

THOMSON REUTERS
LA LEY



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE VALPARAÍSO

COMITÉ EDITORIAL DE ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL

Prof. ENRIQUE BARROS BOURIE (Universidad de Chile)
Prof. CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO (Pontificia Universidad Católica de Chile)
Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA (Universidad de Concepción)
Prof. ÁLVARO VIDAL OLIVARES (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)
Prof. SUSAN TURNER SAEZLER (Universidad Austral de Chile)
Prof. HERNÁN CORRAL TALCIANI (Universidad de los Andes)
Prof. CARLOS PIZARRO WILSON (Universidad Diego Portales)
Prof. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS (Universidad Adolfo Ibáñez)

ESTUDIOS
DE DERECHO CIVIL X

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
VALPARAÍSO, 2014

ÁLVARO VIDAL OLIVARES
GONZALO SEVERIN FUSTER
CLAUDIA MEJÍAS ALONZO
(EDITORES)



THOMSON REUTERS

Continuamente se ha aplicado incorrectamente la Convención por parte de Chile, se ha fallado pensando con quien debe estar un menor y no en cumplir con los supuestos establecidos en la Convención, cual es, lograr el regreso inmediato de este a su lugar de origen y decidir en esos Tribunales sobre su tuición o cuidado personal.

Este no es un juicio de tuición, éste debe desarrollarse en el país de residencia habitual de la menor. La madre debe someterse a lo que esos Tribunales decidan y no secuestrar a sus hijos, por la posibilidad que ese país le otorgue la custodia compartida, como se establece en muchos de ellos.

Si la madre estuviera dispuesta a volver al país de residencia habitual, donde ella vivió hasta que cometió el traslado o retención ilícitas, ¿cómo fallarían nuestros jueces?, ¿quién protege en definitiva los derechos del padre?, y ¿el derecho de la menor a tener un padre?, ¿a poder desarrollar una relación directa y regular con él?, o ¿la figura paterna no significa nada en la vida de un o una menor?

¿Por qué la preocupación? Por dos razones fundamentales: una, cuando firmamos la Convención, nos comprometimos a no revisar la tuición, sino más bien a respetar lo que habían dicho los otros Estados Partes, y en segundo lugar debemos cumplir con la Convención que suscribimos, aunque eso sea dejar que los Tribunales de otros países, donde nuestros nacionales voluntariamente se avecindaron, se casaron, tuvieron a sus hijos y los educaron, decidan sobre la vida futura de sus hijos, de lo contrario, ¿que pasará cuando Chile pida la devolución inmediata de un menor sustraído ilícitamente de nuestro país?, ¿contaremos con la reciprocidad de los otros países, que han visto en forma reiterada que Chile no devuelve a los menores sustraídos cuya madre es chilena?

IDENTIDAD DE GÉNERO Y RELACIONES DE FAMILIA

Fabiola Lathrop*

I. INTRODUCCIÓN

Esta ponencia aborda el problema de quienes viven “encerrados” en su propio cuerpo, es decir, sintiendo que pertenecen a un género que no se condice con el sexo y nombre asignados al momento de su nacimiento conforme a sus caracteres sexuales externos.

En la actualidad, la identidad de género de las personas se reconoce, a falta de legislación especial¹, autorizando el cambio de nombre y de sexo. Las normas invocadas al respecto son la ley N° 17.344, que autoriza el cambio de nombre y apellidos en los casos que indica (de 1970), y la ley N° 4.808 de Registro Civil (de 1943).

La jurisprudencia, aunque tiende a uniformarse en el último tiempo permitiendo el cambio de nombre y sexo sin exigir intervención quirúrgica²,

* Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca; Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Central de Chile; Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Chile.

