

DERECHO
RINCIPIOS GENERALES
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 4

Gustavo A. Abreu
Gabriela Marta
Alonsopérez
Mirta Beatriz Álvarez
Laura Bierzychudek
Daniel G. Bonjour
Airtón Franco
Calderón Palacios
María Victoria Cali
Elvira Méndez Chang
Luis Rodríguez Ennes
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi

Juan Carlos Ghirardi
Germán Giarocco
Rodrigo Leandro Guelar
Norma Alicia Juárez
Anabella Facciuto Kaed
Ana Vázquez Lemos
Laura Liliana Micieli
Marilina Andrea Miceli
Sebastian A.
Mieszkowski
José María Monzón
Patricia S. Mora
Gabriela Victoria Morel

Leticia Inés Núñez
María del Pilar
Pérez Álvarez
Norberto Darío Rinaldi
René Angulo Ríos
Julieta Salomé
Rodríguez
Mariana Verónica
Sconda

UFLO
UNIVERSIDAD

El principio de la autonomía de la voluntad en los actos de disposición sobre el propio cuerpo

Por Susana Isabel Estrada⁴⁷⁴

I. Introducción

El tema del presente trabajo guarda estrecha relación con el presentado en el VIII Congreso de Principios Generales, ya que ambos tratan la capacidad de los menores para consentir prácticas sobre el propio cuerpo. Esta vez, están enfocadas en los tratamientos de transición de género (bloqueos de pubertad, hormonización cruzada y cirugías) en menores de 18 años.

⁴⁷⁴ Profesora Titular en la Universidad Católica de Santiago del Estero. Profesora adjunta a/c cátedra en la Universidad Nacional de Tucumán. Profesora de posgrado Carrera especialización aprobada por CONEAU, Facultad de Medicina UNT. Directora de proyecto de investigación PIUNT L-711. Miembro de ADRA, AIDROM, ASLA y AADEC.

El transgénero y otras migraciones de género como prácticas médicas han estado transversalizadas por cuestiones de bioética desde sus inicios. Es por eso que esta disciplina ocupa un rol protagónico y un valioso aporte para hacer un análisis integral, contextual y con perspectiva multidisciplinar respecto a un ejercicio autónomo razonable de los derechos.

A propósito de ello, desde que se ha promulgado la llamada Ley de Identidad de Género, en nuestro país madres y padres de niños y adolescentes con disforia de género se han organizado en agrupaciones y vienen reclamando la reforma de la misma para proteger a sus hijos menores de edad y adolescentes.

El derecho a recibir información acerca del diagnóstico se configuró en el siglo veinte, dejando de lado el paternalismo médico para dar paso a la autodeterminación del sujeto paciente. La transición del paternalismo a la autodeterminación ha fortalecido la idea de autonomía como pauta esencial para la determinación del ejercicio de los derechos por parte de los menores. La autonomía del menor no se alista en el terreno de la capacidad jurídica, sino que se identifica con la noción bioética de competencia, conformada a partir del desarrollo de una conciencia reflexiva, libre, con aptitud para aprehender y comprender la información recibida y adoptar una decisión razonada.

Los innegables vínculos que la bioética presenta con el derecho se observan fuertemente en esta área, pudiendo notar cómo el conglomerado jurídico que reúne los derechos de los menores resulta profundamente ligado con los principios bioéticos y ampliamente comprendido a la luz de ellos.

La autonomía no excluye la protección, sino que la complementa en el contexto de la vulnerabilidad que rodea al menor de esa franja etaria. Los vertiginosos avances de la ciencia y el crecimiento exponencial de determinados riesgos a los que puede verse sometida la persona humana, en un escenario en que una concepción fundada solo y prioritariamente en la autonomía como eje nodal, resulta

insuficiente en términos de protección. Es así que la protección diferencial que contempla la noción de vulnerabilidad aparece como un mecanismo equilibrante para la ideologización, que es una forma de vulnerar.

Por lo tanto, cierta dosis de paternalismo es conveniente no solo frente a condiciones particulares, sino también en el contexto de la marcada vulnerabilidad del menor.

El principio bioético de “autonomía” fue enunciado originariamente como de “respeto por la persona” y, aunque pareciera que se trata solo de un cambio de expresión terminológica, no son enunciados equivalentes, ni tuvieron significación análoga en el devenir de su evolución, porque no siempre en el ejercicio de la autonomía de la voluntad se respeta a la persona como totalidad unificada.

Resulta válida una reflexión de Diego Gracia cuando dice: “Detrás de todo ‘saber’ existe siempre ‘poder’, de modo que al unirse ‘saber’ y ‘poder’ ambos se potencian recíprocamente, tanto en forma fructífera como peligrosa, generando de esa manera una imperiosa apelación a una instancia mediadora: el ‘deber’”.

Para que el poder no prevalezca sobre el deber se requiere una participación activa por parte del sujeto con pleno discernimiento en la toma de decisiones que conciernen a su cuerpo, a su salud, a su vida, a su libertad, cuestión que será de análisis respecto de los menores en la práctica de transición de género.

La forma en que la dignidad del sujeto fue avasallada utilizándolo como objeto de la ciencia para participar en un ensayo clínico⁴⁷⁵ sin

⁴⁷⁵ Vale destacar casos trágicos, sobre todo en materia de medicamentos con efectos teratogénicos, siendo uno de los más paradigmáticos los ocurridos con el suministro de la talidomida (somnífero) que produjo malformaciones congénitas como reacción adversa, en 1953 por parte de una compañía farmacéutica suiza y luego en 1954 por otra alemana, hasta que en 1961 el medicamento fue retirado de la comercialización. A consecuencia de ello se promulgó en la 18° Asamblea

respetar su autonomía generó el interrogante acerca de la eticidad de la intervención de sujetos sanos en la investigación biomédica.

Esta cuestión se subsanó al sancionarse en 1947 el Código de Núremberg, que en la recomendación N° 1 establece: “Es absolutamente esencial el consentimiento voluntario del sujeto humano”. A partir de entonces, el principio de autonomía es el que permitió que un sujeto participe en un protocolo de investigación siempre que consienta autónomamente tanto para ingresar como para retirarse del estudio.

Han desaparecido las formas de coerción física y privación de libertad ocurridas en el siglo pasado en la experimentación biomédica en seres humanos sanos, pero han comenzado a practicarse otros métodos más sofisticados, por los que se induce, persuade o se somete a los sujetos sanos, menores de edad, a participar en una investigación, ejerciendo alguna forma de poder subliminal sobre ellos.

II. La autonomía de la voluntad en la Antigüedad romana

En la antigua Roma no tuvieron la misma significación autonomía y respeto por la persona, si bien los dos están presentes en las fuentes romanas.

