

# ESTUDIOS MONOGRAFICOS

## Del hermafroditismo a la transexualidad

Por el Profesor Dr. ANDREAS WACKE (\*)

Catedrático de Derecho romano y de Derecho civil, Universidad de Colonia

### ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

- JZ: Juristenzeitung.  
HRG: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte.  
RE: Pauly/Wissowa (dirigido por), Realenzyklopädie der class. Altertumswiss.  
StAZ: Das Standesamt (Revista).  
SZ: Savigny-Zeitschrift, romanist. Abt.

## I. DIFERENCIACION LEGAL EN TORNO AL SEXO

1. «Dios creó al hombre a su imagen y semejanza... lo creó como hombre y como mujer» (*masculum et feminam*, 1. Moisés 1,27). El hombre comparte con los demás seres vivos de orden superior, en particular con los mamíferos, la diferenciación entre un sexo femenino y un sexo masculino. Sin embargo, sólo para el hombre se plantea la cuestión de una diferenciación legal en torno al sexo.

En la actualidad esta cuestión tiene una importancia práctica menor que en el pasado, pues el artículo 3.º de la Ley fundamental de la República Federal de Alemania (1949) prohíbe, de principio, cualquier discriminación, en particular la realizada por razón del sexo. Tal disposición indica que: «Todas las personas son iguales ante

---

(\*) Versión abreviada de un extenso artículo en lengua alemana aparecido en la Festschrift für Generalbundesanwalt Prof. Dr. Kurt Rebmann (München 1989), páginas 861-903. Durante el tiempo en el que fue escrito ese artículo, mi colega y amigo Prof. Dr. Juan de Churrua (Bilbao) se hallaba en mi Instituto como Profesor invitado. A él he de agradecerle algunas importantes sugerencias, en especial en relación a cuestiones de Derecho canónico. La traducción castellana del texto ha sido realizada por el Lcdo. en Derecho y asistente temporal en mi Instituto Guillermo Carbó (Madrid). Una revisión del texto y la traducción de las notas tengo que agradecerélas a la profesora Encarnació Ricart (Barcelona) que las realizó durante su estancia de tres meses en mi Instituto.

la ley. Hombres y mujeres gozan de los mismos derechos. Nadie puede ser perjudicado o preferido por razón de su sexo». El artículo 14 de la Convención Europea de los Derechos Humanos tiene el mismo contenido. La actividad legislativa y jurisprudencial ha transformado desde entonces el mandato de igualdad en una realidad prácticamente total.

Desde 1980 y respecto al Derecho del Trabajo el § 611a del BGB recalca una vez más la prohibición de discriminación. Sólo son admisibles excepciones allí donde las diferencias biológicas entre hombre y mujer lo exijan (1).

2. No obstante, cuanto más retrocedemos en la Historia, mayor desigualdad reina entre las personas (2) y tanto más se diferencian el hombre y la mujer en su status jurídico (3).

En los Derechos germánicos y romano arcaico, la mujer se hallaba sujeta a la tutela por razón del sexo, ya fuera de su marido como de su pariente más próximo (4). Las mujeres no podían ser *pater familias* bajo ningún concepto. Por lo tanto, se hallaban excluidas de la representación legal de sus hijos (incluidos los no matrimoniales) (5). En un principio, también le estaba vedada la posibilidad de adoptar (6). No podían ser testigos en los negocios jurídicos formales (en particular en el otorgamiento de testamento, véase infra II 3c in fine, 5) y tampoco podían representar asuntos litigiosos en nombre de otros frente a los tribunales (7). Por un lado, se consideraba que las mu-

---

(1) Por ejemplo en lo relativo a un embarazo. Sobre ello vid. un reciente trabajo: WACKE/SCHMITZ, art. Schwangerschaft: HRG IV (1989) 1557 ss. con abundante literatura.

(2) La llamada a la *égalité* corresponde a un programa revolucionario. Sobre la historia de esta exclamación ERLER, art. Gleichheit, HRG I (1971) 1702 ff.; el mismo, *Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich* (Hannover 1967); para el mundo antiguo SEIDL, *Röm. Privatrecht* (1963) 4 ff.; WINKEL, *Geschiedenis van het gelijkheidsbeginsel*, en: C. W. MARIS, *Gelijkheid en recht* (Deventer/Zwolle 1968) 99-152; también WACKE, *Die potestiores in den Rechtsquellen*, en: TEMPORINI, *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* II 13 (1980) 562, 603 núm. 200.

