

**PROBLEMÁTICA, PRUEBA PERICIAL Y ALTERNATIVAS EN LOS
TRASTORNOS, DIFERENCIAS Y DISFUNCIONES
PSICOSEXUALES: PARAFILIAS, HOMOSEXUALIDAD,
TRANSEXUALIDAD, CAMBIO DE SEXO, IMPOTENCIA Y
ESTERILIZACIÓN**

Dra. Dolores Serrat Moret
Profesora Titular de Medicina Legal de Zaragoza

Resumen

En la presente ponencia se abordan cinco puntos fundamentales. El primero, se plantean una serie de cuestiones previas para ilustrar el cambio sufrido por el concepto de familia y hogar, y como ha cambiado el concepto de sexualidad en la sociedad actual. Un segundo, en el que se delimitan las características fundamentales de los trastornos sexuales desde una perspectiva actualizada. En el tercero y cuarto, se realiza un breve repaso de los problemas médico-legales que plantean esos trastornos sexuales y la defensa de los mismos cuando los profesionales colaboran con los juristas en la resolución de los mismos. Y, finalmente, se aborda la problemática actual de los trastornos de la actividad sexual.

PALABRAS CLAVE: *Trastornos sexuales, problemas médico-legales, sexualidad.*

Abstract

This paper addresses five essential points. First, a series of prior issues to illustrate the change undergone by the concept of family and home, and how the concept of sexuality has changed in current society. Second, the main characteristics of sexual disorders are delimited from a updated perspective. Third and fourth, a brief review of the medical-legal problems posed by these sexual disorders and their defense when the professionals collaborate with the jurists in their resolution. Finally, the current problem of disorders of sexual activity is addressed.

KEY WORDS: *sexual disorders, medical-legal problems, sexuality*

Para abordar este tema, con este título tan largo resumido en “El Estudio de los Problemas Médicos Legales que los Trastornos Legales Plantean”, se ha preparado un esquema con cinco apartados, cuatro de ellos los pasaré muy deprisa. Pero me entretendré en el último por considerarlo un tema de debate de actualidad que está en las mesas no sólo de las asociaciones y de la sociedad sino también de los centros legislativos.

El esquema en el que me voy a centrar son en primer lugar unas cuestiones previas para ver como ha cambiado el concepto de familia y hogar, y como ha cambiado el concepto de sexualidad en la sociedad actual. Una segunda parte para delimitar que se entiende hoy por trastornos sexuales que no es exactamente lo mismo lo que entendíamos hace unos años. Un breve repaso de cuales son los problemas médico-legales que plantean esos trastornos sexuales y entendiendo que esos problemas médicos legales nos llevan a plantear una serie de preguntas que se nos hace a los expertos para contestar y para ayudar a los juristas en la resolución de los mismos. Y en el punto que me querría extender más es en la problemática actual de los trastornos de la actividad sexual, sin perder más tiempo y para ir entrando en materia y para que no me llame la atención el moderador vamos a lo primero.

Les decía que hay unas cuestiones previas que son entender como vemos hoy la familia o el hogar. Hemos evolucionado de un concepto tradicional de familia formada por un hombre y una mujer unidos en matrimonio que vivían con su progenie bajo el mismo techo, para incurrir otra serie de situaciones y así junto al matrimonio y la pareja de hecho con hijos entendemos también como familia la pareja, matrimonio, o pareja de hecho sin hijos, a la pareja o a las uniones tanto heterosexuales u homosexuales, a las familias trigeracionales, a las familias monoparentales, a las familias de hijos que tienen a uno de los padres conviviendo con ellos. Por lo tanto ese concepto tradicional de familia se ha difuminado en otra serie de situaciones. Y junto a él también ha evolucionado lo que es también el concepto de la sexualidad.

Y aquí haciendo un inciso me gustaría distinguir lo que es el sexo y lo que es la sexualidad porque evidentemente no es exactamente lo mismo, aunque muchas veces se utilizan de forma análoga. En primer lugar, el sexo es un concepto biológico que está ligado al desarrollo evolutivo, e influido por el proceso de diferenciación sexual, por lo tanto bajo ese paraguas de la palabra sexo se incluyen distintos conceptos. El concepto de sexo cromosómico genético, el concepto de sexo endocrino o hormonal, el concepto de sexo anatómico y también como no el sexo psicológico, o concepto de sexo psicosocial.