Basta con mencionar un pasaje de las fuentes que comportaba un exceso de autonomía y vulneraba a la persona de la víctima: el de la *iniuria*. Si bien era considerada un acto contrario a derecho, por disposiciones edictales se atenuó sus efectos con el perdón del ofendido o su reconciliación con el autor del delito, lo que borraba la

Médica Mundial, la Declaración de Helsinki, normando las investigaciones en humanos. (www.fisterra.com/material/investiga/declaración_helsinki.htm).

iniuria inferida. El jurisconsulto Ulpiano lo dejó sentado en el pasaje que regula la acción de injurias en el caso de venta del hijo propio: “*Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiam sit volentem filium quis vendiderit patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat*” (Dig. 47.10. 1, 5).⁴⁷⁶ “Mas de tal modo afecta a nuestro decoro la injuria, que se les hace a nuestros descendientes, que aunque alguno hubiere vendido un hijo, queriéndolo este, le compete al padre ciertamente en su propio nombre la acción de injurias, porque no es injuria alguna la que se le hace al que la quiere” (García del Corral, 1892, T. III, p. 692).

De ahí surgió la regla “*Volenti non fit iniuria*” (No se hace injusticia al que la consiente), que encontramos en múltiples fragmentos del *Corpus Iuris Civilis*. Ella resume a ultranza el respeto por la autonomía privada, porque tratándose de derechos subjetivos disponibles, el consentimiento del titular excluía la ilicitud del acto.

Los romanos expresaron el principio general en la máxima “*pacta sunt servanda*”, que se flexibilizó mediante la expresión “*rebus sic stantibus*”.⁴⁷⁷ Este es un principio de derecho natural, perdurable e invariable. El mismo se atribuye también a Ulpiano: “*Ait Praetor: PACTA CONVENTA, QUAE NEQUE DOLO MALO, NEQUE ADVERSUS LEGES, PLEBISCITA, SENATUSCONSULTA, EDICTA PRINCIPUM NEQUE QUO FRAUS CUI EORUM FIAT, FACTA ERUNT, SERVABO*” (Dig. 2. 1., 7. 7).⁴⁷⁸ “Dice el Pretor: Mantendré los pactos convenidos que no se hubieren hecho ni con dolo malo, ni

⁴⁷⁶ GARCÍA DEL CORRAL, I., (1892), *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. T. III. Barcelona: Jaime Molinas, p. 692.

⁴⁷⁷ Esta expresión se habría originado en “*De beneficiis*” de Séneca cuando expresa “*omnibus his manentibus*” que puede traducirse como: permaneciendo las cosas en el mismo estado. (Conf. VÁZQUEZ H., 2004, p. 14).

⁴⁷⁸ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, T. I, p. 277.

contra las Leyes, Plebiscitos, Senadoconsultos, Edictos de los Príncipes, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos” (García del Corral, 1892, T. I, p 277).

Luego en las normas imperantes en el derecho honorario y su confirmación en la jurisprudencia clásica se tomaba en cuenta, más que la manifestación de voluntad en sí, el interés superior protegido mediante esa voluntad exteriorizada. Pero la excepción sentada en Digesto 47. 10. 1. 5 conservó vigencia.

El principio de “respeto por la persona” encuentra su basamento primero en un principio de libertad natural del hombre en el que está inmanente la idea de limitación tanto respecto de la libertad política como de la libertad civil, y por ello la libertad pudo ser en Roma uno de los pilares del ordenamiento jurídico.⁴⁷⁹

El respeto por la persona es una manifestación intrínseca de la virtud de la *humanitas* a la que Cicerón la considera como: “[...] aquella que consiste en respetar a todo hombre por el solo hecho de que es nuestro semejante” (Cicerón, 1989, p. 49).⁴⁸⁰

En el teatro de Terencio se la considera como la adherencia a la propia naturaleza del hombre y el reconocimiento de una naturaleza común a todos los hombres (Quadrini, 1989).⁴⁸¹

El concepto de *humanitas*, como la mayor parte de los conceptos filosóficos –*dignitas*, *gravitas*, *pietas*, *amicitia*– que hablan de una concepción romana de la ética, fue transmitido por Cicerón. Él fue quien acuñó el término *humanitas*, que se exterioriza en un comportamiento conforme con la naturaleza humana y en un trato considerado hacia los demás, favoreciendo el desarrollo de

⁴⁷⁹ SCHULZ, F. (1990). *Principios del Derecho Romano* (p. 164). Madrid: Universidad Complutense.

⁴⁸⁰ CICERÓN, M. T. (1989), *Las Leyes* (p. 49). Madrid: Alianza Editorial.

⁴⁸¹ QUADRINI, U. (1989). Concepto de *humanitas* en Cicerón. *ITER Encuentros*, (1), p. 164.

la personalidad ajena. Con ocasión de la búsqueda de los orígenes del derecho expresaba frente sus interlocutores Quinto y Ático en *De Legibus*:

[...] que hemos nacido para la justicia y que el Derecho no se funda en las convenciones sino en la Naturaleza. Esto resultará evidente para quien considere los vínculos sociales y la unión de hombres entre sí. Pues no hay cosa alguna que sea tan semejante o tan igual a otra como somos nosotros los hombres, cada uno con respecto a todos los demás (Ciceron, 1989, p 179).⁴⁸²

Para Cicerón lo que constituye la esencia del ser humano es su dignidad, es decir, la conciencia de su propio valor y el reconocimiento de aquellas características más connaturalmente humanas que lo elevan por sobre los demás seres vivos.

El término *humanitas* ubica a la persona como centro y principio del ordenamiento jurídico, y así está dicho en la Epitome del derecho por Hermogeniano en el Digesto: “*Hermogenianus, libro I, iuris Epitomarum.- Quum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, [...]*”. (Dig. 1. 5. 2)⁴⁸³ “Hermogeniano; Epitome del Derecho, libro I.- Así pues, como todo el derecho haya sido constituido por causa de los hombres [...]”. (García del Corral, 1892, T. I, p. 21).

Es nutrida la variedad de fragmentos que aludían a esta virtud como una forma de protección de la persona en los distintos roles que le correspondía desempeñar en la sociedad. Vale citar al menos uno de ellos que hacía referencia a la condición de deudor: “[...] *ex integro in id, quod facere potest, creditores cum eo experiuntur; inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari*” (*Inst.*

⁴⁸² CICERÓN, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁸³ GARCÍA DEL CORRAL., *op. cit.*, T. I, p. 21.

4, 6, 40).⁴⁸⁴ “[...] proceden los acreedores por la totalidad de lo que puede satisfacer; pues era inhumano que el despojado de su fortuna fuese condenado en el total” (García del Corral, 1892, T. I, p. 144).

La influencia de la idea de humanidad sobre el derecho y sobre la vida jurídica romana no significó que el derecho se disolviera en una fraternidad general, sino que se trató de volverlo más humano, más flexible, más generoso. Toda la historia de Roma fue un continuo y paulatino avance, aunque lento, hacia la humanización del derecho que se tradujo en la tarea legislativa y en la jurisprudencia, iniciada con la labor del pretor y afianzada en el período clásico y posclásico.

Vinculando la *humanitas* como fundamento de la protección de la persona en Roma, podemos proyectarla a la disciplina de la bioética en el principio que estamos analizando.

Ya en la antigüedad romana el jurisconsulto Celso sintetizó en el Digesto la máxima: “PAULUS, libro LXII, ad Edictum. -Non omne, quod licet, honestum est” (Dig. 50. 17. 144).⁴⁸⁵ “Paulo, Comentarios al Edicto, libro LXII.- No todo lo que es lícito es honesto” (García del Corral, 1892, T. III, 956).