(3) Comp. D. SCHWAB, art. Gleichberechtigung der Geschlechter, HRG I (1971) 1696 ff.; URSULA FLOSSMANN, *Die Gleichberechtigung der Geschlechter in der Privatrechtsgeschichte*, Festschr. H. Eichler (Linz 1977) 119-144.

(4) Sobre la *tutela mulieris* y su desaparición en la antigüedad tardía, al igual que sobre la situación jurídica de las mujeres en Roma, puede verse KAESER, *Römisches Privatrecht*, 2.<sup>a</sup> ed. I (1971) 277 ss., 369 ss.; II (1975) 110 s., 119 s.

(5) Con todo algunos rescriptos de Antonino Pio, Marco Aurelio y Septimio Severo (Dig. 43,30,1,3) reconocen a la madre divorciada un limitado derecho de guarda; sobre ello WACKE, *Elterliche Gewalt im Wandel der Jahrtausende*, *Zeitschr. für Familienrecht* 1980, 250 ss.; también en: ECK y otros (dir.), *Studien zur antiken Sozialgeschichte*, Festschr. Fr. Vittinghoff (Köln 1980) 417 ss. Aquí, en la nota 1, puede encontrarse abundante literatura con indicaciones sobre la situación de la mujer en el Derecho romano.

(6) KURYLOWICZ, *Die adoptio im klass. röm. Recht* (Varsovia 1981) 71 ss.

(7) Dig. 3,1,1,5. Como *occasio legis* se indica el descarado comportamiento pleitista de una tal Carfania; este caso se encuentra citado en el *Sachsenspiegel* (antiguo código de Derecho sajón, 1235) LandR 2,63,1.

chachas maduraban sexualmente antes que los muchachos, por lo que eran mayores de edad y capaces de contraer matrimonio dos años antes que éstos, es decir, con 12 años en vez de con 14; pero, por otro lado, las mujeres no respondían en caso de relaciones fiduciarias y otras intervenciones en favor de terceros. Esto último corresponde a los denominados «beneficios jurídicos» para las mujeres (*weibliche Rechtswohltaten*) (8).

Los juristas romanos fundamentaban los motivos de un trato desigual basándose en cierta debilidad del sexo femenino, la «*imbecillitas sexus*» o «*infirmitas (fragilitas) feminarum*». Esto mismo sostuvieron los juristas del siglo XIX, pero no obstante, toleraron algunas excepciones, en primer lugar para las mujeres regentes de entonces, así como en particular para las mujeres dedicadas al comercio (9).

3. Los inconvenientes jurídicos mencionados así como los «beneficios jurídicos» para el bello sexo se transformaron en historia; no obstante, el principio de separación ha permanecido. Con independencia del trato igual o desigual por razón del sexo, la «pequeña diferencia» en el recién nacido, la división en masculino y femenino, es de importancia fundamental, tanto para la persona como para el orden jurídico global y social. Ya en el momento de la inscripción en el Registro civil es necesario indicar el sexo; también el nombre propio debe permitir el reconocimiento del mismo. Los matrimonios homosexuales están prohibidos (9a). En la vida cotidiana podemos encontrar la distinción por razón del sexo en numerosas ocasiones, así por ejemplo, pensemos en los cuartos de aseo separados en los restaurantes y edificios públicos, en las cabinas para cambiarse de ropa, en las duchas emplazadas en piscinas y salas de deportes. Casi todas las escalas de rendimientos en los reglamentos deportivos diferencian entre hombres y mujeres. El Derecho penal distingue delitos sexuales propios de cada sexo, como por ejemplo, los §§ 175, 177 del StGB (Código penal alemán); ejecutándose la pena también por separado. Si finalmente se introdujeran en los parlamentos, partidos políticos y empresas, así como en el Servicio Público regulaciones de porcentajes, o incluso se optara por las mujeres en caso de igualdad de capacidad y rendimiento en su empleo, queda claro que para ello habría que partir en cualquier caso de una certeza completa a la hora de fijar quién es el hombre o mujer en sentido jurídico y biológico.

---

(8) Comp. *anonym*, Die vorzüglichsten Rechte der deutschen Weibsbilder, als Jungfern, Bräute, Ehefrauen, schwanger und gebährend betrachtet (Wien 1791; nueva edición 1966 con Introducción y comentarios de CL. D. SCHOTT).

