

Simposio 3. Extensión universitaria, compromiso y transformación social para un desarrollo sostenible

III Taller “Igualdad de Género: Avances y Proyecciones”

TITULO: CAPACIDAD PROGRESIVA E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LOS MENORES DE EDAD.

TITLE: PROGRESSIVE CAPACITY AND GENDER IDENTITY IN MINORS

Dr. C. Iris María Méndez Trujillo. Profesora Titular del Departamento de Derecho y Vicedecana de Investigación y Posgrado de la FCSH de la Universidad de Matanzas, Cuba. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4537-5984>, email: irismt67@gmail.com

Lic. Liz Haydeé Monzón Méndez. Profesora Instructora del Departamento de Derecho de la FCSH de la Universidad de Matanzas, Cuba ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6446-1780>, email: liz.monzon@umcc.cu

M.Sc. Isel Guirola Rodríguez, Profesora Asistente, Coordinadora de la carrera de Derecho y Notario Público, con número de ORCID: <https://orcid.org/00000002-8818-411X>, email: isel.guirola@umcc.cu

RESUMEN.

En los últimos años, la normalización de conceptos tales como homosexualidad, sexodivergencia, transexualidad y los géneros no binarios han marcado la necesidad de regular un derecho tan fundamental como es el derecho a la identidad, apoyado en la identidad de género.

En la actualidad se aprecia como desde edades muy tempranas cada niño va formando dicha identidad, la cual no necesariamente debe coincidir con el sexo biológico que poseen, creando la necesidad de que existan instrumentos legales que apoyen este derecho, así como que penalicen y eduquen a los mismos para eliminar todos aquellos prejuicios que fomentan la desigualdad y el incremento de los crímenes de odio contra el colectivo LGBT+.

El término capacidad progresiva, pretende valorar la madurez de los niños, niñas y adolescentes, basado en el progreso de su capacidad cognitiva, la cual admite la realización de actos jurídicos específicos, a través del desarrollo de sus facultades, otorgándoles así una determinada autonomía progresiva en función de su propio desarrollo. Todo esto contribuye al ejercicio de este derecho fundamental por parte de aquellos que, sin haber adquirido la totalidad de su capacidad jurídica, cumplen parámetros concretos que posibilitan el ejercicio de su derecho a una identidad de género plena.

PALABRAS CLAVES: menores de edad, identidad de género, capacidad progresiva

SUMMARY

In recent years, the normalization of concepts such as homosexuality, sex divergence, transsexuality and non-binary genders have marked the need to regulate such a fundamental right as the right to identity, supported by gender identity. At present, it is appreciated how from a very early age each child is forming said identity, which does not necessarily have to coincide with the biological sex they have, creating the need for legal instruments to support this right, as well as to penalize and educate children. the same to eliminate all

those prejudices that promote inequality and the increase in hate crimes against the LGBT+ collective. The term progressive capacity, aims to assess the maturity of children and adolescents, based on the progress of their cognitive capacity, which admits the performance of specific legal acts, through the development of their faculties, thus granting them a certain progressive autonomy. depending on your own development. All of this contributes to the exercise of this fundamental right by those who, without having acquired their full legal capacity, meet specific parameters that make it possible to exercise their right to a full gender identity.

KEY WORDS: minors, gender identity, progressive capacity.

INTRODUCCIÓN

La Convención de los Derechos del Niño, en lo adelante CDN y incorpora el término “autonomía progresiva”, el cual pretende que se valore la madurez de los Niños, Niñas y Adolescentes, en los adelante NNA, a través del desarrollo de su capacidad cognitiva y de la evolución de sus facultades para la realización de determinados actos, lo cual le otorga a este una determinada autonomía progresiva, “no es plena, sino limitada; pero no por ser incapaz, sino en función de su propio desarrollo, de acuerdo con la capacidad de entendimiento” (Gete-Alonso y Calera, 1998, pp.15-68).