Evidentemente, lo normal es que estos distintos elementos del sexo vayan paralelos y evolucionen en una misma dirección, y esa es la regla general y por lo tanto que haya una coincidencia entre el sexo cromosómico, anatómico y psicológico, pero lo importante desde el punto médico-legal son las situaciones excepcionales, es decir, aquellas en las que se produce una disociación entre lo que es el sexo morfológico o cromosómico con lo que es el sexo psicológico y las situaciones extremas dan lugar a lo que se llama los estados de transexual o transexualismo.

Por otra parte, el concepto de la sexualidad es un concepto ligado a la conducta o a la expresión sexual y también ahí se ha producido un cambio importante.

Tradicionalmente, se entendía la sexualidad, si me permiten que lo haga con una frase gráfica, como aquella que tenía lugar por la noche en la cama dentro del matrimonio con un fin reproductivo. Evidentemente, frente a esa forma de sexualidad en estos momentos hay una gran diversidad sexual en el que se incluyen distintas orientaciones sexuales, distintos deseos o distintas identidades sexuales.

También es cierto, y no nos podemos engañar que en torno a la sexualidad en nuestra sociedad hay una gran ambivalencia. Por una parte, está el interés que todo lo relacionado con el sexo y la sexualidad despierta incluso desde el punto de vista científico, pero por otra parte está el silencio que todavía existe en muchas conductas sexuales y esa sanción implícita que determinadas conductas tienen todavía en la sociedad. Pero sea como sea lo que sí es cierto es que hemos cambiado en el concepto de lo que son los trastornos sexuales.

Y así, si ustedes hicieran una revisión en las antiguas clasificaciones psiquiátricas, de aquellas denominaciones de perversiones sexuales, o desviaciones sexuales, hemos llegado a una definición de consenso, que es lo que ahora llamamos los trastornos sexuales.

Teniendo claro que no todas las conductas sexuales quedan incluidas dentro de ese concepto, porque hoy por hoy sólo se consideran trastornos sexuales, las conductas sexuales determinadas cuando producen en la persona un acusado malestar a él o a terceros o bien influyen negativamente o deterioran el desarrollo social, personal o laboral o cualquier otra actividad de la vida de las personas. Por lo tanto, ya no es tanto el determinante del trastorno la conducta si no como las consecuencias que tiene la conducta.

Hoy en las clasificaciones psiquiátricas se encuentran solo tres grandes grupos de trastornos sexuales, no por falta de tiempo no voy a entrar en ello, pero sí por lo menos nombrarlas. Por una parte las disfunciones sexuales relacionadas con los trastornos de la respuesta sexual. Por otra parte, las parafilias o trastornos del deseo o del estímulo del deseo sexual, y por último el trastorno de la identidad sexual.

Sea cual sea el trastorno que se alegue, es verdad que puede plantear problemas en el ámbito del derecho y en todos los ámbitos del derecho. Y por ponerles tres ejemplos, los problemas médico-legales que plantean en el ámbito del derecho penal, fundamentalmente las parafilias y en relación con los trastornos de la libertad sexual. Y que motivan peritaciones en materia de imputabilidad.

En el ámbito de lo laboral o de lo administrativo, cuando el sexo o la sexualidad se constituye en una cuestión de discriminación. Y últimamente en el mes de febrero, y posterior a ese mes del 2004, hemos visto una sentencia que ha obligado a la Armada Española a readmitir a un cabo que había sido declarado inútil por cuestión de su sexualidad, porque era un transexual. Y le ha obligado la sentencia a readmitirlo y ahora sí le han readmitido como mujer. Por lo tanto, es un ejemplo más.

Evidentemente, estamos en una mesa y en un Congreso dedicado al Derecho Civil. Y nos tememos que plantear cuales son los problemas del sexo y la sexualidad en el ámbito del Derecho Civil.

El primer problema que se plantea es con la inscripción del sexo en el Registro Civil. El sexo es un dato de identificación de las personas y en función del criterio que se emplee variarán las consecuencias. No es lo mismo emplear el criterio cromosómico que el criterio psicológico y por tanto hay ahí muchas teorías. Pero es un primer elemento. Sobre todo cuando se plantean problemas como es en el caso de los estados intersexuales.