(9) Representativo GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandekten II (2.<sup>a</sup> ed. 1842) 119 ss.

(9a) En Dinamarca, no obstante y recientemente, se admite la inscripción registral de las parejas homosexuales: véase WÄCKE, *Familienrechts-Zeitschrift*, 1990, 347-351.

El sexo biológico sin duda pertenece, como elemento esencial del ser de la persona, a los presupuestos ontológicos para la creación del Derecho en sí mismo, a aquellos factores de orden real de los que ha de partir la actividad legislativa, y que la condicionan (10). La determinación acerca de la pertenencia a un sexo o a otro corresponde al médico (11). El hecho de que el sexo biológico no se deje fijar siempre con seguridad por la aparición de casos de hermafroditismo (que como se demostrará se remonta a épocas antiquísimas), constituía un factor ya conocido por los especialistas. Lo que permitió hacer comprender a la opinión pública mayoritaria que la actitud psicológica frente al sexo puede no converger con el sexo biológico y que tal predisposición puede llevar a una transformación, es la aparición del fenómeno de la transexualidad, en principio descrita en la ciencia sexual, después, con reservas, por la jurisprudencia y finalmente reconocido por la legislación (12). En el caso de los hermafroditas, como en el caso de los transexuales, el jurista se halla obligado a tomar una decisión. El cambio de sexo sólo se permite en cuatro Estados de Europa occidental, y desde hace poco también en Turquía (comp. infra III 3). Por lo que respecta a la discusión jurídica del fenómeno, no se aclaró del todo la cuestión de qué orden de intereses se protegían en realidad, cuándo el cambio de sexo estaba vedado. En el caso de los hermafroditas, conforme al § 47 de la Ley alemana del estado civil, se permitía el cambio sólo con grandes restricciones. La cuestión planteada se cierne en especial sobre quién o qué es el o lo que sienta los patrones: ¿la biología?, ¿el Derecho? ¿No es más bien el ordenamiento jurídico con su concepción dual del ser de las personas quien los fija y predetermina originariamente? ¿O nos encontramos finalmente ante el triunfo de la psique humana sobre el ser de su propio cuerpo?

El tema no deja de ser de actualidad. Las apariciones periódicas de tales casos en los medios de comunicación no dejan de causar sensación y subrayan su importancia. Coccinelle, transexual francés(a) escribió sus memorias a los 56 años (13). Existen diversas autobiografías que aparecieron con frecuencia en las columnas de las revistas (14).

(10) Sobre esto, en general HEINRICH HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (1964) 160 ss., 166 ss., 293 ss.

(11) H.-G. KOCH, *Transsexualität und Intersexualität*, *Medizinrecht* 1986, 172 ss.

(12) Sobre su evolución, especialmente sobre el problema metodológico de la laguna legal y del consiguiente obstáculo para los jueces, PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen* (1981) núm. marg. 611 ss.; también STAUDINGER-COING/HABERMANN, núm. marg. 13-14 antes § 1 BGB (12.ª ed. 1978); SOERGEL/SCHUTZE-VON LASAU núm. marg. 12-13 antes § 1 BGB (11.ª ed. 1978).

(13) «Coccinelle par Coccinelle» (París 1978); comp. *Corriere della Sera* de 9.4.1987, p. 3: «Yo soy desde la coronilla hasta la punta de los pies completamente una mujer».

(14) *Indicaciones completas en WILL, Geburt eines Menschenrechts: Geschlechtsidentität im europäischen Recht*, *Ged. Schr. Constantinesco* (1983) 912, además ÖTZAN/WILL, *Das neue türkische Transsexuellengesetz* *Festschr.* (1989).

Bibi Andersen es el pseudónimo de un(a) transexual perteneciente al mundo del espectáculo español. «¿Fue Juana de Arco un hombre?» preguntaba el «Frankfurter Allgemeine Zeitung» (15). «La campeona mundial de esquí Erika Schinegger, ahora conocida como Erik Schinegger y transformada en hombre, casado(a) y padre de una niña, devuelve su medalla de oro 22 años después» (16), anunciaban hace poco (noviembre 1988) varias revistas (17). Dentro de las modernas introducciones al Derecho, sólo hemos encontrado una que dedica un espacio, aunque relativamente pequeño, a nuestra cuestión (18).

