

“Niñez trans. El rol del Estado en la realización de los derechos del niño, niña y adolescente. Claves en perspectiva de la infancia y adolescencia y de género”.

Dra. Gabriela Yuba¹

Síntesis:

El artículo expone (a partir de un caso concreto) el abordaje interdisciplinario e interinstitucional en una escuela pública de Ushuaia de la niñez trans, desde el rol del Estado en su obligación de proteger con una perspectiva de la infancia y de género. La igualdad y no discriminación e identidad de género son derechos humanos que deben ser garantizados y promovidos.

Palabras claves: identidad de género, igualdad, no discriminación, enfoque de derechos humanos, obligación estatal, perspectiva de género, LGBTI, perspectiva interseccional.

I.- Introducción

Al referirnos al rol del Estado en la realización de los derechos de niños, niñas y adolescentes no podemos efectuar un análisis parcial y por separado de los distintos

¹ Doctora Gabriela Yuba –abogada egresada de la Facultad de Derecho UBA y Magíster en Minoridad de la Universidad Notarial Argentina. Desempeñó los siguientes cargos: Defensora Social del Territorio Nacional de Tierra del Fuego; Defensora Pública Mayor del Ministerio Público de la Defensa en Ushuaia; Jueza de Familia y Minoridad del Juzgado nro. 1 de Ushuaia, TDF.

Observadora de las actividades públicas de la 36° Sesión del Órgano de Tratado de la Convención de los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del niño, Ginebra, Suiza. (Mayo 2004).

Asistente en el Curso dictado por ONU MUJERES sobre Igualdad de género en América Latina y el Caribe (mayo/junio 2016)

Autora de numerosos artículos sobre Derecho de Familia, juvenil en revistas especializadas y comentarios del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Co- autora de la obra “Violencia de género y violencia doméstica. Responsabilidad por daños” (Directora: Graciela Medina. Co-autores: Gonzalez Magaña, I. y Yuba,G.).

Dictó conferencias a nivel nacional e internacional (Lyon, Francia, Universidad Jean Moulin, Lyon 3) .

Capacitadora en distintos cursos sobre Derecho de Familia, género y derechos de las mujeres.

Participó en la elaboración del Protocolo Integral de Asistencia a Víctimas de Violencia de Género, como asesora del Ministerio de Desarrollo Social de TDF .

Miembro de la Comisión Reformadora del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Tierra del Fuego (Decreto nro. 1386/17 del 24/5/2017.- Poder Ejecutivo de TDF.

Columnista jurídica de opinión en LRA RADIO NACIONAL USHUAIA (programa “ Mañanas Diferentes”) y en TV PÚBLICA CANAL 11 USHUAIA (“Código TDF”)

Asesora técnica ad honorem de FUNDACION NEP, representando a dicha fundación que integra el Consejo Consultivo Ad honorem del Instituto Nacional de las Mujeres por Resolución 21/2017 del 21/10/2017 CABA).). Representante en Argentina del Consejo Consultivo Regional Latinoamericano de la AIMJF .

Ex Asesora del Ministerio de Desarrollo Social de TDF.

ámbitos de actuación; sino que debemos referirnos al Estado en su conjunto: en la faz administrativa, legislativa y judicial.

La Doctrina de la Protección Integral instalada a partir del dictado de la Convención de los Derechos del Niño, vino a cambiar el paradigma en materia de niñez y adolescencia, donde el NNA es un sujeto de derechos, con autonomía progresiva. La interrelación entre los DDHH y el entorno, genera un impacto en el ejercicio de los derechos, resultando evidente la necesidad de una visión y abordaje de la realidad integral, global y holística, siendo el Estado en su conjunto² garante de la realización de sus derechos.³

Considerar la intervención de los distintos órganos estatales⁴ de manera aislada, nos llevaría a una mirada acotada y parcial de la realidad y a una intervención ineficaz e inadecuada.

En el presente trabajo presentaremos el caso de un niño trans, abordado desde una escuela pública en Ushuaia, Tierra del Fuego, Argentina, identificando los roles del Estado en el deber de proteger, analizado desde una perspectiva de derechos humanos y específicamente desde el derecho de la infancia y adolescencia.

II.-Niñez trans. Enfoque de derechos humanos

Pensar en clave de perspectiva de derechos humanos y específicamente en perspectiva de la infancia y adolescencia, implica algo más que dictar leyes o programas que contemplen los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁵.

Un enfoque de derechos humanos constituye un modo de intervención, de mirada, de perspectiva; es una herramienta esencial para poner en valor la dignidad humana, la igualdad, para poner fin a la pobreza, empoderar a las mujeres, niños, niñas, adolescentes en igualdad de condiciones frente al resto de la sociedad, generar la participación de todos en la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

En la intervención sobre situaciones fácticas donde los derechos de los NNA estén implicados, la transversalidad del enfoque de derechos humanos, es fundamental.

Y ese enfoque de derechos humanos supone que se considere un “plus”, una actuación reforzada para aquellos grupos vulnerables⁶ para garantizar y promover los DDHH y libertades fundamentales, sin olvidar acciones tendientes a promover la igualdad y respeto de todas las personas sin importar la orientación sexual e identidad de género.

Efectuada esta introducción, nos preguntamos *¿Por qué el Estado tiene el deber de proteger?. ¿En qué consiste esa obligación de proteger?. Y ¿por qué es necesaria la capacitación y especialización?*

Intentaremos responder estos interrogantes a partir de la descripción de una situación fáctica señalada a continuación.