Y en el mismo hilo conductor la bioética reconoce que lo técnicamente posible no siempre es moralmente aceptable.

De manera particular encontramos reflejada la *humanitas* en la bioética en el amparo a los más débiles, llamados sujetos “vulnerables”.⁴⁸⁶ De igual modo en Roma el derecho evolucionó, aunque lentamente en defensa de los más débiles: el *nasciturus*, el impúber, el menor púber, la mujer, el plebeyo, el no ciudadano (peregrino y

⁴⁸⁴ *Ibidem*, T. I, p. 144.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, T. III, p. 956.

⁴⁸⁶ Son considerados sujetos vulnerables para la bioética las mujeres, los niños, las embarazadas, las personas de escasos recursos, los privados de libertad, los que se encuentran en relación de subordinación (Conf. HIGHTON E., y WIERZBA, S. p. 87).

latino), el cocontratante del *pater* cuando éste estipulaba a través del *filius*, el deudor y hasta el esclavo.

II. 1. El paso de la infancia a la pubertad y los menores

Debido a la escasez de conocimientos sobre la biología del ser humano en la antigua Roma, no todas las fases de la vida del hombre estuvieron delimitadas de modo categórico. La aptitud para ser titular de derechos considerados en sí mismos o para su ejercicio experimentó el influjo de gran número de circunstancias.

El paso de la infancia a la pubertad en los estadios arcaicos de la cultura romana implicaba una transformación que no solo generaba cambios en las relaciones sociales, sino en el *status* ontológico y jurídico.

Siguiendo a Cazeneuve,⁴⁸⁷ se consideraba que las discrepancias en los límites de edad no se debían tanto a motivos biológicos, sino a causas sociológicas determinadas por la salida del ámbito materno para incorporarse al mundo de los adultos, por lo que la madurez sexual no era definitoria. Es decir que habría que hablar de una “pubertad social” más que fisiológica al decir del autor. De tal modo debían interpretarse los signos de madurez sexual, como indicio de que se ponía fin a la infancia y comenzaba la pubertad.

La edad variaba con pequeños márgenes de diferencia, alrededor de los diecisiete años, según testimonian autores clásicos. Suetonio evidencia discrepancias en distintos pasajes de los Doce Césares. Uno relativo a Octavio Augusto (VIII, 1r) da cuenta de ello:

Tenía cuatro años cuando perdió a su padre; a los doce pronunció delante del pueblo reunido, el elogio fúnebre de su abuela Julia; a los diez y seis

⁴⁸⁷ CAZENEUVE, J. (1971). *Sociología del rito* (p. 224). Buenos Aires: Amorrortu.

tomó la toga civil y aunque su edad le exceptuaba aún del servicio recibió recompensas militares el día del triunfo de César por la guerra de África (Suetonio, 1917, p. 83).⁴⁸⁸

Otro fragmento de los Doce Césares, referido a Cayo Calígula X, decía:

[...] permaneció primeramente en la casa de su madre, y cuando desterraron a ésta, en la de su bisabuela Livia Augusta, cuyo elogio fúnebre pronunció en la tribuna de las arengas, llevando todavía la toga pretexta. [...]. A los veintiún años lo llamó Tiberio a Capri, y en un solo día le hizo tomar la toga y cortar la barba, sin otorgarle ninguna de las distinciones con que señaló la entrada de sus hermanos en la vida pública (Suetonio, 1917, p. 206).⁴⁸⁹

La variación en la edad obedecía a que los signos que exteriorizaban la pubertad masculina eran menos evidentes, por lo que era el *pater* quien determinaba ese momento en base a la apariencia física. Para ello era determinante la institución de la patria potestad que diera razones de la expansión social, primero de la adolescencia y después de la juventud.⁴⁹⁰ A partir de entonces, el púber estaba en condiciones de asumir los nuevos *officiis* que le demandaba la vida en sociedad, tanto en la actuación política como en la ceremonia del culto y en el servicio de las armas.

Al llegar al momento del paso de la infancia a la adultez, el niño ofrendaba la *bullá* a los manes y lares domésticos, una bola de metal o de cuero, que pendía de su cuello y la había portado durante

⁴⁸⁸ CAYO SUETONIO T. (1917). *Los Doce Césares* (p. 83). Traducción de F. Norberto Castilla. Madrid: Librería de Perlado Páez.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 206.

⁴⁹⁰ LEVI, G. y SCHMITT, J. (1986). *Historia de los jóvenes* (p. 86). Madrid: Taurus.

toda su infancia. Allí comenzaban los “ritos de la pubertad” que se iniciaban con un ofrecimiento a la diosa *Iuventas* en el Capitolio. La ceremonia constaba de dos momentos. Uno privado, en el que el joven cambiaba la toga *praetexta* con borde púrpura que había vestido durante la infancia por la toga *virilis* blanca del ciudadano romano. Esto significaba el abandono de la vida circumscripita al ámbito familiar bajo la protección de la figura materna, para dar paso a la segunda etapa, en el ámbito público, que consistía en su concurrencia al foro acompañado de sus familiares (*deductio ad Forum*) para inscribir su nombre en la lista de ciudadanos del *Tabularium*.

La aparición de los síntomas de madurez sexual debía interpretarse como un símbolo de que la infancia terminaba y el joven debía ocupar roles como miembro activo de la sociedad. Desde ese momento quedaba incorporado a la vida ciudadana adulta como un *civis* para iniciar el *cursus honorum* en su carrera política, prestar el servicio de las armas en la carrera militar y contraer matrimonio para formar una familia y dar hijos a Roma.

En la antigua Roma y también en Grecia, los indicios de madurez sexual también se veían perturbados por la homosexualidad y existía un porcentaje ínfimo de seres humanos que lo padecían, lo que era considerado un trastorno y no la normalidad.

Un terreno predilecto para confirmar el imperio de la división de los sexos lo constituyó el hermafroditismo. Los casuistas durante el imperio, aun cuando apoyándose en una jurisprudencia republicana e incluso pontifical muy anterior, cuando enunciaron la norma de la división de la humanidad en hombres y mujeres, llegaron a la conclusión de que, para resolver las ambigüedades de la naturaleza, no había otra solución que reducirlas a uno u otro de los sexos establecidos en el derecho. Al andrógino se lo declaraba hombre o mujer tras un cuidadoso examen (*inspectio corporis*) de la parte que en él correspondía a cada sexo.

La cuestión planteada servía para poner en escena la verdad sobre el principio de la división de los sexos. Vgr. ¿tenía derecho el

hermafrodita en tanto hombre a casarse y nombrar heredero al hijo póstumo que eventualmente naciera de su esposa legítima, en los diez meses siguientes a su muerte? Sí, asegura Ulpiano en el Digesto: “*Hermaphroditus plane, si en eo virilia praevalebunt, postumum. Heredem instituere poterit*” (Dig. 28, 2, 6, 2).⁴⁹¹ “A la verdad, el hermafrodita, si en él prevalecieran los órganos viriles, podrá instituir heredero a un póstumo” (García del Corral, 1892, T. II, p. 342).