El término identidad de género nace de la filosofía, es recogido por otras ciencias sociales y humanísticas; así la identidad psicosocial, es la que se forma de las fases del desarrollo psicológico (desde la infancia) y los procesos históricos, propios de cada individuo. Al ser la identidad objeto de estudio de la psicología, el reconocido profesor Erik Erikson sostiene que la identidad es el resultado de un triple proceso: biológico, psicológico y social; la identidad, entonces depende de la síntesis interna del individuo (ego) y la integración del individuo en los roles sociales.

Desarrollo.

II. Definición jurídica de persona, personalidad y capacidad

En el contexto del Derecho de Civil y de Familia del presente siglo, con las tendencia novedosas de formas de familias, de identidad de género, el concepto persona, dentro del orden normativo, adquiere una vigencia especial, al tener en cuenta que se trata de un Derecho más democrático y de autodeterminación del individuo como integrante de relaciones jurídicas familiares y de las relaciones sociales en las que se encuentra inmerso.

Las dos categorías esenciales del Derecho Civil en las cuales la doctrina es sincrónica en reconocer en la persona aptitud para intervenir en relaciones jurídicas lo son la personalidad y la capacidad.

Específicamente la capacidad, se entiende como la aptitud o idoneidad que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones y ejercerlos por sí mismo.

Es necesario tener en cuenta que la capacidad tiene una doble expresión, la capacidad de derecho, de goce o de adquisición y la capacidad de obrar, de hecho, de ejercicio o de acción.

A la primera, hace referencia el artículo 28.1 del Código Civil cubano, elemento que no puede faltar en la persona y es inherente a ella misma. En cambio, la capacidad de obrar, refiere a la aptitud del sujeto para alcanzar por sí la participación en relaciones jurídicas concretas a partir de la realización de actos jurídicos eficaces, por consiguiente, no a todas las personas el ordenamiento

jurídico puede reconocer el ejercicio de su capacidad en la misma medida, pues no siempre se reúnen los requisitos que esta exige, de forma general, para intervenir en relaciones jurídicas.

El menor de edad, en su condición de persona, ostenta personalidad y capacidad para la adquisición y goce de derechos, sin embargo el ordenamiento jurídico limita su capacidad de obrar en razón de la edad; afianzándose una mirada transformadora de la situación jurídica del menor en la contemporaneidad.

La autonomía progresiva de la capacidad de obrar, según Lansdown:

(...) entre el reconocimiento de los niños como protagonistas activos de su propia vida, con la prerrogativa de ser escuchados y respetados y de que se les conceda una autonomía cada vez mayor en el ejercicio de sus derechos, y la necesidad que tienen, al mismo tiempo, de recibir protección en función de su relativa inmadurez y minoría edad. Este concepto constituye la base de un apropiado respeto de la conducta independiente de los niños, sin exponerlos prematuramente a las plenas responsabilidades normalmente asociadas con la edad adulta (2005,p. 19).

El ejercicio de los derechos se relacionan entonces directamente con dos cuestiones esenciales: la madurez y el consecuente desarrollo de sus facultades y la naturaleza del derecho a ejercer. En el proceso de madurez psicosexual, resulta aún más individualizada la cuestión que ocupa.

III. Identidad de Género y transexualidad en NNA

2.1 Breve acercamiento al concepto de género, sexo e identidad. Los derechos inherentes a la personalidad

“El termino género se refiere al conjunto de expectativas y comportamiento que la sociedad asigna y espera en función de su pertenencia al sexo masculino o femenino” (Colas, 2007, p. 152). Por tal razón el género se encuentra asociado a lo social y el sexo a lo biológico.

La apreciación de los genitales del niño al momento de su nacimiento, en la mayoría de las legislaciones constituye la atribución del sexo, por lo que el sexo morfológico es, a *priori*, el sexo legal. La indefinición que puede producirse a partir de la premisa que considera el sexo legal igual a sexo físico, hace que el tema de la identidad sexual se convierta en un tema en desarrollo. (Perral, 2000).