¹ El propio Registro Civil chileno ha señalado en un Ordinario del año 2010 que: “(...) este servicio informa a los tribunales de justicia que a falta de norma legal corresponde al juez de la causa resolver acerca de la procedencia o improcedencia de la rectificación solicitada”. (Ordinario de la Subdirección Jurídica del Servicio de Registro Civil e Identificación N° 0013, del 5 de enero del 2010). Cabe señalar que actualmente se debate en el Congreso Nacional un “Proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, contenido en el Boletín 8.924-07.

² A efectos de este trabajo analizamos cuarenta causas con sentencia de término. En treinta y tres casos se acogió la solicitud de cambio de nombre y sexo; señalándose en una de ellas que las intervenciones quirúrgicas son un elemento accidental de formación de juicio y no un requisito para acceder a la solicitud (Primer Juzgado Civil de Rancagua, de 16 de agosto de 2011, rol N° 419-2010). Por su parte, solo cuatro de ellas rechazaban la petición, y tres la acogían parcialmente (se accedía solo a cambio de nombre

presenta casos en que sí la exige³, con lo cual el vacío legal genera inseguridad jurídica.

En el contexto latinoamericano, la problemática del cambio en la identidad de género de una persona se aborda mediante leyes de rectificación registral⁴. Los casos de Argentina y Uruguay, que cuentan con leyes de identidad de género, son la excepción⁵.

Este tema concierne a las Jornadas de Derecho Civil en cuanto la identidad de género toca a la persona en sus relaciones civiles en general, esto es, en cuanto a su estado civil, vínculos patrimoniales con terceros, derechos de la personalidad y relaciones familiares, entre otras materias. Esta ponencia se centra en los efectos que un cambio en la identidad de género de una persona generaría en sus relaciones de familia.

II. RESTRICCIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Como es sabido, la identidad de una persona importa al ordenamiento jurídico en cuanto esta entra en relaciones con terceros, exteriorizando ciertos aspectos de su individualidad. En este sentido, el sexo y el nombre son dos importantes elementos configuradores de la identidad de una persona; tradicionalmente, han sido rasgos esenciales para la individualización del sujeto de

por ejemplo). Cabe señalar que entre las sentencias favorables se encuentran dos emanadas de cortes de apelaciones que revocan fallos de primera instancia que denegaban la solicitud de cambio de nombre y sexo. La primera es de Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 23 de julio de 2013, rol N° 949-13, que en su considerando décimo señala que "el acceder sólo al cambio de nombre sin incluir modificar su sexo, sería discriminatorio para el solicitante, dado que mantener su sexo como femenino le afectaría en su actuación familiar, laboral y social (...)". La segunda es de Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de agosto de 2013, rol N° 204-2012, que establece en su considerando sexto que no es posible desconocer la realidad que vive el sujeto y que "a objeto que pueda alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad sin discriminación y con respeto a su vida privada como a su honra, se accederá al cambio de sexo (...)".

³ Es el caso de la sentencia del Décimo Sexto Juzgado Civil de Santiago, rol N° 09-2009, de 30 de noviembre de 2009, que indica "(...) Que la solicitante no acompañó ningún certificado médico que acredite que haya sido sometida a una operación de cambio de sexo (...) y que (...) respecto al cambio de nombre propio (...), resultaría procedente en la medida que el peticionario se acogiera al cambio de sexo, en virtud de lo dispuesto por los artículos 17 y 18 de la ley N° 4808".

⁴ Nos referimos, entre otras, a la Ley española N° 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

⁵ Argentina cuenta con la ley N° 26.743, que establece el derecho a la identidad de género de las personas, de 2012; y Uruguay con la ley N° 18.620 sobre el derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios, de 2009.

derecho en sus relaciones sociales patrimoniales y extra-patrimoniales⁶. En otras palabras, el género de una persona es también un elemento de su identidad toda vez que los sujetos se vinculan con otros desde su pertenencia a un género, la cual puede ser exteriorizada y conocida por esos terceros. Así es como la determinación de los elementos de la identidad importa a terceras personas, sean contratantes o miembros del entorno familiar. Dada la relevancia jurídica que revisten estos elementos como configuradores de la identidad de una persona, los mismos constan en determinados registros administrados por un servicio público especial (el de Registro Civil e Identificación en nuestro país).