III.- Niño trans en escuela pública en Ushuaia.

² Con sus tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial

³ Derechos especialmente reconocidos en la CDN y tratados de DDHH .

⁴ Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial

⁵ En adelante NNA

⁶ Mujeres, NNA, personas con discapacidad, adultos mayores, indígenas

El caso se refiere una niña de 11 años en 6to año, de escuela pública de Ushuaia, que se autopercibe como un *niño*.

El equipo interdisciplinario de la escuela, junto con su docente, a partir de la toma de conocimiento de la situación ⁷ de identidad de género, sumándose a los comentarios de los/as compañeros/as de curso del niño⁸, intervienen esperando que sea el propio niño quien manifieste su necesidad de hablar, generando y propiciando el ambiente para ello. Así lo hace, acercándose también la madre, quien solicita ayuda, ya que no sabe cómo actuar. El niño vive sólo con su madre y una pariente. El padre vive en otra provincia, manteniendo contacto telefónico.

Se realizaron reuniones institucionales, identificando marcos legales vigentes, enfoques interdisciplinarios, etc. Es importante destacar que el caso planteado no fue ni es considerado como un “problema”, sino como una situación sobre la que debían actuar para prevenir eventuales vulneraciones de derechos (derecho a la igualdad, no discriminación, a su identidad autopercebida, etc.); como así también acompañar y trabajar a futuro en lo individual, en la transición del niño hacia su otra etapa escolar ⁹ y en lo institucional.

El Equipo interdisciplinario de la escuela comenzó a trabajar con el curso sobre talleres de estereotipos de género, con distintas técnicas; mantienen reuniones con otros maestros y profesores (educación física por ejemplo), para ponerlos al tanto de la situación. El niño comienza a ser llamado por el nombre elegido por el mismo; realiza actividades conforme como se autopercibe ¹⁰. Comenzaron a percibirse cambios desde la apariencia física en el niño (forma de vestir, corte de pelo).

El niño solicitó poder concurrir al baño de varones, manifestando la escuela que se atenderá este pedido, organizándose para ello, requiriéndose un abordaje no sólo edilicio, sino fundamentalmente institucional. Es de señalar además, que tuvo su “primer período menstrual”, implicando esto una interconsulta con el área de Salud.¹¹

Es nombrado por el nombre de pila elegido por él (nombre de varón) , inscribiéndose en los legajos escolares, cuadernos de comunicaciones y demás trámites, conforme el art. 12 de la ley 26.743. Por el momento, no solicitó cambio registral de su DNI.

La escuela continúa trabajando con el equipo y de manera interinstitucional, con otras áreas del Ejecutivo, incluyendo el Ministerio de Educación, Desarrollo Social, en reuniones de gabinete y supervisión escolar. Se prevén acciones con el Ministerio de Salud Provincial. Ello habida cuenta de los cambios físicos experimentados por el

⁷ Toman conocimiento cuando al realizar las camperas que identifican a las y los alumnos que egresan de 6to año, cuando les toman las medidas, talles y les preguntan que nombre bordan o graban en la campera, la niña, dice nombre de NIÑO.

⁸ A partir de este momento, nos referiremos a NIÑO, que es como se autopercibe el mismo.

⁹ Termina la escuela primaria y pasa a la secundaria.(ESO)

¹⁰ Juegos en el patio, donde se nuclean varones, en las clases de gimnasia, al formar fila, en el “trencito”, ubicándose en el lugar con los varones, si bien hay actividades que conforman

¹¹ Desde el Ministerio de Salud de la Provincia de Tierra del Fuego, se cuenta con programas para personas trans y se aborda desde la salud la temática de la identidad de género con profesionales de distintas especialidades (varones y mujeres)

niño¹², siendo fundamental una orientación y acompañamiento desde el área de salud correspondiente.

Entre las acciones a seguir se plantean: asesoramiento institucional y de todo el personal de la escuela, docente y no docente; abordajes para intervenir con personas LGBTI; abordar la Educación Sexual Integral; promover la igualdad, no discriminación y respeto; prevención de la violencia; como trabajar el paso del niño de un sistema escolar al otro (de la escuela primaria hacia el secundaria); cómo trabajar la transición; empoderar al niño y acompañar a su familia.

Cabe destacar que el niño junto con su madre, concurren a asistencia terapéutica a contra turno en la escuela como acompañamiento en este “proceso” que se encuentran atravesando: el niño en lo personal y la madre como acompañamiento y sostenimiento del mismo.

IV.- Fundamento de la obligación del Estado de proteger

El dictado de la Convención sobre los Derechos del niño en el año 1989¹³ y la ratificación a partir del dictado de la ley nacional 23.849¹⁴, trajo aparejado un cambio de paradigma en materia de percibir la infancia y la adolescencia. La Convención constituye un verdadero catálogo de derechos humanos del niño, niña y adolescente.

Su incorporación en la reforma del año 1994 en la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22¹⁵, implica que dicha convención internacional tiene rango constitucional, integra el derecho interno del Estado, junto con los otros tratados internacionales de DDHH. Son parte de él.

“... A partir de la vigencia de la Constitución, los gobernantes, legisladores y jueces deben *ver, o leer* los derechos de la parte dogmática a la luz de los tratados internacionales enunciados...”.¹⁶

El nuevo paradigma instalado a partir de la CDN implica que el NNA es un sujeto de derechos y no un objeto de protección.