En relación con el Derecho de Familia, los problemas que se plantean en torno al matrimonio y en torno a la afiliación. En torno al matrimonio tanto con el acto matrimonial, como con las situaciones de crisis. Y lo por tanto, el sexo o la sexualidad en relación al consentimiento matrimonial como causa de error de cualidad de persona, que puede ser causa de nulidad, o en relación a las situaciones de crisis, tanto por causa de nulidad, como causa de separación cuando el trastorno sexual dificulta la convivencia o provoca infidelidad.

Y en relación a la afiliación con la guarda y custodia de los hijos, o el tema de la adopción cuando se exigen condiciones de idoneidad. Hay que buscar no sólo capacidad si no cual es la persona más idónea para el cuidado de estos hijos.

Todas esas cuestiones tienen que resolverse muchas veces por la concurrencia de expertos a través de lo que llamaríamos una prueba pericial. Toda prueba pericial, y en los trastornos sexuales no es una excepción, hay que distinguir dos elementos muy importantes. Por una parte, lo que es el objeto y por otra parte lo que es el fin.

El objeto son los hechos, y por lo tanto los hechos que habría que estudiar es como influye el trastorno sexual sobre la capacidad del consentimiento matrimonial, sobre la capacidad para el cumplimiento de las obligaciones esenciales del matrimonio, o si pueden considerarse un error de cualidad y por tanto una causa de nulidad.

Y a ese sentido recordarles una sentencia de Palma de Mallorca del año 1997 en el que dice que la capacidad de procrear o no es un elemento importante a la hora de valorar el error de cualidad de las personas. Por lo tanto, si no hay cualidad para procrear, puede haber nulidad por falta de error de cualidad de las personas.

Como les decía, el segundo elemento no sólo son los hechos si no también el fin. Y el fin es auxiliar a la administración de justicia, darles unas respuestas para que los jueces puedan hacer una sentencia justa. Y para responder de forma clara es necesario que los expertos a parte de tener los conocimientos técnicos que se les suponen tienen que conocer el ámbito jurídico en el que se mueven.

Porque como decía el profesor Viga, para los que son de Madrid lo recordarán como catedrático de Medicina Legal de la Universidad Complutense hace ya unos años, decía que los peritos para actuar adecuadamente tienen que conocer el por qué, para dirigir el cómo de sus actuaciones. Y por lo tanto, hay que conocer la situación del derecho y tener argumentos que van mucho más allá de una opinión. Y saber que de nuestras decisiones va a depender muchas veces la resolución judicial, porque aunque está claro que los informes periciales no son vinculantes, también lo está y sigue siendo clara aquella frase de Ambrosio Paré que decía que los jueces deciden según se les informa. Por lo tanto los peritos asumimos una responsabilidad muy importante.

Siendo eso importante en todos los ámbitos he querido centrar mi atención en lo que considero de mayor interés en estos momentos y lo que más me ha hecho reflexionar. Son los trastornos de identidad sexual y los problemas que plantean en el futuro.

A ninguno se nos escapa que en estos momentos está sobre la mesa el derecho a contraer matrimonio entre los transexuales, los homosexuales e incluso el derecho a la adopción.

Y si ustedes cogen periódicos de los últimos tiempos verán muchas noticias referidas a ellos, después les proporcionaré alguna.

Lo voy a separar en tres apartados, el transexualismo por un lado, el derecho al matrimonio de la homosexualidad sí o no y la adopción por homosexuales, porque son cuestiones bastante distintas, por lo menos la primera de las dos siguientes.

En relación al transexualismo, la transexualidad debe de quedar claro que se entienden por transexuales a aquellas personas que perteneciendo a un sexo biológico tienen, asumen o se identifican con el rol de género del sexo contrario, y que dirigen todos sus esfuerzos a parecerse anatómica y fisiológicamente a esas personas del sexo que desean. De ahí que los transexuales se sometan a tratamientos médicos hormonales e incluso a intervenciones quirúrgicas.

Pero ese problema de la transexualidad plantea al derecho tres cuestiones. La primera el derecho al cambio de nombre, la segunda el derecho al cambio de sexo en la inscripción registral y la tercera el derecho a contraer matrimonio.

Desde el mundo del derecho para darles cuenta a estas tres cuestiones se han abordado distintas soluciones, básicamente dos. Las legislativas y las jurisprudenciales.

Las legislativas tienen la ventaja en la que se hace una ley donde se reconoce expresamente el derecho y se establecen los requisitos exigibles para que se pueda acceder a este derecho o derechos derivados. Las jurisprudenciales lo que hacen es resolver el caso a caso.

