

Comisión n° 1, Privado Parte General: "Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana"

CAMBIO DE GÉNERO, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. LOS APORTES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Autor: Marisol Burgués¹, María Martina Salituri Amezcuá², Mariana Vazquez Acatto^{3*}

Resumen

La Ley N° 26.743, que establece el derecho a la identidad de género de las personas, comprende regulación específica para el ejercicio de este derecho por parte de niñas niños y adolescentes (Art. 5° y 11°). A lo largo del presente trabajo nos proponemos desarrollar la importancia que la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) y su régimen de capacidad imprimen al ejercicio de este derecho por parte de los sujetos antes mencionados, así como plantear los interrogantes que surgen a partir de la vigencia de ambas normas.

1. Introducción

La identidad de género es hoy uno de los grandes temas en materia de Derechos Humanos y se reconoce el derecho a su libre expresión en documentos e informes internacionales, como un derecho humano fundamental⁴. En Argentina el debate por el reconocimiento de este derecho surgió con motivo de las solicitudes de autorización para someterse a una operación de reasignación sexual y/o la posterior modificación de pronombre y género de los documentos de personas que vivenciaban la intersexualidad (hermafroditismo o pseudohermafroditismo) o bien la transexualidad (entendida medicamente como disforia de género), con diversa suerte en los tribunales locales.

Una gran conquista fue la recepción normativa del derecho a la identidad de género auto percibida, corresponda ésta o no con el sexo y el género asignados al nacer a través de la ley N° 26.743 (2012) -reglamentada por Decreto n° 1007/2012- la cual establece entre otras cuestiones que, el nombre debe complementarse con todos los indicadores de la identidad que cada persona posee, en este caso el género, con el fin de reflejar la mismidad del ser, que implicó la despatologización y la desjudicialización de la identidad de género.

Tiene por objeto establecer un procedimiento que permita a los individuos ejercer su derecho a la identidad, bastando la decisión personal y autónoma de éstos, limitándose el Estado a garantizar el derecho a ejercer la libertad de escoger y vivir de acuerdo al

¹ Abogada Magister en Derecho de Familia e Infancia Universidad de Barcelona.

² Abogada UBA. Becaria Doctoral CONICET.

³ Abogada UBA. Asesora Legal de la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia (SENAF).

* Esta ponencia cuenta con el aval de Federico Notrica, Profesor Adjunto de "Derecho de Familia", Facultad de Derecho, Universidad de Palermo.

⁴ Ver http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual.htm

género autopercibido sin requerir ningún control judicial o administrativo previo sobre los motivos por los que se requiere el cambio.

La aplicación de esta ley en el caso de niño/as y adolescentes no fue pacífica, generando grandes debates y posturas doctrinarias encontradas básicamente a la luz de la derogada normativa civil, con especial relación a la tensión entonces existente, entre las normas en materia de capacidad/incapacidad de hecho de las personas menores de edad y el principio constitucional de autonomía progresiva.

2. Aspectos generales del derecho a la identidad de género

La ley la define 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...”* (art. 2) y reconoce tres prerrogativas: el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género; el derecho al libre desarrollo personal en consonancia con la propia identidad de género y, el derecho a ser tratado/a e identificado/a conforme a la identidad de género adoptada y desarrollada (art. 1).

En tal sentido, ordena que el ejercicio del derecho a la identidad de género no pueda ser limitado, restringido, excluido o suprimido por norma, reglamentación o procedimiento alguno. Además, se resguarda la privacidad de la identidad de género de cada persona y se garantiza el trato digno.

3. Identidad de género en la niñez y adolescencia

En relación a los niños/as y adolescentes, la ley distingue tres cuestiones: a) el acceso a la modificación registral de su identidad, sexo e imagen, b) el sometimiento a intervención quirúrgica de readecuación sexual, y c) el respeto por la identidad de género adoptada. Nos abocaremos a desarrollar las dos primeras, en tanto son las cuestiones que requirieren mayores precisiones.

3.1. El acceso a la modificación registral

El art. 5 señala que la solicitud del trámite en el caso de las personas menores de 18 años debe ser efectuada a través de sus representantes legales, y con la expresa conformidad de la persona menor de edad, 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 (CDN) y en la ley 26.061. Agregando a continuación, que la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061.

Por su parte, el artículo mencionado en su segundo párrafo reza 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...”*.