El concepto de identidad por su parte, dentro de la perspectiva sociológica, se introduce en la década de los sesenta. El Derecho a la Identidad de la Niñez, se encuentra en la CDN, en sus artículos 7 y 8, en la cual se reconoce la inscripción del niño y de la niña inmediatamente después de su nacimiento, es decir el derecho al nombre y la creación por parte de los Estados de las instituciones respectivas para hacer efectivo el mismo.

La identidad, podría definirse en un principio, como el modo de ser de cada persona, proyectada a la realidad social. La identidad de la persona no se agota con los caracteres que externamente la individualizan, y que conforman sus signos distintivos, sino que incluyen un conjunto de valores espirituales que definen la personalidad de cada sujeto, sus cualidades, atributos, pensamientos, que permiten traducirlos en comportamientos efectivos de proyección social, no interno.

El derecho a la identidad personal de niños y jóvenes es definido por Del Gatto como: “un atributo de la persona humana, Derecho humano absoluto, personal e imprescriptible, objeto de protección nacional e internacional” (2000, p. 2).

El derecho a la identidad es un derecho fundamental de cada persona, reflejo de la dignidad del hombre y una vez asegurada su eficaz protección es una garantía invaluable. Es además reflejo de la autodeterminación del hombre y de las complejas relaciones que existen en su vida. Por último debe decirse que el derecho a la identidad encierra varios derechos dada la integralidad de la misma, por lo que no cabe discusión alguna sobre su importancia, no solo como factor identificativo de la persona natural sino como clave imprescindible para el desarrollo de esta en la vida.

La identidad de género, por su parte, se refiere a un sentimiento personal, profundo y de pertenencia a un grupo determinado, a la sensación de inconformidad o rechazo entre el género biológico y el psicológico (Becerra et ál., 2010) y así como, la orientación sexual y el género, son parte inherente a la identidad, como lo son la raza o la fe, de manera que se refrenda en la Declaración y el Programa de Acción de Viena, los derechos humanos son indivisibles y están interrelacionados; por lo tanto, no tiene sentido garantizar la protección de una parte de la identidad de una persona (Errajoli, 2001), cuando al mismo tiempo se le niega la otra parte de ella: la orientación sexual o la identidad de género.

Para Octavio Salazar Benítez (2015), no cabe ninguna duda de que la identidad de género está íntimamente conectada con el “libre desarrollo de la personalidad”, criterio que comparten quienes escriben, así como con el principio de igualdad y no discriminación. En este sentido, pues, cuando se habla del derecho a la identidad de género “no parece haber duda de que se está ante un nuevo derecho de la personalidad, por resultar plenamente afectados por él tanto la personalidad como la dignidad del hombre”.

IV. El desarrollo psicosexual de NNA, la capacidad progresiva y la identidad de género. Reto para el derecho contemporáneo

En torno a la transexualidad y la identidad de género, a pesar de las normas que aseguran su materialización, no alcanzan a resolver a los conflictos sociales que, en día de hoy aún persisten, a pesar del desarrollo social, de la medicina e incluso de la legislación. Las sociedades eternizan, lamentablemente, un sentido patriarcal, con vestigios de colectividades conformadas con individuos y familias basada en definiciones claras de hombre, mujer, roles sociales y patrones familiares, asentados en una cultura esencialmente heterosexual y heteronormativa.

No obstante, la realidad social actual trasciende los términos transgénero y transexualidad, para avizorar otras formas de identidad de géneros más novedosas y que se perfilan entre las nuevas generaciones, como lo fue en los años 80 y siguientes la transexualidad. La consideración del sexo neutro, los términos Queer, imponen a la normativa nuevos retos en relación a los derechos psicosexuales de los jóvenes de hoy.

La CDN consagra principios básicos como la protección ante cualquier forma de discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la identidad, y el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. En consonancia con esto, y la gradual madurez biológica, física, sexual y mental del menor adolescente, individualizada en cada quien, de acuerdo a la madurez distinta en cada individuo, por su propia realidad biopsicosocial, y en armonía con la autonomía

progresiva de la capacidad, pueden estos solicitar a sus padres, tutores, o en defecto, ante las autoridades correspondientes el logro de la identidad de género que ostenten, así como estereotiparían el sexo que los hagan sentir cómodos psicológicamente o el reconocimiento al género que sientan tener, distinto a los estrictos cánones de hombre *versus* mujer.