El ser sujeto de derechos supone que es titular del derecho a ser oído, informado, a formarse una opinión y criterio propio y a participar activamente en el proceso de construcción de su proyecto de vida y de la comunidad.

El ser sujeto de derechos supone un análisis desde la perspectiva del ejercicio de la ciudadanía juvenil, ejercicio éste que no se agota en el reconocimiento de los derechos meramente participativos, sino que se extiende hacia aquellos aspectos que contribuyen

¹² Recordemos que tuvo su primer “periodo menstrual”.

¹³ Cuando nos referimos a la CDN, debemos incluir también los tres Protocolos Facultativos dictados posteriormente: PF relativo a la participación de los niños en conflictos armados; PF relativos a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en pornografía y PF relativo al procedimiento de comunicaciones.

¹⁴ Ley 23.849, 27/9/1990

¹⁵ Junto con otros tratados internacionales de derechos humanos.

¹⁶ Leonardi de Jerbon, Hebe, M. *Constitución de la Nación Argentina. Tratados internacionales con jerarquía constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1997

a conformar integralmente la personalidad del NNA en la construcción de su proyecto de vida con autonomía.

La ciudadanía juvenil es entendida como el “... conjunto de prácticas jurídicas, sociales y culturales que está poniendo en evidencia la participación juvenil dentro de los procesos comunitarios, prácticas jurídicas, sociales y culturales que en definitiva están dando cuenta de la participación del adolescente en el interior de la sociedad y por consecuencia en estrecha relación con las instituciones ya sean públicas, de la sociedad civil, o religiosas. Esto es ciudadanía...”.¹⁷

Este cambio de paradigma es un proceso que no se instala inmediatamente. A partir del dictado de la Convención y su incorporación en la Constitución Nacional, se requiere de acciones concretas que tiendan a empoderar a toda la sociedad y los poderes del Estado en la noción de sujeto de derechos y en lo que ello implica.

A ello debemos agregar que es necesario el dictado de leyes provinciales de protección de la niñez y adolescencia compatibles, adecuadas a la Convención, haciendo hincapié y garantizando cuatro principios generales: la igualdad y no discriminación (art. 2 CDN); el interés superior del niño (art. 3 CDN); el derecho intrínseco a la vida, supervivencia y desarrollo (art. 6 CDN) y el derecho a expresar su opinión y a ser oído (art. 12 CDN).

Cuando un Estado ratifica un tratado, una Convención, asume la obligación de aplicarla y de dar efectividad a los derechos reconocidos en los mismos. Es fundamental, entonces hacer que toda la legislación sea plenamente compatible con la CDN y con esos principios que el Comité de los derechos del niño señala como vitales.

Ahora bien, ¿cómo es en la realidad? ¿Cómo hacer efectivos los derechos del niño en la práctica concreta?.

Recientemente el 27/2/2018 la CIDH, en el Informe temático *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*¹⁸, la CIDH busca profundizar el análisis de las capacidades de los Estados a través de los sistemas nacionales de protección de derechos del NNA para cumplir con el mandato normativo de garantizar los derechos de la niñez.

Se apunta a identificar los principios y estándares que deben aplicarse en el diseño y funcionamiento de los modelos operativos que integran los Sistemas de Protección, según el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Desde el rol de garante que tienen los Estados a partir de la ratificación de la CDN y de otros instrumentos internacionales, se requiere de una estructura organizativa y operativa adaptada a las obligaciones derivadas de la CDN, como una nueva institucionalidad basada en un modelo sistémico, además de los principios y estándares

¹⁷ Liwski, Norberto, *Municipios, democratización y derechos humanos. Niñez, adolescencia y cambios sociales*. CODESEDH, CABA, marzo 2000

¹⁸ <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/037.asp>

fecha de consulta: 4/3/2018

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>

Fecha de consulta: 4/3/2018

de funcionamiento adaptados a la Convención, nuevos métodos de trabajo y mejores mecanismos de gestión.

El informe da cuenta de que si bien existen numerosos marcos normativos, códigos de la niñez, **hay una brecha significativa entre los derechos reconocidos en las normas y la realidad en que viven los niños y la realización de sus derechos.**

Es necesario entonces junto con el plexo normativo, un conjunto de elementos para consolidar la existencia y funcionamiento del andamiaje institucional y de un modelo de organización que asegure el cumplimiento de las normas, el disfrute y protección de los derechos. Podemos citar por ejemplo: políticas públicas, programas, servicios; mecanismos institucionales de articulación para la planificación, diseño, aprobación, monitoreo y evaluación de políticas públicas, considerando los distintos niveles territoriales; sistema de acopio de datos y análisis de información; recursos humanos especializados; recursos económicos suficientes; protocolos y estándares de actuación y prestación de servicios.

Esos modelos organizativos y estructuras operativas se conocen con el nombre de Sistemas Nacionales de Protección de derechos de niños, niñas y adolescentes.

La participación de los NNA desde la CIDH se considera esencial, generando los canales adecuados de participación, como también interesa la dimensión colectiva del derecho de los NNA a participar, a expresar su opinión, poniendo el acento en el carácter de sujetos de derechos.

