta su accionar.<sup>8</sup> Luego, ante la ausencia del progenitor en el proceso pese a estar notificado del mismo, la jueza debería haberle dado entidad a la voluntad de la joven a través de la recepción de su pedido sin examinar en detalle su vida y sin la asistencia de un diagnóstico psicológico. No obstante, extralimitándose del rol que estipula la “Ley” y el Código Civil y Comercial, termina examinando “pruebas” que le permiten verificar y corroborar la voluntad de la adolescente respecto al cambio de género que solicita. Como vimos, estas pruebas versan sobre cuestiones personales de la vida de N. que no deberían haberse recogido ni ventilado en un juicio sumarísimo. Aquí, cuando la jueza analiza en detalle la vida de N. y, luego de verificarla, confirma la identidad de género que N. afirma tener, cae en los vicios del modelo patologizador anterior a la “Ley”. Si bien lo hace basándose en los nuevos ropajes del superior interés del niño y de su capacidad progresiva, estos ropajes no terminan de ocultar una dinámica y argumentación judicial que desplaza la voluntad del sujeto de derecho para ubicarla en los márgenes.

238

Normas tales como la “Ley” en conjunción con el artículo 26 del Código Civil y Comercial jerarquizan la voluntad del adolescente, destacando la importancia de su auténtico protagonismo. Como contracara de esto, se exige un actuar judicial signado por la precaución y el respeto a los derechos fundamentales del menor involucrado. Ello significa que los operadores judiciales, los funcionarios públicos, los médicos, los psicólogos, tienen el enorme desafío de modificar sus prácticas para acomodarlas al derecho de los niños y adolescentes a ser la única autoridad habilitada por la norma para decidir su género. Es un hecho fácilmente constatable en la realidad –como lo muestra el caso aquí analizado– que la aplicación de una ley de avanzada como es la ley sobre el derecho a la identidad de género argentina, muchas veces queda a merced de los tiempos de las transformaciones culturales –muchas veces más lentas que la aprobación de una ley. De todos modos, este desfase entre la sanción de una ley que propone un cambio de paradigma y la capacidad de adaptación al nuevo paradigma, no puede servir de excusa para incumplir con la ley. Específicamente, en el decisorio aquí comentado, aunque el resultado de la decisión judicial terminó garantizando el derecho de N. a su identidad de género, no debe subestimarse el camino recorrido para llegar a dicha solución, razón por la cual debe ser mirado de manera crítica.

---

<sup>8</sup> Agradezco a Anabella Calvo, estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo, que me hiciera notar este punto.