Constituye un desafío para el Derecho el tema que ocupa, y necesitaría asistencia psicológica, médica y autorización familiar e intervención judicial, la pretensión por parte del menor de edad en relación a su identidad de género, pues la adolescencia es una etapa llena de confusiones relacionadas con el sexo y la sexualidad.

Al decir de Fernández, responsable de la Dirección Asistencial Este de la Gerencia de Atención Primaria en la Comunidad de Madrid, “Lo primero es aclarar estas confusiones entre qué es el sexo, el género, la identidad sexual y la orientación sexual. Es importante hablar de los conceptos de forma libre, sin necesidad de denominarlos como tal, pero desechar ideas no acertadas” (2021). Es común que se confunda identidad de género con orientación sexual, esta última se trata de la capacidad de sentirse atraído por los de su mismo sexo, y la identidad de género trasciende la atracción sexual, pues se trata de la propia identificación psicológica del individuo con su sexo biológico.

En consonancia con las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS), esta experta recuerda que la identidad de género “se construye en el continuo del tiempo influyendo en la generación del autoconcepto en función de su sexo (biológico) y género (influido por la cultura), y en función de ello, la persona se identifica como masculina y femenina”. A partir de aquí, prosigue Fernández, el abordaje de la identidad sexual “es una combinación de cómo te identificas como hombre o mujer, o como una combinación de ambos, y la orientación sexual de la persona”.

Asimismo confirma la Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria, que la mayoría de los adolescentes transexuales no necesitan intervenciones psicoterapéuticas o psiquiátricas porque no tienen ningún problema de salud mental, sino que necesitan trabajar las consecuencias de la transfobia desde su ámbito educativo, familiar y social.

En ocasiones la familia apoya la diversidad y acuden a los especialistas para ayudar a sus hijos en la identificación de su identidad de género, otras familias entorpecen y forman parte de los conflictos sociales que deben enfrentar los NNA, para el logro del derecho de la personalidad que constituye la identidad de género.

Se trata de encarar el respeto y reconocimiento de la identidad de género desde un enfoque más arriesgado, al asumirla en igualdad tanto para adultos, como para menores, lo que implicaría la aplicación de valores no patriarcales adquiridos en procesos educativos y formativos (no afianzados aun de igual forma en todas las sociedades), guiados por los conceptos de justicia y equidad, donde la inserción educativa de género incida sobre instituciones pedagógicas, médicas, judiciales, despojada de prejuicios, estigmas y discriminación, en tanto es en ellas donde primero se suscitan asuntos de esa naturaleza.

Según el criterio de estas autoras, el tema trasciende la identidad de género habitual y se sumerge en el conflicto de la autonomía progresiva de la voluntad, tan controversial. El menor de edad que sienta la necesidad de estereotipar su sexo psicológico, o más osado siquiera, que pretenda por reasignación la

concordancia sexo-genérica mediante el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de la identidad de género, con asistencia de especialistas, psicólogos y médicos, y con el refuerzo de los padres en ejercicio de la responsabilidad parental, pueda ejercitar su derecho y en definitiva reciba una decisión judicial favorable a su pretensión.

La premisa para tal pretensión alcanza su fundamento en la CDN que garantiza al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio en derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, en función de su edad y madurez, otorgándole la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, asimismo avala su derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, igualmente se les concede una autonomía cada vez mayor en el ejercicio de sus derechos, y la necesidad que tienen, al mismo tiempo, de recibir protección en función de su relativa inmadurez.