El informe da cuenta también de una de las principales barreras para la efectividad de los derechos de la niñez: la falta de inversión económica suficiente que permita la plena realización de los mismos, siendo que además la información sobre este tema en materia de niñez, no está disponible para evaluar si el Estado está destinando recursos para ello. Se aspira desde la CIDH y se exhorta a los Estados a incluir principios de transparencia, eficacia, eficiencia, equidad, sostenibilidad, rendición de cuentas y participación.

En el Informe, la CIDH formula recomendaciones en torno a la adecuación legislativa, principios fundamentales que deben regir en los SNP articulación de políticas nacionales de niñez y resto de políticas públicas; sistema de recopilación y análisis de datos e información; en la medición, monitoreo y evaluación; institucionalidad específica y especializada en niñez; participación de NNA en estructuras institucionales y comunitarias de promoción y protección de derechos de NNA.

V.- Obligación del Estado: art. 4 de la CDN

El artículo 4 refleja la obligación general de los Estados, donde hay una vinculación entre los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

El artículo 4 de la CDN, expresamente dispone que: “...*Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los Derechos Económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptaran esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional...*”.

Este artículo resulta fundamental ya que cuando un Estado ratifica la CDN asume la ***obligación de aplicarla*** en virtud del principio de derecho internacional. Según el Comité de los derechos del niño la aplicación es el proceso en virtud del cual los Estados partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la CDN a todos los niños en su jurisdicción.

El Estado es quien asume las obligaciones en virtud de la Convención, pero como garante, tiene que traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, en igualdad de condiciones y sin discriminación.

Sean cuales fueren las circunstancias económicas de los Estados, estos están obligados a adoptar todas las medidas posibles para dar efectividad a los derechos del niño, prestando atención a los más desfavorecidos.

Esa obligación del Estado prevista en el art. 4 de la CDN se vincula con la garantía de prioridad que prevé la ley nacional 26.061 en el art. 5, que implica entre otras cosas de manera indelegable, la protección y auxilio en cualquier circunstancia de los derechos del NNA; prioridad en la exigibilidad jurídica de sus derechos; preferencia en la formulación atención de políticas públicas, en la asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice y preferencia de atención en los servicios esenciales. También se vincula con el principio de efectividad previsto en el art. 29 de la ley 26.061.

La situación de los más vulnerables ¹⁹ impone adoptar un ***“plus” reforzado de protección para los mismos, plus reforzado de actuación en pos de la realización y promoción de sus derechos conforme justamente la Doctrina de la Protección Integral.***

Tal como expresa el Comité de los derechos del niño²⁰, la puesta en práctica de los derechos humanos de los niños no ha de considerarse como un proceso caritativo, que consista en hacer favores a los niños, sino que hay aplicar una perspectiva basada en los derechos de la infancia, mediante una acción del gobierno, congreso y justicia, teniendo en cuenta los principios de los arts. 2, 3, 6 y 12 de la Convención.

Para esa aplicación efectiva de la Convención, es necesaria una coordinación intersectorial visible para que impacten en la efectiva concreción de los derechos e interactuar con la sociedad.

Es entonces fundamental trabajar CON los niños, no sólo PARA los niños. Hacerlos partícipes de su propio cambio y empoderarlos, en un pie de igualdad y sin discriminación.

En ese rumbo, la formulación de estrategias orientadas al desarrollo integral del NNA no deben ser sólo buenas intenciones, sino que deben ser un proceso sostenible para a

¹⁹ Conf. 100 Reglas de Brasilia

²⁰²⁰ Conf. Obs. General nro. 5 (2003) “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño. Arts. 4, 42 , párrafo 6 del art. 44”. Comité de los Derechos del Niño. 34° Período de Sesiones, 19/9 al 3/10 de 2003.

efectividad de los derechos del niño, con prioridades en los planes, proyectos, políticas, salud, educación, que los ubiquen a los NNA como verdaderos sujetos de derechos.²¹

En todo este proceso hay que tener en cuenta:

- **Transversalidad del enfoque de derechos humanos:** implica resignificar, organizar, mejorar los procesos de manera que la perspectiva de igualdad y no discriminación sea incorporada en todas las políticas, estrategias, acciones e intervenciones.
- **Perspectiva de la infancia:** NNA como sujeto de derechos y actividades y estructuras compatibles con los principios generales previstos en los arts. 2, 3, 6 y 12 de la Convención.
- **Perspectiva de género:** “... forma de ver o analizar que consiste en observar el impacto del género en las oportunidades, roles e interacciones sociales de las personas. Esta forma de ver es lo que nos permite realizar un análisis de género y luego transversalizar una perspectiva de género en un programa o política propuesta, o en una organización...”.²²
- **Perspectiva interseccional:** implica tomar en cuenta a lo largo de todo el proceso judicial como se cómo se combinan diferentes factores de vulnerabilidad y discriminación – como el género, la clase, la raza, la edad, la capacidad, otros- en el contexto socio-histórico y en las vivencias de las personas; de modo que la intersección de esos múltiples factores en un caso concreto puede dar lugar a formas específicas de discriminación.

En definitiva, el enfoque de derechos humanos, permite identificar desigualdades y corregir prácticas discriminatorias, mediante la realización – entre otras actividades- de buenas prácticas que promuevan y contemplen los DDHH.

VI.- La capacitación y especialización en derechos de la niñez y adolescencia

La educación y capacitación se erige como herramienta transformadora que impacta en la realización de los derechos del NNA.