## II. LA DUDOSA DETERMINACION DEL SEXO

Es interesante afrontar el tema desde una perspectiva histórica, pues el Derecho vigente ha valorado insuficientemente la enseñanza que de ella se deriva. El hermafroditismo humano existe —como veremos— desde que existe la humanidad, aunque no deja de ser un fenómeno aislado. Con frecuencia la fantasía humana se ha ocupado del fenómeno en el campo mitológico. Por ello, este tema se halla relacionado con parte de la historia del espíritu y de la cultura. Los trabajos sobre hermafroditas pertenecen a las curiosidades de la literatura jurídica o forense del siglo XVIII. La extensa bibliografía de Lipenius recoge diversas publicaciones entre 1692 y 1717 (19). El último trabajo de esta serie es la tesis doctoral de Monet, citada por Glück, escrita en latín en Estrasburgo (20). De forma más asequible, en el Diccionario Zedler el artículo «Hermaphroditus» informa sobre las cuestiones más importantes (21). Sin embargo, Glück (loc. cit. p. 118 y s.) y los posteriores tratados de las Pandectas no suministran una información completa.

1. El BGB no contiene ninguna disposición en relación a los hermafroditas. De esta manera permanece fiel a su programa de codifi-

---

(15) Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 218 de 21.9.1981: ROBERT GREENBLATT, biólogo americano considera dudoso el sexo de esta heroína francesa. El cree que dicha heroína genéticamente era un hombre.

(16) Kölner Express Nr. 140 del 22.6.1981: El recién nacido no tenía órganos ni masculinos ni femeninos (un verdadero *neutrum*), probablemente a causa de alguna medicación tomada durante el embarazo.

(17) Por ejemplo, Namibia-Nachrichten del 25.11.88: La deportista dice: «En 1966 yo gané el Campeonato mundial como mujer, pero era, sin saberlo, un hombre».

(18) PAWLOWSKI, Allg. Teil des BGB (3.ª ed. 1987) núm. marg. 205-211.

(19) M. LIPENIUS, Bibliotheca realis juridica (Reimpresión Olms 1970), vol. I p. 56, III p. 20, V p. 658, VI (1823) p. 503, siempre bajo los nombres Hermaphroditus y Androgynus.

(20) PETRUS FRANCISCUS MONET, Dissertatio inauguralis de jure circa hermaphroditos, Argentorati (Estrasburgo) 1788, 13 páginas.

(21) Vol. 12 (1735, Reimpresión Graz 1961) 1723-1726. Comp. art. «Geschlecht», en J. WEISKES Rechtslexikon IV (2.ª ed. Leipzig 1844) 678 s.; ECCIUS, art. «Zwitter», en Fr. HOLTZENDORFFS Rechtslexikon II (Leipzig 1871) 728.

cación consistente en no regular los supuestos extravagantes. El arte de legislar consiste en suprimir los detalles demasiado específicos (22) pues de lo contrario el código se transformaría en un monstruo. Por ello, el BGB ni siquiera recoge una regulación sobre el nacimiento de gemelos (23). Por el contrario, en el Código civil español, así como en el detallado «Allgemeines Landrecht Preussens» (ALR) se hallan reguladas ambas cuestiones. Los cálculos estadísticos indican que de cada 85 nacimientos, uno de ellos es de gemelos (24). Sin embargo, el nacimiento de un hermafrodita es mucho menos frecuente, dándose a conocer con menor frecuencia y si llegara el caso serán más bien los médicos que no los juristas los que serán informados al respecto. Estos han de ser discretos: entrar demasiado en detalles en la elaboración de informes, como es normal para ginecólogos, urólogos (25), o como sería también el deseo de un historiador de la Medicina (26), violaría la natural pudicitia (com. § 172 n.º 1.º de la Gerichtsverfassungsgesetz en el que se ordena que en tales casos la publicidad del proceso sea muy limitada). En esta medida, el jurista confía en los conocimientos cualificados de los médicos. Ahora bien, al margen del atractivo planteamiento médico-jurídico del tema, no debemos olvidar la repercusión a nivel humano: para el propio afectado (incluso para los desgraciados padres en el momento del nacimiento) se trata de un hecho trágico.