Otra cuestión que se planteaba era si podía un hermafrodita asistir como testigo a la apertura de un testamento, que en Roma era un oficio viril. Sí, responden las fuentes, pero según la apariencia que presenten sus órganos genitales. La respuesta del derecho es categórica. El hermafrodita no representa un tercer género, sino que se debía tener en cuenta el sexo predominante. “*Ulpianus libro I, ad, Sabinum.-Quaeritur, Hermaphroditum cui comparamus? Et magis putoeius sexus aestimandum, qui in eo praevalet*” (Dig. 1, 5, fr. 10).⁴⁹² “Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro I.- Se pregunta, ¿a quién comparamos el hermafrodita? Y juzgo que preferentemente debe ser estimado como del sexo que en él prevalece” (García del Corral. 1892, p. 214).

Pero había que abordar aún la hipótesis de que en el sujeto se presentaran ambos sexos por partes iguales y había que clasificarlos de una u otra manera. La tradición médica antigua planteaba la existencia del *uterque sexus* como una verdadera mezcla de sexos en la que no había por qué decidir. La tradición religiosa trataba este fenómeno en términos de prodigio, como lo muestran las noticias acerca de la expulsión de los hermafroditas, ahogados en el Tiber. Pero el derecho era lo único que podía compeler a integrar a ese ser ambiguo en uno u otro sexo, aun cuando fuere compartido por igual entre ambos.

⁴⁹¹ GARCÍA DEL CORRAL I., *op. cit.*, T.II, p. 342.

⁴⁹² *Ibidem*, T. I, p. 214.

II. 1) La autonomía de la voluntad y la evolución de la aptitud de los menores en las fuentes romanas

Desde siempre se distinguió en Roma entre púberos e impúberos o pupilos, expresión que también se utilizó para designar a quien no estaba sometido al poder paterno, según la definición atribuida a Pomponio en el Digesto, pero esa costumbre no fue absoluta. “*Pomponius, libro singulari Enchiridii.- ‘Pupillus’ est, qui, quum impibes est, desiit in patris potestate ese aut morte, aut emancipatione (Dig. 50, 16, 239)*”. “Pomponio; Manual, libro único.- Es ‘pupilo’ el que, siendo impúbero, dejó de estar bajo la potestad de su padre o por muerte de éste, o por la emancipación” (García del Corral, 1892, p. 942).⁴⁹³

Los impúberos tenían una inhabilidad absoluta y nada podía relevarles de ella; podían por actos jurídicos mejorar su posición pero eran incapaces de enajenar y obligarse. En estos casos se les asignaba un tutor, cuya intervención servía para validar dichos actos.

Como la edad era una de las principales circunstancias que en todos los tiempos había determinado la aptitud de las personas, se estableció que la mujer alcanzaba la pubertad a los doce años, aunque ello no la investía de capacidad plena, sino que su incapacidad pasaba a ser relativa. En tanto, el criterio a adoptar para fijar la edad de la pubertad en el varón al principio dependía del desarrollo físico de cada individuo, pero al ser este parámetro poco preciso e individual, la jurisprudencia intentó fijar esa época de una manera más exacta. Las opiniones al respecto se dividieron entre las dos escuelas de derecho de la época. Los proculeyanos, siguiendo la opinión de los estoicos, consideraron la edad de catorce años cumplidos como la edad de la pubertad. Los sabinianos, en cambio, consideraban necesario un reconocimiento físico (*inspectio corporis*) para determinarla.

⁴⁹³ *Ibidem*, T. IV, p. 942.

196. *Masculi autem cum puberes esse coeperiunt, tutela liberantur. quidem nostri praeceptores puberen cum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendi, hoc est, qui generare potest; sed in his, qui pubescere non, possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt. sed diuersae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est, eum puberem esse existimant, qui XIII annos expleuit* (Gayo, *Inst.* I, 196).

196. Los varones quedan libres de la tutela luego que llegan a la pubertad nuestros maestros creen que es púber aquel que por el hábito exterior de su cuerpo manifiesta la pubertad, esto es, la facultad de engendrar. Mas respecto a aquellos que no pueden pubescer, como los espadones, debe esperarse a aquella edad en que por lo general se hacen púberes los hombres. Mas los autores de la escuela opuesta juzgan que la pubertad debe estimarse por los años, y así sólo conceptúan púber al que ha cumplido los catorce (D'Ors, 1943, p. 66).⁴⁹⁴

Finalmente, Justiniano puso fin a la controversia fijando la edad de la pubertad en los catorce años para el varón y en los doce para la mujer.

El derecho romano, siguiendo la marcha de la naturaleza, ha establecido una clasificación particular de las personas variando los diferentes grados de aptitud y los medios de protección. Desde el *ius civile* se reconoció que las personas que por razón de su edad eran incapaces de gobernarse a sí mismas y administrar su patrimonio, debían estar bajo la égida de representantes legales que dirigieran sus actos prestándoles la necesaria asistencia y cooperación, aunque no les daba derecho de corrección o autoridad sobre su persona. Tal exigencia estaba presente entre las líneas de las *Institutas* de Gayo.

⁴⁹⁴ D'ORS, A. (1943). *Gaius, Instituciones* (p. 66). Madrid: Instituto Francisco de Vitoria.

189. *Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatum iure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur, nec fere ulla civitas est, qua non liceat parentibus, liberis suis impuberibus testamento tutorem dare: quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani uideantur tantum liberes in potestate habere* (Gayo, *Inst.* I, 189).

189. El derecho de todas las naciones ha establecido la tutela para los impúberes, porque es conforme a la razón natural que sea dirigido y protegido por un tutor el niño que no esté todavía formado. Apenas habrá ciudad en que no estén autorizados los ascendientes para nombrar tutor en testamento a sus descendientes impúberes, aunque parezca por otra parte que la potestad paterna, como hemos dicho anteriormente, exista solo entre los ciudadanos romanos (D'Ors, 1943, p. 64).⁴⁹⁵

Y también lo sugiere Justiniano: “6. *Impuberes autem in tutela esse, naturali iuri conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur*” (*Inst.* I, 20, 6). “6. Mas es conforme al derecho natural que los impúberes estén en tutela, para que el que no sea mayor de edad sea dirigido por el cuidado de otro” (García del Corral, 1892, p. 23).⁴⁹⁶

El derecho arcaico había centrado su atención en la palabra y en la aptitud para procrear: en la palabra porque los actos se concertaban a través de fórmulas sacramentales que las partes debían pronunciar personalmente y en la aptitud para procrear porque era la finalidad esencial del matrimonio. Se les llamaba infantes, lo que aludía a que no podía o no sabían hablar (*qui fari non possunt*), pero lo que en realidad no sabían era entender el significado de las palabras que pronunciaban.

La jurisprudencia, el derecho pretorio y finalmente el derecho

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 64.

⁴⁹⁶ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, T. I, p. 23.

imperial colocaron al lado de estas consideraciones tomadas del desarrollo corporal, otras de índole intelectual. De esta manera se diferenciaron distintos períodos. Así, se distinguía en la época posclásica entre niños desde el nacimiento hasta los siete años (*infans minor*) y desde los siete años cumplidos hasta los catorce (*infans maior*). Los comprendidos en el primer tramo tenían vedada la realización por sí de cualquier acto jurídico, debiendo actuar siempre a través de sus representantes legales mediante la *gestio*, ya que su incapacidad de obrar era absoluta, aun para realizar actos en ventaja propia. Los que habían cumplido los siete años podían contraer obligaciones, transmitir o gravar derechos con la venia del tutor mediante la *auctoritas* porque su incapacidad de obrar había pasado a ser relativa.

