Juzg. Flia. N.° 3 San Juan, 12/02/2019, F., P. J. y otro s/ Autorización judicial

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1) Estos autos venidos a despacho para resolver el pedido formulado por el Sr. C. V. F. O. (16 años de edad), con la conformidad de sus progenitores, Sres. P. J. F. y M. C. O., a los fines de obtener la autorización judicial requerida por la Ley 26743 para la realización de una intervención quirúrgica consistente en una mastectomía (extirpación de sus glándulas mamarias). Que la acción instada se la realiza dentro del marco de la Ley de identidad de género N° 26743, solicitando la autorización judicial allí exigida cuando de un menor de edad se trata, toda vez que C. V. F. O. tiene dieciséis (16) años a la fecha de promoción del proceso judicial. Acompañan partida de nacimiento e informe psicológico. 2) Manifiestan en forma conjunta padres e hijo que desde niño comenzó a sentir incómodo con su cuerpo, con su fisonomía femenina, acrecentándose esa situación con el pasar de los años, al punto tal que decidió dejar de esconderse y hablar con sus padres para hacerles saber su decisión de cambiar el género. Que ello fue acompañado por una psicóloga que respalda el estado psicológico en el que se encuentra. Que hoy ya tiene su documento de identidad como varón (procedimiento previsto por el art. 4° de la Ley 26743), habiendo comenzado su tratamiento con hormonas a los fines de su masculinización, debiendo realizarse a la brevedad la mastectomía referida. 3) Que a fs. 05 se le da curso a la acción promovida solicitando dictamen de la Sra. Asesora Oficial correspondiente. Que corrido el traslado referido, la Dra. Patricia Sirera, titular de la Asesoría Oficial N° 2, sugiere que de conformidad a la Ley N° 26061 de protección integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes, se de intervención al Gabinete Técnico del Juzgado a los fines de la realización de entrevistas con la psicóloga particular interviniente y con el menor, considerando su autonomía progresiva y el derecho constitucional a ser oído, lo que así se ordena a fs. 07. 4) Que a fs. 10/12 se glosa a los autos el informe del Gabinete Técnico del Juzgado, al que debo remitirme brevitatis causa, no sin antes hacer referencia a ciertos pasajes que considero de importancia para la resolución de la presente causa. De dicho informe surge: a) que C. ya posee su nuevo documento de identidad en el cual consta su nuevo género, importando ello la rectificación registral del sexo; b) que ello le trajo aparejado la necesidad de cambiar de institución educativa, toda vez que en el Colegio católico al cual concurría se forzaba a sí mismo a mantener una imagen de la que no se sentía parte, percibiéndose incluso discriminado; c) que se percibe en C. un joven seguro de sí mismo, con adecuada autoestima, con un discurso coherente y acorde a sus propias convicciones y deseos, con conciencia lúcida; d) que no obstante haber nacido biológicamente como mujer se siente hombre, encuadrando lo mencionado dentro de la clasificación del Manual de Diagnóstico Estadístico de los Trastornos Mentales en la categoría de “Disforia de Género”, en alusión al “disgusto, desajuste o molestar con el sexo biológico que le ha correspondido al sujeto”, y que ello le acontece desde los seis años de edad; e) que se encuentra informado respecto de las intervenciones que debe llevar a cabo para arribar a los cambios físicos que desea. Asimismo, se informe que “se infiere en C. un deseo de ser intervenido quirúrgicamente, a fin de extirparle la glándula mamaria y arribar así, a una apariencia física, acorde a su deseo y a su percepción psicofísica. Es consciente del alcance de la operación quirúrgica y de lo que ello implica (renunciar a su femineidad y maternidad)” (el subrayado me pertenece- fs. 11). Concluye la profesional

interviniente que: “Por todo lo expuesto y teniendo en consideración el deseo de C. V. F. O., quien ha adquirido su nuevo Documento Nacional de Identidad y se encuentra realizando tratamiento hormonal, se sugiere, salvo mejor criterio de S.S. que se autorice y efectivice la intervención quirúrgica correspondiente a la mastectomía, que el mismo junto a sus padres, solicitan al Juzgado” (fs. 12). 5) Que corrido que fuera la vista al Ministerio Pupilar, la Dra. Patricia Sirera afirma que “cuando una persona busca la definición sustancial de su persona, como individuo y ser humano, tiene derecho a la reafirmación de su identidad sexual y personal con la obtención de la documentación pertinente que indique su sexo y su nombre que refleje su realidad. Ello es imprescindible para el ejercicio pleno de sus derechos personalísimos, como respuesta jurisdiccional que complete su dignidad personal y haga realidad sus derechos constitucionales de vivir dignamente, acorde con su proyecto de vida, sin discriminación alguna por su condición, en aras de su desarrollo en libertad y armonía en sus elecciones” (sic., fs. 14/ 14 vta.). 6) Ahora bien, la Ley de Identidad de Género N° 26743, en su art. 1° dispone: “Derecho a la identidad ed género. Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen, sexo con los que allí es registrada” (el subrayado me pertenece). Asimismo, por el art. 5° “Personas de menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho años de edad la solicitud del trámite a que refiere el art. 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 26061 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 art. 7° de la Ley 26061”. Como puede observarse la norma bajo análisis hace expresa mención a la “autonomía progresiva”, dando aplicación concreta a uno de los nuevos paradigmas en materia de “capacidad” incorporados por el Código Civil y Comercial a partir del art. 26 (Bueres, Alberto J., Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Hammurabi, 2016, t. 1-A, págs. 279 y ss.), que dispone: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.