Esto supone que cada uno de los operadores que trabajan en temáticas vinculadas con la niñez y adolescencia, tengan la formación específica. Según el Comité es obligación de los Estados promover la formación y fomento de la capacidad de todos los que participan en los procesos de realización de los derechos del niño (Ejecutivo, legisladores, jueces, y de todos los que trabajan con niños).

La capacitación de especialistas es herramienta fundamental para que los niños disfruten de sus derechos, en un pie de igualdad y no discriminación. Concebimos a la igualdad y no discriminación como eje de desarrollo y como pivote sobre el que deben girar las políticas públicas.

²¹

²²

<https://trainingcentre.unwomen.org/mod/glossary/view.php?id=150&mode=letter&hook=P&sortkey=&sortorder=asc>

Fecha de consulta: 21/8/2018

El plus de protección especial que requieren los NNA justamente se funda en la condición de vulnerabilidad de los mismos, al punto que el propio Código Civil y Comercial de la Nación introduce como un requisito esencial en los procesos de familia, la especialidad de los jueces de familia(art 706 inc. B CCyCN), como también la de los abogados/as especializados en esas temáticas²³. Esa especialidad en materia de niñez, adolescencia y en derechos humanos es elemento fundamental para la garantía de los derechos del NNA.

En la situación fáctica descripta al inicio (experiencia fueguina), desde el Poder Ejecutivo en el ámbito escolar, la intervención con respecto a un niño trans, tuvo un enfoque de niñez y de género, compatible con los derechos humanos y la perspectiva interseccional.

Se destaca: la no judicialización; actividad del Ejecutivo desde su faz administrativa, como garante de los derechos del niño, brindando las herramientas institucionales a la vivencia planteada por el niño y su familia, con un despliegue de actividades que constituyen “buenas prácticas” en el abordaje de la niñez trans. El planteo de la preocupación e interés institucional de construir un protocolo de actuación en estos casos fue puesto de manifiesto en las reuniones de gabinete, lo que demuestra el compromiso con la temática desarrollada.

VII. Niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos vulnerables. Protección reforzada de la niñez y adolescencia.

Reconocer que los NNA son sujetos de derechos vulnerables, es poner el acento en la necesidad de un plus reforzado de protección en los asuntos que los involucren.

La Obs. Gral. Nro 14 del Comité de los Derechos del Niño es clara al establecer que el *interés superior del niño* tiene una triple dimensión: es un derecho sustantivo, un principio general interpretativo y regla de procedimiento y es ese principio rector (ISN) el que debe prevalecer en toda actuación y decisión que los involucre.²⁴

Por otra parte, la situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes importa reconocer que por su minoría de edad requieren de una especial tutela de los órganos llamados a intervenir (sea la Justicia o el Poder Administrador). Recordemos que las “100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad” se refieren puntualmente a mejorar el acceso a justicia de aquellas personas que ven afectado u obstaculizado su acceso a justicia para el reconocimiento de sus derechos por algunas de las causas de vulnerabilidad (edad, discapacidad, ser indígena o pertenecer a minorías, ser migrante, refugiado, pobreza, género, privación de libertad).

Pero lo cierto es que la necesidad de reconocer y hacer realidad los derechos del niño²⁵, no pasa solamente por desplegar medidas cuando estamos en un escenario judicial, (haciendo concreta la tutela judicial efectiva), ya que entendemos que la Justicia es el

²³ Ley 26.061 art. 27

²⁴ Art. 3 CDN

²⁵Cuando nos referimos a “derechos del niño” aludimos a niños, niñas y adolescentes.

último eslabón en la cadena de intervenciones ²⁶, sino que justamente se trata de trabajar en **la prevención y en el abordaje en instituciones como la escuela** (en este caso), de aquellas situaciones donde está en juego la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación en las actividades propias de la promoción de los derechos humanos.

Y la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños (art. 75 inc 23 CN) implica también que deben dotarse de herramientas para la efectividad de sus derechos y ejercicio, no solamente a ellos en cuanto sujeto de derechos, sino también a los operadores que trabajen con y para los niños. Además supone que se refuercen los mecanismos de protección frente a las vulneraciones de derechos en especial los DESyC, los derechos civiles y políticos y los derechos que hacen a la dignidad humana.

La defensa de los derechos humanos de los niños en general, adquiere una relevancia y dimensión ética, que impone la realización de medidas de acción positivas (art. 75 inc. 23 CN), dado que se vinculan con la dignidad en cuanto derecho fundante de su personalidad. Es que el reconocimiento y respeto de la dignidad humana, constituye la base del reconocimiento y promoción de los derechos humanos y de la esencia misma del ser humano.

Centrándonos en el tema del derecho a la identidad de género, este es uno de los derechos que impacta de manera profunda en la dignidad de la persona y también en su autonomía y libertad.

A nivel nacional conforme la ley 26.743, toda persona tiene derecho a la identidad de género y esto implica el reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme su identidad de género y a ser tratada de acuerdo a la misma, siendo identificada de esa manera en los registros si así lo peticionan. ²⁷

Se entiende por identidad de género, “... a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales...”²⁸

El art. 5 de la ley 26.743 establece los recaudos para que la persona menor de edad puede efectuar la rectificación registral (con conformidad expresa de la persona menor de edad ,teniendo en cuenta su autonomía progresiva y la asistencia del abogado del niño) junto con la solicitud de los representantes legales, pudiendo acudir a la vía judicial cuando uno de ellos no acompañe dicha petición.