En nuestro entorno tenemos ejemplos de las dos cosas. Desde el punto de vista legislativo el primer país que legisló ya en el año 1961 sobre la cuestión del cambio de sexo fue EE.UU. en donde se ha convertido en un proceso administrativo en el cual los que quieren acogerse a ello tienen que acreditar mediante una certificación médica el cambio de sexo.

En nuestro entorno y en el ámbito europeo hay tres países que tienen una legislación en relación al cambio de sexo. Son Suecia, Alemania e Italia por orden cronológico. Suecia desde 1972 tiene una ley con unos requisitos muy estrictos. La ley exige la mayoría de edad, que los que lo solicitan no estén unidos por un vínculo matrimonial, y exige que sean estériles, quédense con la copla.

Cosa similar ocurre en Alemania que tiene una ley del año 1980 en la que aporta dos tipos de soluciones. La solución MINOR, en la cual sólo se solicitaría el cambio de nombre como una cuestión social de adaptar la apariencia al estado pero sin ningún tipo de actuación quirúrgica. Y dos, la solución MAYOR en la que se solicita el cambio de sexo en personas que ya se han sometido a una intervención quirúrgica y que exige también el que se acredite médicamente la pertenencia psicológica a este nuevo sexo y exige también que no haya vínculo matrimonial y que sean estériles. Y similar es la

solución italiana cuya ley es del año 1982. Estas son las leyes hasta donde yo he llegado en derecho comparado.

Las otras son las soluciones jurisprudenciales, y dentro de estas tenemos el caso de Francia y el caso de España. En Francia hasta el año 1992 el cambio de sexo registral era imposible. Fueron dos sentencias de la Corte Suprema francesa del año 1992 las que permitieron ese cambio registral. Un matiz importante, los que tienen por ley esas decisiones jurisprudenciales lo vinculan al derecho a contraer matrimonio.

Es decir, en estos países que les acabo de referir, si admiten el cambio de sexo lo admiten en todos sus extremos, admitiendo incluso el derecho a contraer matrimonio de los transexuales.

¿Qué es lo que pasa en España? En España tenemos cuatro sentencias que marcan el camino a seguir. Una de 1987, otra de 1988 y otra de 1989 y la última de 1991. En estas sentencias se recoge la posibilidad del cambio de sexo registral, no sólo en el cambio del nombre, pero no lo vinculan a una equiparación a todos los derechos. Y no se contempla expresamente el derecho a contraer matrimonio.

En estos casos hay que dar un paso más, y fue la Dirección General de Registros y Notarías en el año 2001, donde en una resolución otorga a los transexuales que tienen cambio registral de sexo el poder contraer matrimonio.

Y el último elemento en España y ya también de forma muy rápida, es la proposición de ley que se presentó en el Senado en marzo de 2001, en el que solicita que esas cuestiones de transexualidad se regulen por ley, con una ley muy parecida a la italiana y a la alemana.

En cuanto a la homosexualidad, en relación al derecho de matrimonio de los homosexuales, la primera cuestión que tiene que quedarles clara es que una cosa es el matrimonio y otra cosa son las uniones de hecho.

Hoy ya hay varias comunidades autónomas que han legislado en materia de uniones de derecho, hasta diez. Y el ámbito de esas leyes varían mucho. Hay incluso tres, que incluyen el derecho a la adopción de hijos, entre ellos la de Aragón, Navarra y País Vasco. Y otras que no recogen el derecho a la adopción pero sí el derecho a acogimiento, como es el caso de Asturias, Extremadura...

Pero la pregunta que se tienen que hacer es tener en cuenta cuales son los argumentos que esgrime para alegar el derecho y cuales son los argumentos que se suelen alegar para denegarlo.

En relación al matrimonio, los homosexuales alegan el artículo 14 de la constitución, el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Y los de denegarlo al artículo 32.1 de la constitución y el 44 del Código Civil que vinculan el matrimonio a la unión de un hombre y una mujer.

Por lo tanto, como causas de denegación se plantean cuestiones de derecho, cuestiones de ley y se dice que no hay discriminación, que en todo caso lo que hay es trato desigual. La diferencia entre discriminar y el trato desigual es que la discriminación es injusta y no motivada, y el trato desigual es por un factor de ley. Y entonces lo que hay en todo caso es trato desigual. Como hay trato desigual entre dos

parientes consanguíneos que quisieran contraer matrimonio, o uno que quisiera mucho a una persona que está unida por el vínculo matrimonial y tampoco se pudiera casar.