En esta parte de la ponencia, intentaremos explicar que estos intereses de terceros no pueden restringir ilegítimamente derechos fundamentales del ser humano: cualquier limitación al reconocimiento y ejercicio del derecho a la identidad debe superar un estricto escrutinio de razonabilidad y ser justificadas, en una sociedad democrática, para la consecución de fines pertinentes.

En este sentido, y en lo que respecta al ámbito de las relaciones de familia, estimamos injustificado que el reconocimiento de la identidad de género de una persona exija que el sujeto no se encuentre casado o no tenga descendencia; como asimismo, el dar publicidad a la solicitud de reconocimiento de identidad de género para que posibles terceros involucrados se opongan. En general, estimamos que deben desecharse disposiciones paternalistas que pretendan proteger al propio individuo de las manifestaciones de su identidad de género, revistiendo de formalismos inútiles al proceso de reconocimiento de dicha identidad⁷.

Estas situaciones podrán, eventualmente, generar una ponderación de principios involucrados en colisiones de derechos; sin embargo, no procede

⁶ En esta materia se advierten diversas categorizaciones de la identidad. A efectos de este trabajo, asumiremos, siguiendo a Benavente, que la identidad se manifiesta en el contexto inmediato de la persona en dos elementos: el nombre de la persona y el derecho a la propia identidad sexual. El primero es el elemento de identificación frente a los demás, es decir, su identidad personal. El segundo conforma la identidad sexual del sujeto. Confróntese: BENAVENTE, Pilar, "Identidad y contexto inmediato de la persona (Identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (2013), 17, p. 107.

⁷ En Chile, Corral opina lo contrario: "los problemas del transexualismo no cabe enfocarlos con una óptica centrada únicamente en el deseo subjetivo y en la situación aislada del transexual (...). No parece que puedan descuidarse, por ejemplo, los intereses del cónyuge o de los hijos de la persona que sustituye su sexo por el contrario. Tampoco puede ser ignorado o minusvalorado el interés de la comunidad en la preservación de la diferenciación sexual procreativa en el matrimonio y la certeza jurídica en las relaciones conyugales y familiares". CORRAL, Hernán, "Identidad sexual y transexualismo. Desafíos para el Derecho de la persona y de la familia", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales* (2007) 9, p. 5.

restringir anticipada e injustamente el derecho para asegurar intereses hipotéticos o eventuales. En dicho caso, nos encontraríamos frente a restricciones abiertamente desproporcionadas e ilegítimas, puesto que no se basan en el análisis de una ponderación en el caso concreto⁸.

Al respecto, resulta útil observar la evolución del Derecho Comparado. En un comienzo, España y Alemania restringieron la rectificación de las partidas a los casos en que los solicitantes fueran solteros y estériles, e impidieron que contrajeran matrimonio en el futuro. Sin embargo, con posterioridad, potenciales intereses de terceros fueron cediendo ante la satisfacción del derecho a la identidad de las personas transexuales, de manera de no restringir anticipadamente el reconocimiento del mismo.

Así, a partir del año 2001, la jurisprudencia administrativa española permite contraer matrimonio a quien ha cambiado su sexo⁹. Por su parte, la normativa alemana de 1980 exigía que el peticionario no estuviera casado y que fuera estéril¹⁰. Paulatinamente, la jurisprudencia constitucional alemana fue declarando inconstitucionales estas exigencias. Así, en el año 2009, a raíz de una sentencia del Tribunal Constitucional de 2008, se dicta una ley que permite el cambio de sexo sin necesidad de ser soltero. Asimismo, en 2011, este Tribunal impide exigir la esterilidad del sujeto hasta que se reforme la normativa en cuestión¹¹. Finalmente, el 7 de marzo de 2013 el Legislador alemán dicta una ley que permite indicar como "indeterminado" el sexo del nacido¹².