La jurisprudencia filosófica, combinando la consideración material con el desarrollo moral, introdujo dentro de la categoría de los infantes mayores, una subdivisión según que el menor estuviera más próximo a los siete años (*infantiae proximi*) o más próximo a los catorce (*pubertati proximi*). A estos ya se les adjudicaba alguna inteligencia de las cosas del derecho (*aliquem intellectum habent*) pero no el juicio (*animi iudicium*). Tal subclasificación, cuyos términos no estaban por lo demás fijados por la ley, solo tenía relevancia respecto a la imputación por los actos ilícitos y muchas legislaciones han incorporado el principio de que se reputan practicados sin discernimiento los actos ilícitos de un menor de diez años. “2. (...) *Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum; et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax*” (Dig. 9, 2, 5, 2). “2. (...) Pero también si un infante hubiera causado el daño, deberá decirse lo mismo. Pero si lo hubiera hecho un impúbero, dice Labeón, que puesto que se obliga por el hurto, queda él obligado también por la ley Aquilia; y opino que esto es verdad, si ya fuera capaz de injuria” (García del Corral, 1892, p. 572).⁴⁹⁷

⁴⁹⁷ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, T. I, p. 572.

Finalmente, en el Bajo Imperio pareciera que por una Constitución de Teodosio que trataba de la aceptación de las herencias maternas se terminó por asimilar al menor de siete años con el infante.

La llegada de la República incrementó las transacciones comerciales, lo que produjo consecuencias adversas ya que la pubertad fijada a los catorce años era una edad muy temprana para adquirir la madurez intelectual necesaria que le permitiera al púber celebrar por sí negocios jurídicos. Entonces se le permitió pedir al pretor el nombramiento de un curador, cuya asistencia tenía el efecto de validar los actos jurídicos que realizara.

Para proteger a los menores que habiendo llegado a la pubertad no hubiesen cumplido los veinticinco años, la primera medida dictada aproximadamente en el 186 a. C. por el tribuno Plaetorius fue mediante la *lex Plaetoriae* o *Laetoria de circumscriptione adolescentium*, que creaba una acción pública a favor del púber menor de veinticinco años, que podía ser intentada por cualquier ciudadano en contra de quien hubiere abusado de la inexperiencia del menor, sancionándolo con la tacha de infamia y la imposición de una pena pecuniaria elevada. La ley también creó como medio de defensa la *exceptio legis Plaetoriae* para que el menor púber pudiera enervar la pretensión de la contraparte cuando fuera demandado.

No obstante, el medio de protección creado por la *lex Plaetoriae* con el tiempo resultó insuficiente porque el negocio realizado era válido y el menor no tenía medios procesales para obtener el resarcimiento por los perjuicios económicos que el negocio le hubiera causado.

Finalmente, la capacidad de obrar del menor púber fue asimilada a la del impúber, y ya en época de Justiniano, la plena aptitud jurídica se alcanzaba a los veinticinco años.

III. La autonomía de la voluntad en la legislación argentina

Los alcances de la autonomía de la voluntad como fuente de derechos y obligaciones para la autorregulación de intereses privados nunca fueron absolutos. Estuvieron enmarcados dentro de límites impuestos no solo por el orden público (institucional, social, económico), sino también por el derecho privado (presupuestos, elementos, formalidades), sin perder de vista el rol protagónico que tuvo la buena fe en la integración de la voluntad.⁴⁹⁸

La exteriorización de la voluntad se materializa a través del consentimiento. En el derecho argentino se comenzó hablando simplemente de “consentimiento”, pero alrededor de los años ochenta la doctrina, y en gran parte la jurisprudencia, han comenzado a inclinarse a favor del criterio acerca del cual el consentimiento dado debería ir precedido de un proceso de información y de comprensión, previo a la exteriorización de la manifestación de voluntad por parte del sujeto, lo que se ha generalizado con la denominación de “consentimiento informado”.

En nuestro país, el reconocimiento y protección de la autonomía de la voluntad se halla consagrada en varias disposiciones de la Constitución Nacional. Así, el artículo 19 consagra la autodeterminación a través de la protección de la esfera privada de la persona, el artículo 33 protege los llamados derechos implícitos, el artículo 42 incorpora el derecho de usuarios y consumidores a la protección de su salud y a una información adecuada y veraz, el artículo 75, inc. 22, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12), ha tornado aplicable en nuestro país los documentos de la Asociación Médica Mundial de 1964 (Declaración de Helsinki) en todo lo que no esté previsto en la legislación interna.

⁴⁹⁸ DE LOS MOZOS, J. (1965). *El principio de la buena fe* (p. 123). Barcelona: Civitas.

En el derecho argentino hasta 2015 no existía en el Código Civil una norma expresa que exteriorice la autonomía de la voluntad mediante el requisito del “consentimiento” ni del “consentimiento informado” ni en el área de la práctica médica ni en la investigación experimental. La regulación en el Código de Vélez Sarsfield estuvo más orientada a los derechos patrimoniales que a los derechos de la persona porque el respeto de estos estaba implícito, sin necesidad de una norma expresa que los exteriorizara. No obstante, a esas relaciones se aplicaban las normas generales para los hechos y actos jurídicos.

El Código Civil y Comercial de la Nación de 2015 mantuvo en términos generales los requisitos para el acto voluntario que tenía el código de Vélez en el artículo 897. El consentimiento brindado por el sujeto para que fuera válido requería una toma de decisión con voluntariedad y entendimiento y las exigencias de discernimiento, intención y libertad. El Código vigente, en el artículo 260, exige iguales requisitos que el mencionado artículo 897.

Con respecto a los actos sobre el propio cuerpo, la manifestación de voluntad del sujeto resulta fundamental.

El Código introdujo el “abuso de posición dominante” (artículo 11) con aplicación específica para las relaciones de mercado, pero bastaría probar la inequidad para aplicarlo a otros escenarios de posición dominante, tales como los sujetos vulnerables entre los que se encuentran los menores de edad. Y, en estrecha conexión, el artículo 10 trata el abuso de derecho que se configura cuando un derecho es ejercido con aprovechamiento de unos y afectación de los derechos de otros, lo que vicia la manifestación de voluntad.

La regulación de los “Derechos y actos personalísimos” (libro 1°, título I, capítulo 3, arts. 51 a 61 y 69) declara la inviolabilidad de la persona, el respeto a la dignidad y a la imagen. En relación a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, el Código, con buen criterio (artículo 56), establece que están prohibidos los que ocasionen una disminución permanente de su integridad o sean contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que

sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona. La prohibición se extendió (artículo 57) a la práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a la descendencia. Con relación a las investigaciones en seres humanos, el artículo 58 establece una serie de requisitos para poder llevarlas a cabo, cuando se trate de investigaciones cuya eficacia no esté comprobada científicamente. Establece:

(...) f.- contar con consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable (Código Civil y Comercial, p. 15).⁴⁹⁹

Los artículos 25 y 26, al tratar del menor de edad, crearon la categoría del “adolescente”. Vale recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por Argentina, en el artículo 1 dice: “Es niño todo ser humano menor de dieciocho años”. Nuestro país, al aprobar tal Convención el 22 de octubre de 1990 mediante la ley 23849 en su artículo 2, declaró que el artículo 1 de la Convención debía interpretarse en el sentido que se entiende por niño “todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad”, reserva plenamente válida y vigente conforme lo dispuesto en el artículo 51 de la misma Convención.