Esta redacción ha dado lugar a distintas posturas y criterios de interpretación, no exentos de contradicciones.

3.1.a) Antes de la reforma civil y comercial

En cuanto a la compatibilidad/incompatibilidad de la actuación de los progenitores/representantes legales del niño/a en el pedido de modificación registral y el

carácter personalísimo del derecho a la identidad de género y su ejercicio se han planteado, a grandes rasgos, tres posturas.

En primer lugar, se ha manifestado que, a la luz del carácter personalísimo de los derechos humanos que detentan tanto el derecho a la identidad de género como los derechos que ella involucra y atraviesa -dignidad personal, libertad, a la personalidad, a la no discriminación, a la vida privada, a la salud, a la integridad psicofísica, a la planificación y construcción de un proyecto de vida y a una adecuada calidad de vida-, precisamente por su contenido “personal”, no son factibles de ser ejercidos por o a través de sus representantes legales. De tal modo, se consideró que el art. 5 se apartaba del principio de autonomía progresiva, no resultando acorde que la petición la formule el representante legal con la conformidad del hijo; sino que el principio debe ser el inverso, sobre todo tratándose de adolescentes con competencia para solicitar el cambio, operando el consentimiento de éste con el asentimiento de sus progenitores⁵.

En segundo lugar y, en otro extremo, han existido decisiones provenientes del ámbito de la administración pública que denegaron el acceso a la rectificación del nombre de una niña, basándose en la sola aplicación de las normas civiles-hoy derogadas- amén de caer en la contradicción de desconocer las normas en materia de responsabilidad parental, entonces “patria potestad”⁶.

En tercer lugar, de acuerdo a criterios provenientes del ámbito de la administración pública nacional en materia de niñez, se estableció que, si bien el derecho a la identidad de género es de naturaleza personalísima y por tanto su ejercicio no puede ser escindido del sujeto titular del derecho, en ciertos casos, por la edad de dicho sujeto éste puede requerir de la asistencia de un adulto. Un adulto puede acompañarlo y representarlo en el acceso a los derechos que pueden reclamarse en razón de la identidad de género, tales como el pedido de rectificación registral, y no por ello la voluntad del sujeto titular del derecho queda desplazada”⁷.

Cuando se trata de personas menores de edad debe tenerse en cuenta su decisión y voluntad para producir la modificación registral. Es decir, el consentimiento o conformidad es el otorgado por el niño, niña o adolescentes y no por sus representantes legales. Éstos solo los asisten y acompañan en la solicitud ante el Registro Civil. Los derechos que otorga la responsabilidad parental no llegan a justificar la decisión que al respecto puedan tener los representantes legales, en tanto se trata de un acto personalísimo.

De manera vinculada al tema, también concurrieron distintas opiniones acerca de la edad del niño/a que debe ser considerada para el cambio registral.

⁵ Fernandez Silvina, *La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía y desjudicialización*, L.L, Suplemento Especial, Identidad de género y muerte digna, 2012, pág. 20-21; Medina Graciela, *Comentario exegético a la Ley de Identidad de Género*, L.L, Suplemento Especial, Identidad de género y muerte digna, 2012, pág. 49-50.- y Solari Néstor, *La capacidad progresiva y la patria potestad en los proyectos de identidad de género*. Revista PFyS, LL, noviembre 2011, p.212.

⁶ Disposición N° 4421/12 de la DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL REGISTRO DE LAS PERSONAS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, que resuelve el rechazo de la solicitud administrativa efectuada por los representantes legales y L. N. E. con la asistencia de la abogada, por tratarse de un menor incapaz absoluto para otorgar su consentimiento a los fines pretendidos, indicando que la sustanciación del pedido debía realizarse en la instancia judicial, de conformidad con lo establecido en los artículos 127, 54 y 921 del Código Civil.

⁷ Dictamen N° 2064/2013 Dirección de Asuntos Legales de la SENAF en el Exp. N° E-SENAF-11281-2013 y RESOLUCIÓN N° 1589/2013 de dicho organismo.

Como se ha señalado⁸, la madurez del niño/a influirá, decididamente, en la solución que deba adoptarse. Así, cuanto mayor sea la edad y la madurez, más decisiva será su voluntad, emergiendo en este punto la importancia de la capacidad o autonomía progresiva del niño/a en función a la evolución de sus facultades.