En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior… A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo…”. De la norma transcripta resultan los siguientes

postulados: a) el “interés superior del menor”, dando cumplimiento al bloque constitucional integrado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; b) el “derecho a ser oído”, con igual rango normativo que el anterior; c) la “autonomía progresiva” que, como regla general, se consagra al afirmar que el menor adolescente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico; d) que respecto de todo procedimiento o tratamiento médico se requiere el consentimiento expreso del menor, pues se trata de un “derecho personalísimo” (Ver: Kemelmajer de Carlucci, Aída, El derecho del menor a su propio cuerpo, en “La persona humana”, Guillermo A. Borda (dir), 2001, pág. 249); e) que respecto de procedimientos médicos “no invasivos ni riesgosos para su salud”, el menor de entre los 13 y 16 años puede decidir por sí, mientras que para los procedimientos “invasivos o riesgosos” debe contar con la asistencia de sus progenitores. Completando al marco normativo aplicable al caso, debe hacerse mención que el art. 11° de la Ley 26743 impone la autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica. 7) En el caso de autos, el menor solicita autorización judicial para la realización de una intervención quirúrgica invasiva, con claro riesgo para su salud, pues se trata de la extirpación de sus glándulas mamarias, lo que, además, es irreversible. Al respecto resulta que, en cumplimiento de la normativa ut supra citada, el menor C. V. F. O. (adolescente) ha sido oído a través del organismo técnico predispuesto por los Juzgados de Familia (Gabinete Técnico), ha prestado libremente su expresa conformidad, cuenta con la asistencia de sus progenitores y, por sobre todas las cosas, ha comprendido el alcance de las consecuencias médicas de la cirugía que pretende realizar. Dicho ello, teniendo en consideración el informe psicológico glosado a fs. 03, lo informado por el Gabinete Técnico del Juzgado, y la opinión de la Sra. Asesora Oficial N° 2, en vista a que el menor tiene derecho a su reconocimiento de su identidad de género y al libre desarrollo de su persona conforme al mismo, corresponde hacer lugar a la demanda instada y autorizar a la realización de la intervención quirúrgica solicitada.

Por todo lo expuesto y normativa citada, RESUELVO:

I) Hacer lugar a la demanda instada;

II) En consecuencia, autorizar al menor C. V. F. O., DNI N° …, a la realización de la intervención quirúrgica requerida (mastectomía), conforme considerandos pertinentes;

III) Expedir por Secretaría del Juzgado copia auténtica de la presente a los fines de ser presentada por ante quien fuere necesario. Protocolícese, déjese copia autorizada en autos y notifíquese personalmente o por cédula a las partes, y Ministerio Pupilar en su público despacho.

Del dictamen del Ministerio Pupilar, Dra. Sirera

1. Cuando una persona busca la definición sustancial de su persona, como individuo y ser humano, tiene derecho a la reafirmación de su identidad sexual y personal con la obtención de la documentación pertinente que indique su sexo y su nombre que refleje su realidad. Ello es imprescindible para el ejercicio pleno de sus derechos personalísimos, como respuesta jurisdiccional que complete su dignidad personal y haga realidad sus derechos constitucionales de vivir dignamente, acorde con su proyecto de vida, sin discriminación alguna por su condición, en aras de su desarrollo en libertad y armonía en sus elecciones.

2. La Ley de Identidad de Género N° 26743, en su art. 1° dispone: "Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen, sexo con los que allí es registrada".

3. Respecto de todo procedimiento o tratamiento médico se requiere el consentimiento expreso del menor, pues se trata de un "derecho personalísimo".

4. Respecto de procedimientos médicos "no invasivos ni riesgosos para su salud", el menor de entre los 13 y 16 años puede decidir por sí, mientras que para los procedimientos "invasivos o riesgosos" debe contar con la asistencia de sus progenitores.

Juzg. Flia. N.° 3 San Juan, 12/02/2019, "F., P. J. y otro s. Autorización judicial"