Por lo tanto, la Convención de los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional y conforme a ella se es menor de edad hasta los dieciocho años, y desde el punto de vista bioético, el menor de edad es considerado un sujeto vulnerable.

⁴⁹⁹ HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.

Reiterando el análisis de los artículos del Código relativos al ejercicio de los derechos por los menores, vertido en el VIII Congreso de Principios Generales,⁵⁰⁰ el artículo 24 en el inciso b) enumera las personas incapaces de ejercicio y entre ellos: “(...) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2ª de este capítulo (...)”.⁵⁰¹

El artículo 26 en el 1º párrafo expresa: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”. Y el artículo 101, inciso b), enumera a quienes se considera representantes legales y reza: “Son representantes: (...) b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe (...)”.

Complementando lo relativo al tutor, el artículo 104 establece: “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental (...)”. Retomando el análisis del artículo 26, en sus párrafos 2º y 3º establecen:

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. (...).

⁵⁰⁰ ESTRADA, S. (2022). La relación *pater-filius* desafíos en el ejercicio de la autonomía del menor. *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano. Volumen 1* (pp. 258-276). Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.

⁵⁰¹ Infojus, Sistema Argentino de Informática Jurídica, p. 8.

El principio general enunciado en el artículo 26, 1° párrafo, en consonancia con lo dispuesto en el 101, inc. b), y el 104 en cuanto al ejercicio de los derechos de los menores a través de sus representantes legales, devendría contradictorio con la excepción introducida en el artículo 26, 2° párrafo, que habilita al menor de edad a actuar sin la intervención de sus representantes legales y aún contra la voluntad de éstos con asistencia letrada de un tercero extraño. Ese tercero carecería de aptitud y conocimientos para dar cuenta de los antecedentes familiares del menor, un elemento central en la práctica clínica ya que se trata de prácticas sobre el propio cuerpo del menor. Desconoce datos genéticos, características hereditarias, particularidades durante la gestación, estilo y condiciones de vida, entorno familiar, historia psicosocial del menor, entre muchos otros aspectos que se deben tener en cuenta.

Otra objeción al artículo 26 la encontramos en el problema interpretativo que genera la expresión “madurez suficiente” para determinar los alcances de las facultades que el Código le otorgó al menor “adolescente”. Se trata de una locución ambigua, impropia de una norma jurídica, la que debería velar por la mayor concisión y un lenguaje inequívoco para evitar tener que dirimir las desavenencias entre el menor y sus representantes en los estrados judiciales.

Continuando con el análisis del artículo 26, la presunción introducida en el 4° párrafo tampoco resulta esclarecedora para la interpretación:

“(…) Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos (...). Si se trata de tratamientos invasivos (...) el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico”.

De la redacción del artículo 26, en los párrafos 2° y 4° analizados, se desprende que en ambos casos la situación podría terminar dirimiéndose judicialmente. Una vez más, la redacción del Código deja la decisión final en manos de los jueces, con una injerencia inusitada del Estado en la vida privada y en la familia.

Conforme el Código Civil y Comercial de 2015, las personas de 16 o más años son considerados como adultos, por lo tanto, las terapias hormonales pueden ser administradas a toda persona a partir de los 16 años con solo su firma en el formulario del consentimiento informado, lo que también está en contravención con la Convención de los Derechos del Niño respecto a la minoridad.

En Argentina, una concepción negacionista de la biología y del binarismo sexual ha llevado en 2012 a la sanción de la Ley 26743, que habilitó al adolescente a partir de los 13 años sin autorización de los padres a someterse a prácticas sobre su cuerpo tendientes a la transición de género, comenzando por el cambio de identidad, continuando con los bloqueos de pubertad y posteriormente la hormonización cruzada y cirugías.

Esa misma concepción ha llevado a los legisladores a dictar la ley para proteger los supuestos intereses de esas minorías obligando al sistema sanitario a ponerlas entre sus prioridades e incluirlas en el Plan Médico Obligatorio. Ello fue seguido de un interés inusitado por introducir en la escuela una educación sexual sesgada, difundiendo entre niños y adolescentes la absurda idea de que la transición de género es natural y hasta deseable, de que sexualmente hablando “somos una página en blanco y podemos diseñarnos como se nos plazca”. La ideología transgénero se ha difundido y ha permeado en todas las esferas de la vida social, asociaciones, gobierno y medios.

El Código Civil y Comercial que se puso en vigencia en 2015 ya fue gestándose en esa tesitura desde la elaboración del anteproyecto y luego reafirmó lo que se posibilitó mediante la Ley 26.743/2012 llamada de identidad de género. Es así que en virtud del 4° párrafo del artículo 26 del Código cualquier adolescente a partir de los 13

años sin autorización de los padres podía recurrir a la transición de género hasta la sanción del DNU N° 62/2025.

Como venimos sosteniendo en el análisis del artículo 26, puntualizamos otra ambigüedad. Habla de “cuidado” del cuerpo y es difícil clasificar, por ejemplo, una doble mastectomía en una adolescente de 16 años que se siente varón, como una práctica de “cuidado”. Y una contradicción incontestable con el artículo 56, que establece: **están prohibidos los que ocasionen una disminución permanente de su integridad.**⁵⁰²

Mediante dicha norma legal se habilitó a toda persona mayor de 18 años de edad a acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género “autopercebida”, y ello sin autorización judicial o administrativa. Para los menores de edad se requiere el consentimiento de sus representantes legales. Y, en el caso de la intervención quirúrgica total o parcial en un menor, se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción con todas las prestaciones de salud incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace (artículo 11). Pero para el adolescente a partir de los 13 años puede hacerlo sin la intervención de sus padres y en caso de negativa de éstos, con la intervención de un tercero conforme al artículo 26, incisos 2 y 4, del Código Civil y Comercial.

Tales prácticas relacionadas con la transición de género se desarrollaron desde la promulgación de la ley el 23 de mayo 2012 hasta el 6 de febrero de 2025, en que las autoridades gubernamentales se hicieron eco del reclamo social –que comenzó desde que se sancionó la mentada ley– y el Poder Ejecutivo conforme lo faculta el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional mediante el DNU N°62/2025 prohibió tales prácticas para los menores de 18 años de

⁵⁰² El resaltado es nuestro.

edad (artículo 1) en armonía con lo que prescribe la Convención de los Derechos del Niño en cuanto a la minoridad.

En virtud de lo dispuesto por la Ley 26.743/2012 y los artículos analizados del Código Civil y Comercial vigente desde 2015 que ratifican el ejercicio de tal derecho por menores de edad, a pesar de estar en abierta contravención a lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño, se posibilitó que un niño que dice ser niña o que un adolescente confundido sobre su sexualidad, pudieran ser sometidos a prácticas invasivas de consecuencias y efectos devastadores e irreversibles para su cuerpo y su salud física y mental.