⁸ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la identidad sexual reconociendo efectos plenos al cambio de sexo, descartando limitaciones a la libertad matrimonial del solicitante. Este tribunal ha señalado que, de lo contrario, se atentaría contra el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, referido al derecho a contraer matrimonio. Véase sentencia de 11 de julio de 2002. Demanda Nº 25680/94. "*Case I vs. United Kingdom*". Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#> [{"languageisocode": "ENG"}, {"documentcollectionid2": "JUDGMENTS"}, {"kdate": "2002-07-11T00:00:00.0Z", "2002-07-11T00:00:00.0Z"}, {"itemid": "001-60595"}] [fecha de visita 25 de agosto de 2014]. En esta sentencia se señala que el 54% de los Estados Partes permiten este tipo de matrimonios; el 14% no lo acepta; y el 32% no es claro al respecto (párrafo 40).

⁹ Confróntese: BENAVENTE, Pilar, cit. (n. 7), p. 131.

¹⁰ Esta normativa exigía también intervención quirúrgica; apariencia exterior acorde con el nuevo sexo; haber cumplido 25 años de edad y tres años de pertenencia al nuevo sexo; y que fuera presumible que el sujeto favorecido con el cambio de sexo no lo modificara en el futuro.

¹¹ Para la evolución alemana, véase VON STRITZKY, Johannes, "El Desarrollo de la Protección Jurídica de las Personas Homosexuales, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales (LGBT) en Alemania", en *Revista General de Derecho Constitucional*, (2013) 17, pp. 1-29.

¹² Confróntese: BENAVENTE, Pilar, "Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas", en *Revista General de Derecho Constitucional* (2013), 17, p. 21.

III. RELACIONES FAMILIARES

Los efectos que puede causar el cambio en la identidad de género de una persona, no son abordados, en general, por las legislaciones comparadas. Esta desregulación podría acarrear que el reconocimiento de la identidad de género sea solo una declaración formal. En este sentido, es aconsejable efectuar las adecuaciones normativas necesarias y previsibles al momento de legislar, y más relevante aun lo es el identificar principios que contribuyan a la interpretación e integración normativa.

Al consagrar lo que podríamos denominar principio de continuidad en las relaciones familiares, se colaboraría en esa última tarea. En este sentido, la ley argentina establece: "*La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción*"¹³.

Nos parece que esta norma es adecuada en cuanto aclara que las relaciones de familia del individuo a quien se reconoce su identidad de género no tienen por qué verse afectadas. Así, entre las instituciones que previsiblemente podrían adecuarse o en cuyo funcionamiento podrían surgir colisiones de derechos, están el matrimonio y las relaciones filiales. Abordaremos ambas figuras a la luz del principio de continuidad de las relaciones de familia.

1. Matrimonio

En cuanto al matrimonio, podrían generarse dos tipos de problemas en torno a su validez. En primer lugar ¿el cambio en la identidad de género podría constituir una causal de nulidad matrimonial? Al respecto, en virtud del principio de continuidad, estimamos que es posible y perfectamente legítimo que el consorte del solicitante quiera seguir unido por ese vínculo (no obstante la modificación de la identidad de género del otro). En todo caso, podría proceder la nulidad conforme a las reglas generales, en especial de acuerdo al art. 8º Nº 1 de la Ley de Matrimonio Civil¹⁴, sin necesidad de indicar una nueva causal.

¹³ Inciso segundo del art. 7º de la ley Nº 26.743, que establece el derecho a la identidad de género de las personas, de 2012.

¹⁴ Esta norma establece que: "*Falta el consentimiento libre y espontáneo en los siguientes casos: 1º Si ha habido error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente (...)*".