Algunos, tomando el parámetro del art. 921 del código derogado en cuanto a la adquisición de discernimiento para los actos lícitos entendieron que *«a partir de los 14 años el sujeto puede decidir libremente sobre el cambio de sexo registral, con todas las consecuencias que ello implica»*⁹.

Otras posturas, en cambio, no refieren a una edad determinada, sino que prefieren hablar de la específica aptitud del niño/a en cada caso particular o individual para discernir y juzgar las consecuencias de su decisión o bien, establecer la presunción que, a partir de la existencia de la demanda del niño/a debe entenderse, salvo prueba en contrario, el mismo cuenta con la capacidad suficiente para el ejercicio autónomo de sus derechos. Entienden que tanto la CDN como la Ley N° 26.061 implican la inversión del principio de incapacidad que regulaba el Código Civil, al presumirse que todo acto en ejercicio de un derecho personal por una persona menor de edad que cuenta con el desarrollo, madurez y edad suficiente, se reputa realizado con discernimiento, intención y libertad. Por ende, quien alegue lo contrario, deberá probarlo¹⁰.

Desde otro punto de vista, considerando la naturaleza jurídica del acto de rectificación registral, y encuadrando el mismo dentro de la órbita del derecho administrativo, se manifestó que las limitaciones que presentan las reglas de capacidad del derecho privado no rigen en el ámbito del derecho público¹¹. Por tanto, se consideró que el niño/a que cuenta con 14 años de edad cuenta con la capacidad legal específica para realizar por sí solo el pedido de rectificación sin que sea necesario que actúe por medio de sus representantes legales. Y que, por debajo de la edad mencionada debía primar el criterio hermenéutico por el cual, frente a la ausencia o negativa de la representación de sus progenitores debía intervenir el órgano administrativo de protección de derechos. Se entendió además que éste podría evaluar la capacidad o competencia del niño/a en su pedido de rectificación, evitando en lo posible la judicialización.¹²

Finalmente, en relación al consentimiento o conformidad de los representantes legales del niño/a, se ha dicho que *“(...) si bien, en la primer parte del artículo 5 no se aclara si se requiere dicha conformidad de ambos representantes legales o basta la de uno sólo de ellos, la redacción del segundo párrafo de dicho artículo permite inferir que se exige la decisión conforme de ambos representantes del niño/a; en tanto se deriva la*

⁸ Solari Néstor, op. cit. p. 212. y *“La situación del niño ante las leyes de muerte digna e identidad de género”*, L.L, Suplemento Especial, Identidad de género y muerte digna, 2012, p.132 y ss.

⁹ Solari Néstor, *“La situación del niño...”*, p. 132 y ss.

¹⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *“El derecho del menor a su propio cuerpo”*, en la persona humana, Dir. Guillermo Borda, La Ley p.256 y Kemelmajer de Carlucci, Aída, *“El derecho del niño a su propio cuerpo”*, en *“Bioética y Derecho, Coordinadores: Bergel, Salvador y Minyersky, Nelly, Rubinzal Culzoni Editores, 2003, Buenos Aires, pág. 114.*

¹¹ Criterio sostenido por la Dirección de Asuntos Legales de la SENAF justificado en nota de Vélez Sarsfield en el artículo 128 del Código Civil y doctrina especializada en derecho administrativo Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 4, págs. I-8 a I-11, especialmente puntos 3.7 y 4, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 2011, Bs. As. Con citas de la Ley N° 26.061 y de doctrina calificada en la que cabe destacar a Pearson y Marienhoff.

¹² Dictamen 01-13 de la Dirección de Asuntos Legales, Doc. AE-SENAF-196-2013, referente a los alcances de la Ley N° 26.743 de Identidad de Género, en el marco de la protección de las niñas/os y adolescentes.

cuestión al ámbito judicial en caso de falta u oposición de alguno/s de tales representantes”¹³.

3.1.b) Con la vigencia del CCyC

La identidad de género de todas las personas está contemplada en los arts. 69 y 70 del CCyC, en tanto autorizan el cambio de prenombre por razón de identidad de género sin intervención judicial y lo hacen a través del proceso más abreviado que prevea la ley local, ordenando la rectificación de todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios y en total consonancia con la Ley 26.743.

El debate doctrinario expuesto anteriormente en relación al acceso a la rectificación registral de la identidad, sexo e imagen ha sido saldado con la sanción del CCyC en tanto reformula las cuestiones en materia de capacidad/incapacidad de ejercicio de los derechos de los niños/as y adolescentes a la luz de una lectura sistémica, principalmente de los arts. 25, 26 y 639, los que encuentran fundamento en el principio de autonomía progresiva y el principio de protección especial.