Y, es aquí, donde la variante de individualidad de la autonomía progresiva, alcanza su máxima expresión, pues trasciende el patrimonio del menor de edad y los actos o negocios en los que pudiera resultar inmerso, para entrar en los derechos inherentes a la personalidad y en los procesos de madurez, en los que inciden factores de tipo biológico, psicológico y social en el cual se desarrolla cada niño, por lo que la edad no pudiera ser, como *supra* se comentó, el único punto a tener en cuenta para una adopción legislativa del tema, habría que hacerse un análisis psicológico de cada menor de edad, de acuerdo a su madurez mental en consonancia con su identidad de género, y en juicio de quienes exponen, en relación a la naturaleza de este derecho a ejercer, un equipo multidisciplinario de médicos y psicólogos emitirían dictamen de oportunidad, cuya valoración no estaría sujeta a la condición de prueba y de los principios de la libre valoración, pues se trataría de un requisito *sine qua non* para el proceso en sí mismo, y de oficio por parte del tribunal.

Otro asunto vital resulta contar con el apoyo de los padres en el mentado proceso, en ejercicio de la responsabilidad parental, quienes completarían la capacidad de accionar. Asunto diferente deriva que los padres no asientan la decisión del menor de edad y se opongan a la posición de este en el proceso aludido, para este extremo pudiera la Fiscalía asumir el rol o el defensor familiar que puede ser designado por el primero para que represente sus intereses. En definitiva la adolescencia y la niñez, son etapas vitales con una vulnerabilidad distinta y concreta y precisa, en tal sentido, de apoyo desde el ámbito familiar, y en su defecto, tanto institucional como social.

Al respecto, el inicio del proceso de transición, dependerá de la realidad del menor de edad y partirá de sus deseos. En esta línea, los pediatras y psicólogos aconsejan no presionar a los niños, niñas o adolescentes en cuanto a cuándo dar el paso, así como se recomienda apoyarles en el momento en el que decidan iniciar el proceso. La identificación con la identidad de género, no siempre va aparejado a la madurez sexual propiamente dicha, por lo que en ocasiones aparece primero la identificación con el sexo opuesto al biológico, antes que se adquiera la pubertad.

Por otra parte, continua el artículo: identidad de género en adolescentes: cómo gestionarla, afirmando que los pediatras ponen de manifiesto la importancia de respetar el género de los hijos y dirigirse a ellos según su identidad de género y el nombre que hayan elegido. “Es normal que al principio a los padres les

cueste, ya que además ellos estarán realizando un proceso de duelo y adaptación a esta nueva realidad”, reconocen.

Es tiempo de abstraerse los padres de prejuicios sociales del pasado sobre la identidad de género no normativa y de propiciar, en y para sus hijos, un ambiente diverso en cuanto a la perspectiva de género. Y en el entorno familiar es imprescindible dotar al menor de edad de información y buscar apoyo, tanto para los padres como para el niño, para afrontar la situación y las consecuencias del rechazo social. Queda al Derecho no permanecer a la saga y atemperarse a las nuevas formas de identidad de género, y contribuir, en ejercicio del interés superior de niño, a respetar su opinión en función de su edad conforme la Convención de los Derechos del Niño y establecer las normas que contribuyan su correcto desarrollo psicosexual, libre de discriminación y en consonancia con la autonomía progresiva de su capacidad de obrar.

V. Conclusiones:

La identidad de género constituye un elemento indispensable de la identidad sexual y personal, que permite un mayor reconocimiento de la personalidad y sexualidad de cada individuo, logrando una apertura al aceptar la existencia de personas trans; por lo cual se precisan métodos o mecanismos que protejan tanto legal como esencialmente a los menores de edad, que habiendo demostrado capacidad y madurez necesaria, se identifiquen con un sexo contrario al biológico y pretendan encaminar el asunto para tomar su nueva identidad.

Es necesario el apoyo tanto de los padres como de la Fiscalía para completar la capacidad del niño, y así ejercitar la acción al momento de ejercer su facultad de decidir su propia identidad. Igualmente es de gran utilidad la existencia de profesionales y especialistas como pediatras y psicólogos para aconsejar y acompañar a los NNA en este camino, en el que van a descubrirse a ellos mismos, y así hacer valer y respetar su derecho fundamental a poseer una identidad personal digna que lo represente. De esta forma se logra crear una sociedad igualitaria, sin distinción entre unos y otros, basada en la protección y en el ejercicio de los derechos inherentes del hombre.