Asimismo, podría sostenerse que el matrimonio existente o el que en el futuro quisiera celebrarse, sería de carácter homosexual. Al respecto, cabe señalar que una vez que el solicitante casado/a cambia de sexo, la partida de su matrimonio reflejaría que este ha sido contraído por personas del mismo sexo. Concebido el matrimonio homosexual como el celebrado por contrayentes del mismo sexo biológico registral, existiría un matrimonio homosexual sobreviviente, independiente de la orientación sexual que ellos tengan. En este caso, podría dejarse sin efecto vía nulidad, como antes hemos señalado¹⁵.

Por su parte, el matrimonio que celebre en el futuro la persona que ha cambiado su identidad de género (ha cambiado su sexo) no debe ser considerado como matrimonio homosexual automáticamente. Ello solo se produciría si el sujeto tiene orientación homosexual, es decir: a) si habiendo cambiado de sexo masculino a femenino, quisiera casarse con alguien de sexo femenino; b) si siendo de sexo femenino, ha pasado a tenerlo masculino y quisiera contraer matrimonio con otro individuo de sexo masculino. En ambos casos, de acuerdo a la legislación actual, no podría contraer matrimonio.

2. Filiación

En cuanto a las consecuencias que el reconocimiento de la identidad de género pudiera generar en materia de filiación, estimamos que existen dos grandes ámbitos a distinguir: paternidad/maternidad, y efectos de la filiación. Nos referiremos brevemente a ellos.

El acceso a la paternidad/maternidad por naturaleza dependerá de la condición reproductora del solicitante. En caso de no ser posible este tipo de reproducción, entrarán en juego dos grandes instituciones del Derecho de Familia: la adopción y las técnicas de reproducción asistida¹⁶. La primera está siendo

objeto de reforma legislativa¹⁷. La segunda, no obstante la legitimidad social que ha alcanzado, no se encuentra regulada en nuestro país.

En cuanto a la adopción, en Chile pueden adoptar los matrimonios y las personas solteras, mas no las uniones de hecho. Dicho esto, el sujeto a quien se le ha reconocido su identidad de género, sea soltero o casado, debe poder acceder a la adopción sin discriminaciones de ningún tipo; y el procedimiento de adopción debe sustanciarse conforme a los principios generales de interés superior del niño y de subsidiariedad, entre otros.

Por su parte, si bien la realidad demuestra un creciente acceso a las técnicas de reproducción asistida¹⁸ (toda vez que incluso el mercado permite conseguir material genético ajeno y provee condiciones de gestación), la desregulación impide en algunos casos que el ser humano que nace de ellas aparezca jurídicamente como hijo/a de los dos padres/madres que ejercen funciones parentales¹⁹. Esta situación torna francamente inestable el ámbito en que se legisla sobre identidad de género, y pone en riesgo derechos fundamentales del niño.

En cuanto a la forma de enfrentar estos vacíos, existen dos opciones. La primera es discutir sobre filiación y diversidad sexual en general en el contexto de la modificación a la ley de adopción y de creación de una ley de reproducción asistida. Esta alternativa parece más integral, aunque implica postergar el debate sobre la vida familiar de los NNA en contextos de cambio de identidad de género de personas de su familia (hasta que estén dadas las condiciones políticas para ello). La segunda opción es efectuar modificaciones con ocasión del reconocimiento de la identidad de género, para asegurar sintonía con las instituciones relacionadas.

o... la paternidad de una madre? Transexualidad, reproducción asistida, bioética", en *Gaceta Médica de México*, 146 (2009) 2, pp. 154-155. El autor distingue más de cincuenta combinaciones de tratamiento.

¹⁷ Boletín 9119-18. "Proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción en Chile".

¹⁸ En adelante, TRA.