El concepto de autonomía progresiva indica que a medida que los niños adquieren mayores competencias, aumenta su capacidad de ejercer directamente sus derechos, disminuyendo consecuentemente la necesidad de representación, orientación y dirección de los adultos, en particular de sus progenitores.

De tal manera, se deroga la teoría clásica de incapacidad determinada por un límite de edad fijo, y se recepta un criterio de mayor flexibilidad. La característica de progresividad en la adquisición de competencia para el ejercicio de los derechos se relaciona directamente con dos cuestiones: 1) el proceso de madurez y el consecuente desarrollo de sus facultades, determinado por factores de tipo biológico, psicológico y social, que varían conforme la edad, el nivel de estímulos y el marco social y cultural en el cual se desarrolla cada niño y que es distinto en cada uno de ellos; y 2) la naturaleza del derecho a ejercer.

El art. 26 del CCyC establece que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes; no obstante, agrega que la persona menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, regulando a continuación la capacidad en cuestiones de salud y cuidado del cuerpo. Así, se ha comentado que a partir de la nueva regulación civil *“la representación no se constituye en la regla en materia de ejercicio de derechos por las personas menores de edad. En efecto, la solución esbozada en el primer párrafo del artículo se enfrenta a continuación con un principio -y no excepción- incorporado en forma expresa a la codificación civil por la Reforma cual es el ejercicio personal de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes que presenten edad y grado de madurez suficiente tal que les permita la actuación personal de sus derechos”¹⁴*, a lo que se suma que en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

Por su parte, el art. 639 incorpora expresamente la autonomía progresiva del hijo, conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, entre los principios generales que rigen la responsabilidad parental junto con el interés superior del niño y el

¹³ Fernández Silvina, *“La realización del proyecto...”* op. cit. p. 22.

¹⁴ Fernández Silvia, *“Art. 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad”*, en Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Título Preliminar y Libro Primero Artículos 1 a 400*, 1a ed., Infojus, Buenos Aires, 2015, pág. 68.

derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, estableciendo expresamente la relación inversamente proporcional que existe entre autonomía progresiva y responsabilidad parental en la medida que “*a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos*” (inc. b).

Por tanto, a la luz de las nuevas disposiciones civiles, los arts. 1 y 2 del CCyC y la regulación de cuestiones vinculadas con el ejercicio de derechos personalísimos, se impone interpretar que -en principio- la persona menor de edad adolescente cuenta con aptitud para realizar por sí el pedido de rectificación registral, sin que sea necesario que actúe por medio de sus representantes legales; y por debajo de los 13 años debiera actuar a través de y con la asistencia de sus progenitores o progenitor.

En cuanto al mencionado requerimiento de la concurrencia del consentimiento de ambos representantes legales, lo cierto es que el artículo 645 del CCyC no menciona este supuesto. Por este motivo entendemos que la regulación especial y la exigencia del consentimiento/asentimiento de ambos progenitores resulta restrictiva y perjudicial para el ejercicio de este derecho. No existiendo conflicto, debiera bastar el consentimiento de “alguno” de ellos, es decir, del que se encuentra presente. En cambio, frente al caso de oposición correspondería habilitar la intervención judicial.

3.2) La intervención quirúrgica de reasignación sexual

El art. 11 de la ley 26.743, luego de establecer como principio la desjudicialización de las cuestiones atinentes a la prestación del consentimiento informado para la efectivización de las intervenciones médicas de reasignación de sexo, contempla una excepción a dicho principio respecto de las personas menores de edad, respecto de las cuales “*regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5 para la obtención del consentimiento informado*”. Asimismo establece que para su intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente.

3.2.1. Del consentimiento informado

a) Antes de la reforma civil y comercial

En el contexto anterior a la reforma, lo regulado por la norma para la obtención del consentimiento informado en el caso de los niños/as y adolescentes, había encontrado serios reparos si consideramos el mayoritario consenso doctrinario y jurisprudencial acerca del debido respeto del principio de autonomía de los niños/as y en especial de los adolescentes en el ejercicio de derechos personalísimos como el cuidado y disposición del propio cuerpo. Al respecto, debe recordarse un antecedente en esta materia que tuvo lugar en la Provincia de Córdoba, en el que prosperó la autorización judicial de readecuación sexual genital y posterior rectificación registral frente al pedido formulado por una persona menor de edad, siendo pertinente resaltar que en su primera resolución el juez rechazó *in limine* la pretensión, fundado en la insuficiencia de la representación legal de padres para petitionar en ejercicio de los derechos personalísimos del hijo de 14 años¹⁵.