El art. 12 referido al trato digno sienta las bases fundamentales para el tratamiento de la persona en ejercicio del derecho a la identidad de género, en especial respecto de los

²⁶ Frente a una amenaza o vulneración de derechos del niño, se procederá a la toma de medidas de protección o medidas excepcionales por parte de la autoridad local, con notificación inmediata a la autoridad judicial para su ratificación (arts. 33, 39, 40 ley nacional 26.061; Ley provincial 521: arts. 39, 42; actuación judicial art. 39 inc. D y F, G, H, I conf. Art. 42.

²⁷ Art. 1 ley 26.743

²⁸ Art. 2 ly 26.743

NNA, ya que como se refieren y se los denomina según su identidad autopercibida es vital en las relaciones sociales y comunitarias. Establece el artículo de qué manera se procederá a registrar datos obrantes en el documento nacional de identidad, pudiendo utilizar el nombre de pila adoptado para citación, registro o cualquier otra gestión.²⁹

La ley de Identidad de género respecto de los NNA debe ser interpretada y aplicada de manera transversal con la Convención de los Derechos del niño, teniendo en cuenta las directrices o principios rectores proclamados en la misma: interés superior del niño; principio de no discriminación ; principio de efectividad de los derechos y protección efectiva; derecho a ser oído y derecho a la vida, supervivencia y desarrollo.

El libre desarrollo de la persona, su autonomía personal, capacidad progresiva, consentimiento informado, ISN, predominancia de la identidad autopercibida por sobre intervenciones quirúrgicas no deseadas , gratuidad y derecho a la identidad de género como identidad autopercibida con independencia del cuerpo y de las anotaciones registrales preexistentes, son los pilares de la ley 26.743 que se vinculan con la CDN.³⁰

Cabe destacar que las personas LGBTI son objeto de violencia y discriminación, adoptando organismos internacionales y regionales como la CIDH y la Corte IDH acciones concretas a través de Informes temáticos y Opiniones Consultivas, a fin de poder brindar pautas claras a los Estados sobre la interpretación de las normas (por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos).

La Corte IDH adoptó la ***Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, sobre “Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”***.³¹³². En la misma se refiere a temas vinculados con los derechos de las personas LGBTI en torno al reconocimiento de la identidad de género y la prohibición de discriminación.

²⁹ Artículo 12 .- Trato digno. Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a.

En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada

³⁰ Cantore, Laura, *Intersexualidad, transexualidad y derechos de la infancia*. En “Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes”, T. I. Directora: Silvia Fernandez. P. 443, Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, junio 2015

³¹ <http://www.corteidh.or.cr/>

Fecha de consulta: 12/1/2018

http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_18.pdf

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

³² Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24 en relación al artículo 1 de la CADH.

La Corte IDH, opinó que es un derecho protegido por la CADH el cambio de nombre, adecuación de imagen y rectificación de la mención del sexo o género en el documento de identidad o registro acorde con la identidad de género autopercebida; que los Estados tienen la obligación de reconocer regular y establecer mecanismos adecuados para esos fines y se fijan procedimientos ágiles para reflejar la identidad de género.³³

Por otro lado, la Comisión IDH, en su informe temático sobre *Violencia contra personas LGBT*³⁴ señala los altos índices de violencia y vulneración de derechos de las personas LGBT especialmente *los niños, niñas y adolescentes*. Los NNA LGBT son los grupos más vulnerables a la violencia, fundamentalmente en el seno familiar y en las escuelas (tanto públicas como privadas).

El órgano expresa que se enfrentan a estigmatización, discriminación, violencia por su orientación sexual o identidad de género; incluyendo aislamiento social y escolar; bullying, marginalización, exclusión de la escuela y los servicios de salud.

La Comisión destaca en consecuencia que los niños tienen derecho a una protección conforme el art. 19 de la CADH y esto crea deberes por parte del Estado, la familia y la sociedad. El Estado debe actuar conforme la Convención de los derechos del niño para proteger a los NNA LGBT, frente a la violencia y acoso que sufren en la familia y la escuela (los dos ámbitos más frecuentes) según estudios de la UNESCO y PNUD. Estas expresiones de violencia se evidencian cuando la expresión de su género no está conforme con los estereotipos masculinos.

Estos acosos y violencia motivados por la orientación sexual e identidad de género, obstaculizan el ejercicio del resto de los derechos humanos del niño debiendo el Estado tomar medidas de protección y prevención al respecto.

También la CIDH en el informe “*Violencia, niñez y crimen organizado*” del 11 de noviembre de 2015³⁵, señala la situación de vulnerabilidad y violencia a la que están expuestos los adolescentes LGBTI tanto en el seno de sus familias, como en la sociedad en general, debido a los fuertes estereotipos sociales y de discriminación, recomendando a los Estados fortalecer la familia, escuela, sociedad en general con políticas y acciones no discriminatorias, inclusivas, holísticas, con personal capacitado para el abordaje de las problemáticas que atraviesan a la niñez y adolescencia; evitando la deserción escolar, la exclusión de servicios de salud y prevención en tema drogas. Todo ello, con un enfoque de derechos humanos.