Los trastornos sexuales son bastante frecuentes, elevándose a un 2 ó 3 por 100 de los nacimientos. El cromosoma diacrítico Y fija en el momento de la fecundación el sexo masculino. Si el óvulo recibe en vez del cromosoma Y el cromosoma X, el sexo será femenino. Defectos del cromosoma Y provocan el desarrollo de hermafroditas. Es posible que por predisposición genética aparezcan con frecuencia casos de este tipo en una misma familia. Los órganos genitales se desarrollan en ambos sexos partiendo de una base común: La protuberancia genital se transforma en el hombre en el pene y en la mujer en el clítoris. La diferenciación con respecto a los genitales masculinos es un proceso activo dirigido por hormonas. Si este proceso se

---

(22) Ya Teofrastes había dicho esta sabia regla: WACKE, Das Rechtssprichwort: Quod raro fit, non observant legilatores, Jurist. Arbeitsblätter 1987, 75 s.

(23) WACKE op. cit.

(24) Esto es aproximadamente 1,2 por 100. Para trillizos puede valer la frecuencia 1:85<sup>2</sup>, para cuatrillizos 1:85<sup>3</sup> (según la conocida regla de Hellin). Geográficamente estos porcentajes son distintos. La frecuencia inferior de gemelos se da en Japón. Las madres más mayores tiene mayor probabilidad que las jóvenes. Comp. J. MURKEN/H. CLEVE, Humangenetik (3.ª ed. 1984) 103 ss.

(25) Sobre las diferentes formas de intersexualidad, puede verse GÜNTHER KERN, Gynäkologie 4.ª ed. reelaborada de J. BALZER/H. BICKAN (1985) 37-51 con ricas ilustraciones.

(26) TH. HOPFNER, Das Sexualleben der Griechen und Römer (Prag 1938, Reimpresión New York 1975) sobre hermafroditismo y transexualidad p. 441 ss., 449 ss.; comp. HERB. LEWANDOWSKI, Römische Sittengeschichte (Stuttgart 1964) 258 s.

ve alterado, se darán casos de hermafroditismo. Con independencia del sexo genético cada persona tiene una tendencia primaria hacia lo femenino. Esto nos recuerda a las religiones que justifican la aparición de la humanidad con la existencia de una madre ancestral. Jost describió el difícil camino de la diferenciación sexual hacia el ser masculino de la siguiente manera: «Becoming a male is a prolonged, uneasy, and risky venture, it is a kind of struggle against inherent trends towards femaleness» (27). («El desarrollo de lo masculino es una aventura prolongada, difícil y arriesgada, es una especie de lucha contra los impulsos inherentes hacia lo femenino»).

De conformidad con los legisladores del BGB de hecho sólo existen hermafroditas aparentes:

«Con arreglo al actual estado de la ciencia médica, se puede aceptar como válida la inexistencia de personas asexuales o de personas de ambos sexos, es decir, que cualquiera de los llamados hermafroditas es o bien un hombre con trastornos en su aparato genital o bien una mujer con el mismo problema. La máxima del Derecho romano por la que el hermafrodita tendía hacia el sexo que corporalmente preponderase, es acertada aunque deriva de la situación de hecho en sí misma considerada; en tanto en cuanto una u otra de las formas se reconocible: La duda es resoluble por la determinación de tal forma» (28).

Hay que reconocer en favor de los legisladores que en la mayor parte de los casos de intersexualidad nos encontramos frente a meros casos de hermafroditismo aparente. Especialistas en genética humana calculan que el pseudohermafroditismo (llamado feminización testicular (29) como ya fuera advertido para Juana de Arco) aparece con una frecuencia de 1 a 20.000, mientras que la variante femenina más importante (el síndrome androgenital, en las mujeres) incluso con una frecuencia de 1 a 5.000. No obstante, nadie duda ya que la negación del hermafroditismo real hecha por los legisladores del BGB, es falsa. Es cierto que tales casos son mucho menos frecuentes, pero, no obstante, se han descrito aproximadamente 300 desde principios del siglo (30). Así pues, existen por un lado los seres con ambos sexos (*hermaphroditismus verus*), así como los seres asexuales (*gonadismus*). En el caso de la inexistencia de glándulas sexuales (el neutro real), Virchow (1821-1902) ya hablaba del *homo neutris generis* (31).

(27) Citado en MURKEN/CLEVE 28 ss. Existen diferentes factores (desde 7 hasta 9) que determinan el estatus sexual efectivo de las personas. Comp. el resumen en BORNEMANN (op. cit. infra nota. 48) 531 s., E. J. HAEBERLE, Die Sexualität des Menschen (2.<sup>a</sup> ed. Berlín/New York 1985) 9 s.