¹⁹ Piénsese en el caso de una mujer transexual (ha cambiado su sexo registral de masculino a femenino) de orientación homosexual que vive en pareja con una mujer. La primera es fértil y puede anidar un embrión. La segunda es estéril. El art. 182 del Código Civil señala que son padre y madre la mujer y el varón que se someten a las TRA. En este caso, pese a que la segunda mujer podría desempeñarse como madre, no figuraría como tal en la partida de nacimiento de su hijo/a. Un caso similar es el de un hombre transgénero que siendo padre no biológico del hijo de su cónyuge desea someterse a cirugía de reasignación genital. El hijo había sido concebido por TRA después de ocho años de relación entre la persona transgénero y la madre biológica. Declarado inválido el matrimonio, este padre pide la custodia del niño. El juez considera los especiales lazos emocionales y psicológicos generados entre el padre y el niño (el niño no conocía "otro" padre que el solicitante desde hace seis años) (K.B. v. J.R., 26 Misc. 3d 465, 887 N. Y.S.2d 516 (Sup. Ct. Kings Co., NY 2009).

¹⁵ Esta parece ser la interpretación que el Servicio de Registro Civil e Identificación siguió al permitir, en julio de 2013, la celebración de un matrimonio de una pareja conformada por un hombre homosexual (inscrito con sexo masculino) y una persona transexual heterosexual que tenía apariencia de hombre pero que tenía un sexo registral femenino. En este caso, dicho Servicio consideró la diferencia de sexo registral y no la orientación sexual ni la identidad de género. La identidad de género de la persona transexual era de hombre y su orientación sexual era heterosexual. Véase <http://www.biobiochile.cl/2013/04/12/registro-civil-confirma-hora-para-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo.shtml> [fecha de visita 25 de agosto de 2014].

¹⁶ El cambio de la identidad de género no conlleva siempre esterilidad. Dependiendo de si se trata de un hombre o una mujer transexual y la pareja con la cual se puede unir, las posibilidades teóricas de tratamiento son muchas. Al respecto, puede consultarse ÁLVAREZ-DÍAZ, Jorge, "La maternidad de un padre

Ahora bien, dado que nuestra actual legislación no regula expresamente las familias homoparentales, los hijos ya nacidos de la persona a quien se le ha reconocido su identidad de género figurarían, una vez modificadas las partidas del sujeto y conforme al lenguaje de la normativa vigente, con dos padres o dos madres. En este caso, para que el reconocimiento de la identidad de género guarde sintonía con las instituciones relacionadas, deberían efectuarse ciertas adecuaciones.

Así, podría establecerse que la filiación de los hijos en general no esté asociada a las denominaciones culturales de padre y madre sino, por ejemplo, de progenitor A y progenitor B. Otra solución posible es establecer que las partidas evidencien la realidad social y familiar de ese hijo conforme a las denominaciones culturales, esto es, que sea identificado como hijo de dos padres o dos madres. En esta última situación, podría permitirse la figuración de un padre A y un padre B; o de una madre A y una madre B, según el caso.

Como vemos, la discusión sobre filiación y diversidad sexual no ha sido asumida aún por el legislador chileno. La necesidad de abordar normativamente las nuevas parentalidades ha surgido en debates legislativos como el Acuerdo de Vida en Pareja y, desde luego, surgirá con ocasión de la regulación de la identidad de género. Esta cuestión se relaciona con la "parentalidad social", es decir, con aquellas situaciones en que ni el progenitor/a biológico/a ni adoptivo/a legalmente reconocido asume funciones parentales sino que lo hace un "tercero", como podría serlo un adulto/a significativo para el NNA. Esta es una materia no abordada por el legislador chileno pero que sí ha sido objeto de debate en otros proyectos de ley²⁰ y, por cierto, en la doctrina²¹ y jurisprudencia comparadas²².