¹⁵ Fallo del Juzgado de 1ª Instancia y 2ª Nominación en lo Civil y Comercial de Villa Dolores (Córdoba), 21/09/2007.

Asimismo, se refirió que el texto de la norma entra en conflicto con lo preceptuado por la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente¹⁶, en tanto regula expresamente el derecho de los niños/as y adolescentes a intervenir en la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud en los términos de la ley 26.061, frente a la cual, cuando se encuentran en juego derechos personalísimos como la alteración, definición o redimensión de la identidad, que solo admiten el ejercicio por su titular, no puede ser interpretada como una intervención que pueda ser sustituida por la voluntad o decisión de los adultos. Agregando que ello queda aún más delimitado en el marco del texto reglamentario de la citada ley 26.529, al precisar la observancia de los profesionales respecto de la voluntad de los niños/as y adolescentes, según su competencia y discernimiento y estableciendo los supuestos en que procede el consentimiento informado por representación, concluyendo que se desprende claramente que no en todos los casos que involucran a las personas menores de edad procede el consentimiento por representación sino sólo respecto de aquellos menores que no son capaces intelectualmente o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar¹⁷.

b) *Los aportes del CCyC*

En la regulación específica del art. 26 respecto del derecho de niños/as y adolescentes al cuidado de su salud, se recepta la doctrina nacional mayoritaria y las voces jurisprudenciales, al mismo tiempo que se basa -conforme surge de los fundamentos del anteproyecto- "(...) en las reglas generales aceptadas en el ámbito de la Bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de "competencia" diferenciándola de la capacidad civil tradicional"¹⁸. Se establece un sistema mixto de interpretación de la capacidad de ejercicio: consideración de la madurez y grado de desarrollo por un lado y, por el otro, de las presunciones basadas en la edad.

La regulación sostiene que, cualquier adolescente a partir de los 16 años será considerado como un adulto para todos los actos relacionados con el cuidado de su propio cuerpo. Ahora bien, cuando se trata de adolescentes entre 13 y 16 años, se introduce una diferencia de acuerdo al tipo de acto médico del que se trate. Si se tratare de actos no invasivos, que no comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física, los adolescentes a partir de los 13 años tienen aptitudes para decidir por sí mismos.

Por el contrario, cuando se tratare de actos invasivos que comprometan la salud, o esté en riesgo la integridad o la vida los adolescentes, deberán prestar su consentimiento con asistencia de sus progenitores. De haber conflicto entre los adolescentes y sus progenitores se deberá resolver teniendo en cuenta su interés superior y la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

3.2.2. *La necesidad de la previa autorización judicial.*

La cuestión de la exclusión de las personas menores de edad del principio general de desjudicialización de las cuestiones médicas, también generó opiniones encontradas

¹⁶ Art. 2° inciso e) y art.5 de la ley y arts. 2 inc.e) y 5 del Anexo Decreto 1089/2012.

¹⁷ Dictamen 01-13 de la Dirección de Asuntos Legales...ob. Cit.

¹⁸ Fundamentos del Anteproyecto, Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (creada por decreto nacional N° 191/2011).

desde la doctrina y pronunciamientos provenientes del ámbito de la administración pública en niñez.

Desde un sector se ha afirmado que: *“en el caso de un menor de edad es prudente que el Poder Judicial otorgue la autorización, por tratarse de cirugías de altísimo riesgo e irreversibles, y que comprometen la salud reproductiva, debiendo efectuarse una prudente ponderación de los riesgos previsibles al igual que los beneficios esperables y otorgar la autorización cuando prevalezcan los beneficios esperables respecto de potenciales riesgos*¹⁹. Adhiriendo a la última valoración, se ha manifestado que: *“en esta materia se actualizan las llamadas decisiones de sustitución, necesarias a los fines de medir la real competencia del sujeto para el acto médico que propone, renovándose aquí la noción de paternalismo justificado en tanto se trata de una cuestión en la que el Estado sí debe ingerir (arg. art. 16 CDN contrario sensu) a fin de garantizar una verdadera tutela judicial efectiva en pro de los derechos del hijo menor de edad”*²⁰.