(28) Motive I 26, en MUGDAN, Die gesammten Materialien zum BGB I (1899) 370.

(29) En un tribunal inferior de Freiburg se vio un caso sobre esto: StAZ 1983, 15 s.

(30) Los informes estadísticos en KERN (op. cit. nota 25) 37, 51.

(31) Comp. KERN op. cit. nota 25; ALFRED SCHNEIDER, Rechtsprobleme der Transsexualität (Diss. Köln 1975) 11 ss. (fundamentos médicos), especialmente 31 s.

Ambos, también los hermafroditas de dos sexos, son estériles (el *utrumque* así como el *neutrum*) (32).

Los legisladores del BGB propusieron para el caso del *non liquet* aplicar las habituales reglas de la carga de la prueba (33). Pero este camino ya no es factible. Una frase como ésta: «Aquél que no sea unívocamente un hombre o unívocamente una mujer, no podrá pretender para sí derechos de hombre o de mujer» no puede llevarse a la práctica; tampoco en el caso de que se sustituya la palabra «unívocamente» por una menos estricta como «preponderantemente» (34). Oertmann (en nota 33) escribió para el caso del hermafrodita real: «Parece que un sujeto de tales características es incapaz para contraer matrimonio, puesto que a tal efecto se precisa de una diferencia de sexos de los contrayentes». Sin embargo, parece difícil admitir la exclusión de los hermafroditas (tampoco de los reales) del campo de aplicación del derecho fundamental a contraer matrimonio. Este punto de vista ya fue planteado por los enciclopedistas franceses (35).

Así, el BGB no aporta ninguna solución para el hermafrodita real. No se pondera la posibilidad de que un ser de tales características se incline por un sexo, se amolde a él y organice su vida conforme a éste. Esta solución ya apareció a lo largo de la historia del Derecho. Marginando tal problema del Código no se obtiene ninguna solución para este conflicto social, siendo la consecuencia de ello una mera y consciente laguna legal.

Tampoco encontramos una disposición en el BGB acerca de los partos fallidos (*monstra*) cuya proximidad con el fenómeno del hermafroditismo comentaremos más adelante (36). De este modo, un jurista con madera de poeta compuso el siguiente verso: «Monstra und Hermaphroditen leben nur im Reich der Mythen» («Los monstruos y los hermafroditas sólo viven en el mundo de los mitos») (37). Sin embargo, los hermafroditas viven en la realidad.

2. Windscheid, uno de los más importantes colaboradores en la elaboración del BGB, escribió: «El Derecho romano no reconoce el sexo hermafrodita» al igual que el BGB (38). La diferenciación entre

---

(32) He aplicado el término latino de acuerdo con DELCOURT/HOHEISEL, art. Hermaphrodit, RAC 14 (1988) 650 ss., 678 s.

(33) Comp. OERTMANN, BGB Allg. Teil (3.ª ed. 1923) Preliminar 2 (in fine) antes § 1.

(34) La regla de la prueba ayuda sólo en ocasiones muy concretas. Por ejemplo, el Principio «*Mulier tacet in ecclesia*». Este principio puede valer como segura expresión del Derecho de la Iglesia Católica, en cuanto a que sólo puede ser ordenado un hombre. Por ello puede no ser ordenado quien no esté en disposición de acreditar este presupuesto.

(35) Comp. MONET (op. cit. nota 20) 10.

(36) MUGDAN (op. cit. nota 28) I 371 s.

(37) G. COHN, Das Bürgerliche Recht in Sprüchen, cit. ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des BGB vol. I (1959) 484, § 84.

(38) WINDSCHEID, Pandekten vol. I (9.ª ed. 1906) p. 240 s. (§ 54); también KUHLENBECK, Von den Pandekten zum BGB (1989) 133 ss. nota 3.

femenino y masculino supone de hecho un sistema binario al igual que el polo positivo y el polo negativo, en sentido lógico una disyunción completa (*divisio* en contraposición a *partitio*) (39); un *tertium no datur*. El cuerpo está irremisiblemente unido a la sexualidad. Sólo «el alma carece de sexo» (40). Esto es válido, de conformidad con el Evangelio, para los que nos abandonaron por su muerte corporal (41), pero para el mundo de los vivos se ha tornado en dudosa pretensión debido a la unidad psicosexual de la persona. La gramática es la única que conoce un género neutro, aunque también los chistes populares: «¿No sabéis que existen tres sexos?» —preguntaba Sidney Smith (42), para luego continuar— «hombres, mujeres y sacerdotes». El clérigo obligado por el celibato aparece en estos términos como sujeto asexual. También los eunucos o castrados eran considerados en la Antigüedad, debido a la amputación de los testículos (*e-viratus*), como no masculinos y afeminados (43).