El paso siguiente a la manifestación del menor o adolescente que dice sentirse del sexo opuesto es la derivación a un endocrinólogo para iniciar lo que se llama bloqueo puberal, es decir lisa y llanamente detener el desarrollo sexual de una persona físicamente sana. Entre los efectos adversos verificados⁵⁰³ se cita cefalea, molestias gastrointestinales, inflamación en el lugar de aplicación, mareo, fatiga, cambios de humor y compromiso de la fertilidad. Otros posibles efectos adversos, que aún están en estudio, son la disminución en la velocidad de crecimiento de la talla durante su uso y la desproporción de los segmentos corporales. Estos efectos demuestran que tales tratamientos están aún en etapa experimental y no se tiene suficiente evidencia de sus efectos a largo plazo. La justificación de la supresión temprana de la pubertad sigue sin estar clara y la evidencia sobre su impacto en la disforia de género y en la salud mental o psicosocial es débil. Se desconoce el efecto sobre el desarrollo cognitivo y psicosexual.⁵⁰⁴

⁵⁰³ Atención Integral de la Salud de Niñxs (sic) y Adolescentes Trans (2023), texto oficial del Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires. <https://www.ms.gba.gov.ar>sitios>sites>2023/12> (Consultado el 20 febrero de 2025).

⁵⁰⁴ Independent+review+of+gender+identity+services+for+children+and+Young +people &rlz=1C1LENN_enAR525AR525&oq=Hilary+Cass%2C. (Abril 2024). <https://cass.independent-review.uk/home/publications/final-report/> (Consulta el 20 febrero de 2025).

La etapa siguiente de la transición y la más categóricamente irreversible es la ablación de órganos sanos y el reemplazo por órganos del sexo contrario fabricados artificialmente.

Se trata de un proceso complejo en el que se recomienda apoyar al paciente desde varias especialidades, sobre todo si implica tomar decisiones de posibles intervenciones quirúrgicas.⁵⁰⁵ El proceso de confirmación de género es complejo y la decisión de recurrir a una cirugía debe de ir acompañada del asesoramiento de profesionales de otras disciplinas, tales como la psiquiatría, la psicología, la endocrinología, la ginecología, la urología, la medicina interna o la otorrinolaringología.⁵⁰⁶

Teniendo en cuenta que estas prácticas se encuentran en fase experimental, se está experimentando con menores de edad sanos. Esta es una de las conclusiones a la que arribó el informe Cass porque todos los tratamientos hechos hasta ahora con bloqueadores de pubertad han sido experimentales. La realidad es que estos tratamientos se aplicaban y se siguen aplicando sin el suficiente respeto por el rigor científico ni por las normas de la ética médica.

La Ley 26.743/2012, que carece de sustento científico y racionalidad, possibilitó tales prácticas en el absurdo entendimiento de que el sexo biológico es un accidente o una asignación arbitraria al momento de nacer y que cada cual tiene una vivencia interna de su sexo y, por lo tanto, el derecho a modificar sus registros legales y su cuerpo para ajustarlos a esa subjetividad. La sola formulación evidencia el absurdo: el sexo no se asigna, el sexo es.

Los reclamos de padres de niños y adolescentes con problemas

⁵⁰⁵ <https://www.tucanaldesalud.es/es/tecnología/articulos/cirugias-cambio-sexo-detalle>. (Consultado el 20 de febrero 2025)

⁵⁰⁶ MENEU, J. (2019, 11 de octubre). Las claves de la cirugía de reasignación de sexo. *Quironsalud*. <https://www.quironsalud.com/blogs/es/blogbisturi/claves-cirugia-reasignacion-sexo>.

de disforia de género comenzaron desde que se sancionó la ley en 2012, porque ella degradó la autoridad paterna avalando el capricho o trastorno de menores confundidos debido a la influencia de una doctrina de moda exportada de otros lugares. En 2022, padres de niños y adolescentes conformaron la agrupación MANADA Argentina (Madres de Niñas y Adolescentes con Disforia de Género Acelerado) con el objetivo de buscar respuestas a una lucha traumática no reconocida, a la que la escuela y los psicólogos se plegaron, unos convencidos, otros obligados.

Si bien con el DNU se ha dado un paso importante porque pone a los menores a salvo de tratamientos de hormonas cruzadas e intervenciones quirúrgicas de mutilación de órganos sanos que tienen efectos secundarios graves e irreversibles y que los convierten en pacientes de por vida, se debería avanzar ante todo adecuando el Código Civil y Comercial, legislando otros aspectos tales como la transición social, que sigue vigente y no es inocua, el ámbito escolar con la eliminación del contenido de los textos de la ESI, el control sobre todos los medios de publicidad que difunden, propagan y promueven estas prácticas en menores de edad.

En 2020 The National Health Service (NHS) encargó a la Dra. Hilary Cass, ex presidenta del Real Colegio de Pediatría, la elaboración de un informe que presentó con la cooperación de la Universidad de York en abril de 2024 titulado “Independent review of gender identity services for children and Young people”.⁵⁰⁷ Se trata de un extenso trabajo de revisión de casi 400 páginas en el que se ofrecen recomendaciones de cómo mejorar los servicios de identidad de género y garantizar que los niños y adolescentes que cuestionan su identidad de género tengan la mejor asistencia posible. El citado informe pone

⁵⁰⁷ DE CELIS SIERRA, M., (2024). La transición médica de menores, en cuestión: hablemos de la Revisión Cass. *Clinica Contemporánea*, 15(3), pp. 1-10. <https://doi.org/10.5093/cc2024a22>.

de relieve los muchos errores de las estrategias seguidas hasta el momento por la mayoría de los países con los tratamientos de reasignación de género en menores. Se trata de una compleja interacción de factores biológicos, psicológicos y sociales. Este equilibrio de factores será diferente en cada individuo.⁵⁰⁸ Se denuncia que los servicios que los brindan ni siquiera conservan bases de datos apropiadas como para asentar conclusiones científicas.

Respecto a la transición social, el informe ha efectuado una revisión de los sistemas de atención de menores con disforia de género a lo largo de cuatro años y llegó a la conclusión de que la transición social (cambio de nombre y de pronombres por los autopercebidos, etc.) es una intervención activa que puede perturbar el desarrollo de un joven. Al niño o al adolescente se lo está afirmando en algo totalmente subjetivo, en una fantasía y alentándolo a tomar un camino no siempre reversible.

No hay duda de que el denominado *informe Cass* va a cuestionar las políticas de reasignación de género de algunos países y, al mismo tiempo, va a servir para reafirmar los cambios de estrategia en las políticas de reasignación de género que ya comenzaron años antes en el Reino Unido, Suecia, Finlandia o Noruega.

El informe Cass fue recibido con absoluto silencio en nuestro país, no hubo reacción, refutación ni explicación por parte de quienes vienen promoviendo y realizando estas prácticas con absoluta inconsciencia, como si Argentina fuese ajena a la realidad que allí se describe.