Por lo tanto, hay razones estructurales de institución del matrimonio. No es lo mismo el matrimonio que la unión de hecho, como no es lo mismo una permuta que una compraventa. Y el mezclar conceptos en derecho desvirtúa las instituciones.

Y en segundo lugar, motivos de tipo funcional. La funcionalidad social del matrimonio. El matrimonio tiene interés social porque sobre él se cimienta el futuro de la sociedad.

Con lo cual el problema que se puede plantear es que las uniones homosexuales no cumplen con esa función social en el sentido de que sobre ellas no se puede cimentar el futuro de la sociedad. Teniendo en cuenta que lo que es el determinante del matrimonio no es la afectividad. Ustedes fíjense que cuando se vayan a casar no le preguntan si quieren al otro contrayente si no si se quieren casar, que son dos cosas distintas.

Y el otro elemento que tampoco tiene en cuenta el matrimonio es el tema de la convivencia, porque hay convivencias que son uniones de convivencia y no son matrimonio.

En definitiva, se considera que entre los homosexuales hay una idinodeidad para contraer matrimonio. Y eso lo vinculo ya muy rápidamente con el tema de la adopción que es la otra gran pregunta que hay sobre la mesa.

Las parejas homosexuales esgrimen el hecho de la discriminación para también tener derecho al matrimonio o el hecho de la conveniencia, que es mejor que los niños abandonados estén con una pareja aunque sea de homosexuales que les proporcionen una familia a que no que sigan en un orfanato.

Las razones en contra que les podría aportar, y no me he podido extender en qué es la adopción, el fin de la adopción, son de tipo estructural. La adopción tiene por finalidad el crear una ficción que se asemeja a la afiliación biológica. Decía en el Derecho Romano que lo que se tiene que hacer es imitar a la naturaleza.

Evidentemente, en la adopción homosexual, en la afiliación por adopción de homosexuales no se imita la naturaleza, porque no es lo mismo la relación de un padre, una madre y un hijo con la de dos padres y un hijo o dos madres y un hijo.

Y otra cuestión sería la de tipo funcional. La de los homosexuales para la adopción. Idinodeidad que viene marcada porque según los expertos influye en la educación y en el desarrollo de estos hijos. Y esgrimen razones de identidad sexual, razones de poca estabilidad de esas parejas o cuestiones que aluden trabajos científicos.

Hay una sentencia de un juzgado de Navarra, que pone en la picota todo lo anteriormente dicho, que ha concedido la adopción de dos niñas gemelas a la compañera sentimental de la madre biológica, apoyándose en la ley navarra de parejas de hecho. Esta sentencia salió en los titulares diciendo “por primera vez dos lesbianas madres de unas hijas”.

Tengan en cuenta que ahí hay una cuestión de detalle que es importante, nuestro derecho no prohíbe la adopción homosexual, prohíbe la adopción por más de una persona conjuntamente. Con dos excepciones, el matrimonio y las parejas de hecho.

Y en este caso de Navarra, si se fijan, no se produce la adopción por más de una persona, si no porque una es la madre biológica y sólo adopta la compañera sentimental. Esta es una trampa a la ley, pero verdaderamente se plantea una situación peculiar.

Evidentemente, y para finalizar, todos han oído en el discurso de investidura uno de los propósitos que tiene el nuevo Gobierno y el nuevo presidente del Gobierno es impulsar una reforma y una modificación del Código Civil precisamente para eliminar esas trabas legales que en estos momentos se constituyen en causa legal de impedimento de la obtención de esos derechos.

Termino diciendo que todo eso nada tiene que ver con el derecho a la dignidad y respeto de los homosexuales, nada tiene que ver con el reconocimiento de situaciones reales de hecho porque están en nuestra sociedad, pero también hay que pensar que el derecho no puede ir a golpe de situaciones de hecho, sobre todo cuando se trata de poner en la picota instituciones tan importantes en la sociedad como son la familia y como es el matrimonio. Por lo tanto, lo único que se puede hacer aquí es que se tenga prudencia, que se trabaje, que se busque equilibrar el deseo de todos con la realidad social.