³³ También la Corte opinó que la CA protege el vínculo familiar derivado de la relación de pareja formada por personas del mismo sexo; que los derechos patrimoniales derivados de esa relación deben ser protegidos sin discriminación y que se debe aplicar el principio pro persona para la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo

³⁴ <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

Fecha de consulta: 16/10/2018

Informe del 12/11/2015

³⁵ <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaNinez2016.pdf>

Fecha de consulta: 21/10/2018

Por otra parte, el Comité de los Derechos del niño, en las Observaciones finales al informe periódico sobre Argentina³⁶ presentado en Ginebra el pasado mayo/junio del 2018, recomendó al Estado Argentino con relación a las prácticas dañinas, elaborar un protocolo de atención de la salud basado en los derechos para los niños intersexuales; garantizar que ningún NNA sea sometido a cirugía o tratamiento innecesario y que los familiares con niños intersexuales reciban asesoramiento y apoyo adecuados.

El Comité de los Derechos del niño también, como órgano de supervisión y contralor del cumplimiento de la Convención, en la Observación General nro. 20 que elaboró sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, en el año 2016, señaló que los adolescentes LGBTI suelen ser objeto de persecución, maltrato, violencia, estigmatización, discriminación, expulsándolos del ámbito educativo e incluso familiar y social. En consecuencia, tienen dificultades y obstáculos para el ejercicio de sus derechos, de acceder a información, a servicios de salud sexual y reproductiva, siendo objeto de agresiones sexuales. Todo esto impacta en su autoestima, aumentando la depresión y el suicidio y son expuestos a situación de calle. Frente a este escenario, el Comité señala y resalta que los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica.

Vinculado con el ejercicio de la ciudadanía juvenil y con su desarrollo integral, el Comité destaca que todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad psico física, su identidad de género y su autonomía emergente.

Condena la imposición de “tratamientos”, mediante los cuales se pretende cambiar la orientación sexual de una persona y que los adolescentes intersexuales sean sometidos a intervenciones quirúrgicas o tratamientos forzados. En tal sentido, el Comité insta a los Estados a que deroguen las leyes que criminalicen o discriminen a las personas en razón de su orientación sexual, identidad de género o condición de personas intersexuales; que erradiquen prácticas discriminatorias y de intervención quirúrgicas forzadas y que se aprueben leyes que prohíban la discriminación por esos motivos.

El Comité señala además que los Estados deben actuar de manera eficaz para proteger a los adolescentes LGBTI frente a toda forma de violencia y discriminación y se realicen actividades de sensibilización y se adopten medidas de seguridad y apoyo.³⁷

Por último, el Comité de los DESC³⁸ en la evaluación del último informe de Argentina, entre sus observaciones³⁹, señaló su preocupación por la falta de marco normativo e

³⁶ https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f5-6&Lang=es

Fecha de consulta: 16/10/2018

³⁷ Obs. Gral. Nro. 20 sobre realización de los derechos de los adolescentes. Comité de los Derechos del Niño

³⁸ E/C.12/ARG/CO/4

³⁹ Comité de derechos económicos, sociales y culturales; 12/10/2018. Versión avanzada no editada
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1200&Lang=es
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fARG%2fCO%2f4&Lang=es

institucional para garantizar servicios de salud adecuado a las personas intersex(art. 12), recomendando en consecuencia que el Estado argentino adopte un marco normativo e institucional para garantizar servicios de salud adecuado a las personas intersex.

Cabe destacar que en Tierra del Fuego, existe en el área del Ministerio de Salud, equipos de profesionales (varones y mujeres) que abordan las consultas y tratamientos si correspondiere, de personas LGBTI, contando también con un programa de *consejerías de adolescentes multidisciplinarias en las escuelas* .

VIII.- Jurisprudencia Nacional. Derecho Comparado

Sobre la identidad de género, existen fallos a nivel nacional, donde conforme la ley nacional 26.743 se dispone la rectificación registral conforme la identidad de género en niños, como también por ejemplo, la adecuación de la partida de nacimiento de un menor, atento la rectificación registral de la progenitora en función de su sexo.⁴⁰ ⁴¹También hay antecedentes jurisprudenciales, en torno al reconocimiento de la identidad de género y su impacto en la vida de los niños (como el caso de otorgar la adopción a quien se inscribió como adoptante con un sexo y luego el mismo fue modificado según su género autopercebido).

Desde el Derecho Comparado, tanto la Corte Constitucional de Ecuador, Colombia, o la Corte Suprema de India, han dictado sentencias interesantes con relación a la temática, poniendo el acento en la no discriminación, igualdad, derecho a la salud. ⁴²

Fecha de consulta: 21/10/2018

⁴⁰ Juzgado de Familia de Junín • 10/12/2015 • R. N. J. s/ rectificación de partidas • La Ley Online • AR/JUR/88112/2015(niño que pidió rectificación de partidas)

Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial y de Familia de 2a Nominación de Río Cuarto • 18/12/2014 • O., M. B. - Adopción Plena • AR/JUR/90132/2014 (adoptante que modificó su identidad de género)

Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III,A., C. C. c. GCBA s/ medida cautelar autonoma • 22/08/2014.Cita Online: AR/JUR/50163/2014 . (recitificación de partida de nacimiento de un menor para que quede asentada la paternidad de la progenitora que obtuvo rectificación registral de su sexo).

Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 3 de Rawson, Provincia del Chubut • 05/09/2016 • M., J. s/ violencia de género • LA LEY 30/09/2016 , 7 LA LEY 2016-E , 439 • AR/JUR/58121/2016 (“En calidad de medida preventiva urgente (art. 26, ley 26.485) corresponde ordenar a una entidad deportiva a realizar el fichaje de la denunciante en la liga de hockey de acuerdo a la identidad de género elegida por ella, en la medida que ese acto representa el acceso a las condiciones materiales adecuadas que permiten la realización de una parte importante de su plan de vida y que es deber del Estado y los particulares respetar las determinaciones autónomas que no resultan perjudiciales para nadie (art. 19, Constitución Nacional; art. 1, ley 26.743).”

⁴¹ Cabe aclarar que con anterioridad a la ley 26.743 existen también numerosos fallos sobre identidad de género. Por una cuestión metodológica, sólo hacemos referencia a partir del dictado de la ley de Identidad de género en la Argentina.

⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sala 7 de revisión • 28/08/2014 • N. en representación y nombre de su hijo P. c. EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. • RDF 2015-II , 183 RDF 2015-II-183 • CO/JUR/2/2014

“...Tratándose de un niño de 11 años en condición intersexual, respecto del cual se demandó la cobertura íntegra del tratamiento hormonal y cirugía de de adecuación o asignación de sexo, el consentimiento sustituto del progenitor no es constitucionalmente admisible, pues, superado el umbral

VIII. Palabras finales

La obligación de proteger del Estado en su conjunto (incluye los tres poderes del Estado) no se limita a la mera aplicación o invocación de las leyes o adecuación normativa a los tratados o convenciones internacionales de DDHH.

Tal como el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado en ocasión del último informe presentado por Argentina en Ginebra (mayo/junio 2018), es necesario que se armonice la legislación y políticas con la CDN; fortalecer los canales de coordinación entre el Consejo nacional, SENNAF y las provincias; designar el defensor del niño, postergado desde hace años y realizar prácticas y acciones compatibles con la CDN.

El abordaje de la niñez LGBTI tiene que ser holística, interinstitucional y multidisciplinaria.

La experiencia mencionada sobre la escuela pública de Ushuaia con respecto al niño trans, es una muestra del trabajo coordinado de distintas disciplinas y roles interinstitucionales comprometidos frente a una realidad donde la realización de los derechos del niño se impone conforme el ISN , perspectiva de infancia y perspectiva de género.

A nivel nacional contamos con el soporte de distintas leyes como la ley 26.743 de identidad de género; ley 26.206; 26.150 sobre Educación y Educación Sexual Integral (

crítico de la identificación de género —5 años— y no existiendo riesgo de vida o en su integridad, la decisión sobre la realización de la operación correspondería al propio menor, ajustando su ocurrencia a la necesidad de evitar las consecuencias de la pubertad...”.

Corte Suprema de la India • 15/04/2014 • National Legal Services Authority c. Union of India and others • AR/JUR/49388/2014

“...La falta de reconocimiento de la identidad de las personas transgénero menoscaba la igualdad ante la ley establecida en el art. 14 de la Constitución de la República de la India, pues produce que queden vulnerables al acoso, la violencia y la discriminación social, especialmente en áreas de empleo, educación y salud, así como también en lo referente al acceso a los espacios públicos (del voto del Juez Radhakrishnan)...”.

Corte Constitucional del Ecuador • 10/05/2017 • Sentencia N° 133-17-SEP-CC - - Caso N° 0288-12-EP c • RDF 2018-I , 211 con nota de Javier Muñiz • EC/JUR/1/2017

“...La denegación de la solicitud de cambio de sexo —de femenino a masculino— en sede administrativa y judicial, constituye una vulneración de los derechos constitucionales al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal del peticionante; esto impide el goce de sus derechos constitucionales....”

Tribunal De Menores del condado de Hamilton, Cincinnati, Ohio • 16/02/2018 • “JNS” - Caso Núm. F17-334 X • RDF 2018-V , 221 con nota de Ana Hilbert • US/JUR/1/2018

“...La custodia legal de una menor que fue diagnosticada con disforia de género debe concederse a sus abuelos maternos, pues son cuidadores adecuados y han demostrado capacidad para atender las necesidades de la niña; se presentó prueba de que los padres están de acuerdo con esa solución; y tanto el abogado ad hoc como el curador ad litem sostuvieron que era en su superior interés que continuara viviendo con ellos. ...”

ESI)⁴³; Ley de Protección Integral de derechos de NNA 26.061, CDN. A nivel local: la ley provincial 521 de Protección Integral de NNA y sus familias. En el ámbito regional, la OC 24/ 17 de la Corte IDH “*Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*” aporta fundamentos claros en cuanto a la protección que le es debida a la identidad de género e igualdad, como derechos protegidos por la CADH.

Como expresáramos anteriormente, debemos armonizar los marcos normativos existentes, con la realidad para hacer efectivos los derechos de los NNA.

La construcción de buenas prácticas compatibles con los derechos humanos y las medidas de acción positivas, serán los medios para poder tornar efectivos los derechos reconocidos en los tratados y convenciones.

La efectiva vigencia de los derechos de los NNA consagrados en la CDN, se vincula tanto con la incorporación de los principios a las normativas provinciales, como con la implementación de estrategias del Estado de incorporación de esos derechos a la vida cotidiana.

⁴³ Aún con las dificultades en su implementación en todo el país, existiendo proyectos de modificación en el Parlamento argentino para su carácter de “orden público”.