Sería muy deseable que, en beneficio de los menores con incongruencia de género, las autoridades argentinas también tuvieran a bien escuchar las recomendaciones del informe Cass, como lo

⁵⁰⁸ Independent+review+of+gender+identity+services+for+children+and+Young+people&rlz=1C1LENN_enAR525AR525&oq=Hilary+Cass%2C. op-cit. (Consultado el 20 de febrero de 2025).

hicieron los países mencionados. Y, en consecuencia, promover el debate que en el momento de tratamiento de la Ley 26.743/2012 no se dio, a fin de escuchar a todos los actores en una discusión seria, profunda y científica, despojada de ideologías, porque lo que se vino haciendo en Argentina desde que se sancionó la ley fue experimentar con sujetos sanos menores de edad.

La situación de vulnerabilidad en que se colocó al menor amerita una reforma integral del Código Civil y Comercial de la Nación en el derecho de familia, para recuperar nuestras tradiciones, costumbres y modos de vida que forjaron la institución de la familia que perduró durante más de ciento cuarenta y cuatro años desde el Código de Vélez Sarsfield y sus posteriores reformas, hasta el actual.

Basta con citar la eliminación de la institución de la “patria potestad” y, en su reemplazo, la introducción de una figura llamada “responsabilidad parental”, expresión tomada de la lengua inglesa, plasmada en la *Children Act* de 1989,⁵⁰⁹ antecedente que silencia la fundamentación del Código. A modo de justificación, los redactores sostuvieron que:

(...) se considera necesario reemplazar la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra potestad”, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la “*potestas*” del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo “responsabilidad” implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores (...).⁵¹⁰

⁵⁰⁹ CHILDREN ACT PART I, SECTION 3 (1989). *Parental responsibility est defined in the Act as “all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of child has in relation to the child and his property.* Recuperado de www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41 (Consultado el 11 de marzo de 2016).

⁵¹⁰ HERRERA, CAMELO y PICASSO, *op. cit.*

También es significativa la supresión de toda referencia a las palabras “madre” y “padre”, la derogación del poder de corrección de los padres y el deber de respeto y obediencia de los hijos hacia ellos, por evocar la noción de patria potestad, desterrando toda idea de jerarquía.

Otro tanto es la introducción de la facultad de ambos padres, de la delegación de esa responsabilidad parental, en terceros y entre ellos, el llamado “progenitor afín”, un tercero que no guarda ningún vínculo con el menor, por citar solo algunas, y sin entrar en el análisis de figuras que atentan contra la institución familiar. En suma, todas esas reformas tuvieron como objetivo la desintegración de la familia.

IV. Reflexión

La relación *pater-filius* que identificó a la sociedad romana caracterizada por la severidad, rigor y sumisión absoluta del hijo frente a la autoridad absoluta del *pater* se fue transformando en un vínculo de acercamiento, flexibilización y una comunicación más abierta en la sociedad moderna. No obstante, en las últimas décadas se fue despojando a los padres del rol que les compete, menospreciando su autoridad, permitiendo un ejercicio abusivo de los derechos de los hijos, con una inmiscusión desmedida del Estado en la familia, lo que fue plasmado en el Código Civil y Comercial de 2015. Ello posibilitó que los tratamientos de transición de género en menores de edad se llevaran a cabo sin cortapisas hasta la sanción del DNU 62/2025.

El Código que entró a regir en 2015 fue el producto de una planificación que se comenzó a gestar mucho tiempo antes, sembrando el camino para llegar a la configuración actual en el derecho de familia.

Y, en el caso preciso del tema que estamos analizando, posibilitó que un menor de trece años pueda decidir por sí mismo respecto de

un acto sobre su propio cuerpo consistente en el cambio de sexo, sin intervención de sus progenitores y aún en caso de “conflicto de intereses” con ellos, su exclusión y el reemplazo por la asistencia de un tercero letrado, cuyos riesgos ya fueron analizados *ut supra*. Aquí surge el interrogante: ¿un menor de trece años es competente para brindar un consentimiento con discernimiento, intención y libertad para someterse a una práctica invasiva de consecuencias y efectos irreversibles conforme al artículo 260 del Código Civil y Comercial.

La presunción introducida en el 4° párrafo del artículo 26 –en una defectuosa redacción– posibilita que un menor adolescente pueda recurrir a la práctica de la transición de género sin intervención de sus padres, desconociendo que la conducta irracional del adolescente no es la expresión de una opción personal, sino el resultado de su inmadurez cognitiva. Respetar sus deseos ignorando este hecho no es una forma de honrar su autonomía, sino un olvido de su vulnerabilidad, pudiéndole causar perjuicios irremediables.

La creciente tensión que se genera entre el avance científico y la necesidad de encauzarlo en defensa de la vida, la dignidad y la salud del ser humano desde el momento de la concepción hasta su fin natural, requiere la protección del Estado con normas que cumplan lo que se presume querido para defenderlo, como se expresa en el axioma *voluntas facit legem*, y no con disposiciones que faciliten y promuevan la experimentación con sujetos sanos menores de edad. Estos enfoques ameritarían un debate científico y ético y un mínimo grado de prudencia y de responsabilidad que evite la experimentación con niños.

Las normas introducidas en el Código en esta materia regularon un exceso de autonomía. Reencauzar el principio de la autonomía de la voluntad en los actos de disposición sobre el propio cuerpo en los menores es un reto de la hora actual, tomando en cuenta más que la manifestación de voluntad en sí, el interés superior protegido mediante esa voluntad. Esto no podrá materializarse si no existe un riguroso nivel de seguimiento, supervisión y regulación que no obstruya

el progreso, pero que al mismo tiempo evite la aplicación de tratamientos no probados en la práctica clínica, sobre todo en menores.

V. Referencias bibliográficas

CAYO SUETONIO T. (1917). *Los Doce Césares*. Traducción de F. Norberto Castilla. Madrid: Librería de Perlado Páez.

CAZENEUVE, J. (1971). *Sociología del rito*. Buenos Aires: Amorrortu.

CICERÓN, M. T. (1989). *Las Leyes*. Madrid: Alianza Editorial.

DE CELIS SIERRA, M., (2024). La transición médica de menores, en cuestión: hablemos de la Revisión Cass. *Clínica Contemporánea*, 15(3), pp. 1-10. <https://doi.org/10.5093/cc2024a22>.

DE LOS MOZOS, J. (1965). *El principio de la buena fe*. Barcelona: Civitas.

D'ORS, A. (1943). *Gaius, Instituciones*. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria.

ESTRADA, S. (2022). La relación *pater-filius* desafíos en el ejercicio de la autonomía del menor. *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano. Volumen 1*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas.

- HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.
- LEVI, G. y SCHMITT, J. (1986). *Historia de los jóvenes*. Madrid: Taurus.
- MENEU, J. (2019, 11 de octubre). Las claves de la cirugía de reasignación de sexo. *QuiroSalud*. <https://www.quiroSalud.com/blogs/es/blogbisturi/claves-cirugia-reasignacion-sexo>.
- QUADRINI, U. (1989). Concepto de *humanitas* en Cicerón. *ITER Encuentros*, (1), p. 164.
- SCHULZ, F. (1990). *Principios del Derecho Romano*. Madrid: Universidad Complutense.