²⁰ El art. 45 del Proyecto que crea el Acuerdo de Vida en Pareja (Boletines N° 7.011-07 y 7.873-07), despachado en agosto de 2014 por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado establece: "Agregase el siguiente inciso tercero, nuevo, al artículo 226 del Código Civil: "No obstante lo prescrito en el inciso precedente, el juez podrá entregar el cuidado personal del hijo al cónyuge o conviviente civil del padre o madre, siempre que hayan contribuido significativamente a su crianza y educación".

²¹ El desarrollo de las TRA ha permitido distinguir entre las dimensiones biológicas y sociales de la parentalidad, o si se quiere, entre el parentesco (parentage) y la parentalidad (parenthood). Confróntese: BAINHAM, Andrew, "Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions", en BAINHAM, Andrew; SCLATER, Schelley D. y RICHARDS, Martin (editores), *What is a Parent?: A Socio-Legal Analysis* (Oxford, Portland Oregon, Hart Publishing, 1999), pp. 25-46; CHOUDHRY, Shazia y HERRING, Jonathan, *European Human Rights and Family Law* (Oxford, Portland Oregon, Hart Publishing, 2010), pp. 170-205; RIVERO, Francisco, "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y madrastra", en *Revista de Magister y Doctorado en Derecho de Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (2010) 4, pp. 163-188.

²² Véase House of Lords, Re G (Children), (2006), UKHL 43, párrafos 34-35 y 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 1 de junio de 2004. Demanda N° 45582/99. "Case Lebbink v. The Netherlands", 40 EHRR 18, párrafo 37. Disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61799#{"itemid":\["001-61799"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61799#{) [fecha de visita: 25 de agosto de 2014].

En cuanto a los efectos de la filiación determinada con anterioridad al reconocimiento de la identidad de género de un sujeto, en conformidad al principio de continuidad que hemos mencionado, el sujeto solicitante que tiene descendencia al momento de reconocerse su identidad de género debiera seguir ejerciendo todos sus derechos y deberes parentales. A modo ejemplar, debe continuar proporcionando alimentos o ejerciendo el cuidado personal de que es titular.

A pesar de estas posibles soluciones, otras preguntas quedan abiertas: ¿Puede restringirse automáticamente el régimen de relación directa y regular que se ha establecido a favor de una persona divorciada con hijos, a quien se le ha reconocido su verdadera identidad de género, por el mero hecho de haber modificado su identidad sexual? ¿Puede la aplicación del interés superior del NNA limitar el ejercicio de la identidad de género de ese padre o madre?

En esta materia coincidimos con la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, este Tribunal ha señalado que no es la transexualidad del padre sino la falta de su estabilidad emocional la que puede determinar la restricción del derecho-deber a mantener relaciones directas y regulares con su hijo, así como la efectiva repercusión en éste de dicha inestabilidad²³. En coherencia con la protección de la identidad de género como derecho humano, el cambio de sexo de un progenitor no implica necesariamente la alteración de sus relaciones familiares, sino solo en cuanto realizada la ponderación de principios involucrados, esté justificado y sea proporcionado en el caso específico de que se conozca. A su vez, el criterio central para la determinación de derechos, obligaciones y responsabilidades parentales será siempre el de la satisfacción del interés superior del niño, cuestión que debe determinarse en el caso concreto, y nunca fundarse en estereotipos asociados al género²⁴.

aspx?i=001-61799#{"itemid":["001-61799"]} [fecha de visita: 25 de agosto de 2014]; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 26 de mayo de 2004. Demanda 74969/01. "Case Görgülü v. Germany". Disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61646#{"itemid":\["001-61646"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61646#{) [fecha de visita: 25 de agosto de 2014].

²³ Véase TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 30 de noviembre de 2010. Demanda N° 35159/09. "Case P.V. vs. Spain". Disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"itemid":\["001-102597"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) [fecha de visita: 25 de agosto de 2014].

²⁴ En este sentido, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 12 de febrero de 2012, "Caso Atala Rífo y Niñas vs. Chile". Párrs. 109 y 110. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf [fecha de visita: 25 de agosto de 2014].