En contrario a las posturas citadas, desde otro sector se han manifestado a favor de *“la innecesidad incluso de la autorización judicial, la que señala un sesgo tutelar, contrario a los principios del moderno derecho de infancia”*²¹.

Por su parte, desde el organismos rector a nivel nacional en materia de derechos del niño²², se ha considerado que la necesidad de contar a priori con la autorización judicial se encuentra reñida con el derecho personalísimo del niño/a de disposición del propio cuerpo en el marco de una interpretación holística de la CN, CDN (arts. 2, 3, 4, 5 y 16) y ley 26.061 (arts. 2, 3, 7 y 10) y a la luz del principio del interés superior del niño. Refirió que se contrapone con lo establecido por la reglamentación citada de la ley sobre derechos del paciente resultando más acertado el criterio seguido por dicha norma y su reglamentación. Se sostuvo que la obligatoriedad a priori de la autorización judicial, como principio, debe limitarse en todo caso sólo a los supuestos que presenten conflictos de intereses. Consideró que dicha regulación involucra una situación de discriminación en función de la edad que no encuentra justificación o entidad suficiente para no ser calificada de arbitraria o carente de razonabilidad, en tanto presenta obstáculos que, en algunos casos, representan barreras económicas para el acceso a la intervención quirúrgica. Finalmente agrega que debería entenderse que la intervención judicial en los supuestos de intervenciones quirúrgicas de personas menores de edad, queda reservada de manera subsidiaria para aquellos casos o supuestos en que presenten conflicto de intereses entre el niño/a y sus progenitores o bien discrepancias serias de criterios entre alguno de ellos y la opinión médica.

Asimismo, luego de la sanción del CCyC autorizada doctrina²³ interpreta que la intervención quirúrgica de reasignación sexual se trata de una intervención mutilante – no comprendida en la noción de cuidado del propio cuerpo (Art. 26) por lo que para su realización -en el caso de niños/as y adolescentes- se requiere su consentimiento y la autorización judicial previa que exige la ley especial.

4.- Conclusión

¹⁹ Medina, Graciela, *“Ley de identidad de género. Aspectos relevantes”*. LL 01/02/2012, 1.

²⁰ Fernández Silvina, *“La realización del proyecto...”* op. cit. p. 25.

²¹ Solari, Néstor, *“La capacidad progresiva...”* op. cit. p. 209.

²² Dictamen 01-13 de la Dirección de Asuntos Legales...op. cit.

²³ Kemelmajer de Carlucci Aída, Herrera Marisa, Lamm Eleonora y Fernandez Silvia E. *“El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”*. Infojus, 2015.

Podemos observar que existen diversas cuestiones en las que se nos impone una interpretación sistémica del Código Civil y Comercial y una ley especial, en este caso la ley de identidad de género. Pues más allá de la aplicación, como regla general, de la máxima del derecho de “ley especial prevalece sobre ley general”, el gran desafío estará en que estos microsistemas deben interpretarse armónicamente entre sí, a la luz de los principios que emanan del Código y siempre sobre la base del respeto de los derechos humanos y garantías fundamentales del bloque de constitucionalidad federal, sin olvidar el principio de razonabilidad en relación a la bioética que exigirá el equilibrio entre el principio de autonomía y el de beneficencia²⁴, pues “*el derecho a la salud siempre se ocupará de cuestiones bien dinámicas y particulares, debiendo asignarse prioridad en casos concretos a valores tan importantes como la vida o la dignidad, decidirse sin demora en situaciones inesperadas y siempre considerar los riesgos que las respectivas decisiones supondrán para el propio paciente y para terceros*”²⁵.

La clave está en el equilibrio y la composición entre los principios de protección especial y de autonomía progresiva, ya que “*tan contrario al ansiado ‘interés superior del niño’ es restringir el ejercicio de ciertos derechos cuando los niños o jóvenes están en condiciones de hacerlo, como permitirlos cuando todavía no lo están*”²⁶ creándoles obligaciones injustas a su cargo.

²⁴ Famá, M. Victoria, "Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 57, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág 16.

²⁵ Wierzba Sandra, “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el derecho actual”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 62, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, pág. 10.

²⁶ Kemelmajer Aída, Herrera Marisa, Lamm Eleonora y Fernández Silvia, *op. cit.*