VI. Bibliografía:

- Aguilar, M. J.(2015). La transexualidad en México. El paradigma desde la patología al derecho humano de modificar la identidad.*Revista de Bioética y Derecho*,
- Albaladejo, M. (2002).*Derecho civil, introducción y parte general*(15.ªed., vol. 4).
- Becerra, A.*et al.* (2010). Transexualidad y adolescencia.*Revista Internacional de Andrología*8(4),Elsevier Editorial System.
- Beltrán de Herediay Castaño, J. (1976, Abril).Construcción jurídica de los derechos de la personalidad.*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.
- Bustos, M. B. (2003).*Diccionarios Jurídicos Temática. Derecho Civil, Persona y Familia*.Oxford.
- Colas, P. (2007).La Construcción de la identidad de género; enfoques teóricos para fundamentar la investigación e intervención educativa.*Revista de Investigación Educativa*,24(1).

- De Castro y Bravo, F. (1952). *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas.
- Errajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta.
- Fernández Bulté, J. (2008). *Siete milenios de estado y de derecho*. Editorial Félix Varela.
- Fernández Bulté, J. (2004). *Teoría del estado y el derecho*. Editorial Félix Varela.
- Fernández, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Edisofer S.L.
- Gete-Alonso y Calera, M. C. (1998, Noviembre). Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las convenciones sanitarias y libertad ideológica (a propósito de la STS, sala de lo penal de 27 de junio de 1997). *Notaría*.
- Del Gatto Reyes, D. (2000). *El Derecho a la Identidad como Derecho Humano Fundamental*, Taller Regional sobre "El Derecho a la identidad de Niños y Adolescentes en el MERCOSUR". www.iadb.org/intal/foros/del_gatto_reyes.pdf, p
- Gil Dominguez, A. et al. (2012). *Derecho Constitucional de Familia* (1.ª ed.). Ediar.
- Herrera, M. (2008). *El derecho a la identidad en la adopción*. Editorial Universidad.
- Lansdown, G. (2005). La evolución de las facultades del niño. *Innocenti Insight*. UNICEF. <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>
- Herrera, M. (2008) *El derecho a la identidad en la adopción*. Editorial Universidad.
- Linacero de la Fuente, M. A. (2001). *Protección jurídica del menor*. Madrid: Montecorvo.
- Lloveras, N. y Monjo, S. (2010). Responsabilidad de los padres e hijos. *Revista La Ley*.
- Maluquer de Motes, C. (1993). *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Casa Editorial, S.A.
- Marcuello Franco, A. C. y Elósegui Itxaso, M. (1999). Sexo, género, identidad sexual y sus patologías. *Cuadernos de Bioética*.
- Martínez Arredondo, E. (2021) Identidad de género en adolescentes: cómo gestionarla. <https://cuidateplus.marca.com/adolescencia/2021/01/14/i-identidad-genero-adolescentes-como-gestionarlo-176343.html>
- Perral Fernández, L. (2000). Concepto de sexo y discriminación por razón de sexo en el derecho social comunitario europeo: La contradictoria sentencia del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas el asunto Gran respecto de su jurisprudencia en el asunto P./ S. *Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas*.
- Ramos Chaparro, E. (1995). *La persona y su capacidad civil*. Tecnos.
- Rico Álvarez, F. (2006). *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*. Porrúa.
- Legislación:
- Código Civil de la República de Cuba. 1988. Ley No. 59/1987 de 16 de julio. La Habana: Divulgación del MINJUS.
- Ley N° 26.743, de Identidad de género, 1ra ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos, 2014, artículo N° 2.

Ley N° 807,de identidad de género, Bolivia, Asamblea Legislativa Plurinacional, 21 de mayo del 2016, artículo N° 3.
ONU, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993, Viena, Austria,
<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/OHCHR20/Pages/WCHR.asp>
x