3. Los griegos denominaban «hermaphroditos» al fenómeno biológico que nos ocupa. Los romanos derivaron de tal concepto el de *hermaphroditus*. Las lenguas románicas tomaron tal expresión en distintas versiones (44), así como también el inglés con «hermaphrodite». La expresión alemana «Zwitter» está emparentada etimológicamente con «zwei» (dos); en sus orígenes el nombre era curiosamente «Zweidorn» («dos espinas») y lo que tiene por significado un ser híbrido. Tal expresión en su sentido de concentración de ambos sexos aparece ya en el siglo XIII, pero es a partir del siglo XVI cuando lo encontramos con este significado exclusivamente (45).

«Mannweib» (hombre-mujer) es una expresión alemana traducida literalmente del griego «androgynos» cuyo significado es equivalente. Actualmente se entiende por tal concepto una mujer de rasgos esencialmente masculinos (amazona). La medicina habla en este caso de *Ginandria* (tendencia hacia lo masculino en lo corporal y en la psi-

(39) D. NÖRR, *Divisio und partitio* (München 1972) 20 ss.

(40) H. e A. BEYER, *Sprichwörterlexikon* (München 1985) 211 (sin Fuentes).

(41) Comp. Lucas 20, 27-40; Mateo 22, 23 ss. Sobre la cuestión de cómo será acomodada la resurrección de los cuerpos con la sexualidad, vide CANCIK, *Zur Entstehung der christl. Sexualmoral*, en SIEMS (infra nota 43) 347 ss., 354 (asexualidad de los ángeles; Jesucristo tenía sólo un cuerpo aparente).

(42) El autor citado era un destacado escritor inglés y pastor anglicano (1771-1845). En inglés original: «Don't you know, as the French say, there are three sexes: men, women and clergymen?».

(43) Comp. DALLA, *L'incapacità sessuale* (infra nota 70); sobre el tema, la recensión de BENÖHR, SZ 99 (1982) 426 ss.; GUYOT, *Eunuchen als Sklaven und Freigelassene in der Antike* (Stuttgart 1980); también la recensión de PAULUS, SZ 101 (1973) 711 ss.; NOCK, *Eunuchs in ancient religion*, en SIEMS (dirigido por), *Sexualität und Erotik in der Antike* (Darmstadt 1988) 58 ss.; también HERTER, art. *Effeminatus*, RAC IV (1959) 621 ss.

(44) DI TULLIO, art. *Ermafroditismo*, *Novissimo Digesto italiano* 6 (1960) 659.

(45) PAUL/BETZ, *Deutsches Wörterbuch; Großer Duden, Herkunftswörterbuch; KLUGE/MITZKA, Etymolog. Wörterbuch*.

que, pese a poseer órganos genitales femeninos); lo contrario se denomina *Androginia* (46).

Hermaphroditos fue en sus orígenes una divinidad híbrida del mundo oriental en la que confluían ambos sexos. Su culto llegó a Atenas presumiblemente desde Siria a través de Chipre donde, no obstante, no era adorada de forma especial. Eran más bien la poesía y las artes plásticas las que se centraban en este ser perfecto. En la mitología griega aparece hermaphroditos como hijo de *Hermes* y de *Afrodita*. La ninfa Salmakis de una fuente de Karien se enamoró de este hermoso joven y para no ser separada jamás de él, imploró a los dioses para que su cuerpo se fundiera en una sola pieza con él. De este modo atrajo al joven indeciso a sus aguas. Ambos cuerpos se fusionaron creándose el ser con ambos sexos tal y como lo describe Ovidio de forma magistral en sus *Metamorfosis* (47):

*Nec duo sint, et forma duplex, nec femina dici  
Nec puer ut possint, neutrumque et utrumque videtur.*

*No son dos, pero sin embargo si tienen una figura doble, no se les puede denominar ni muchacho, ni muchacha, de forma que parecen no ser ninguna de las dos cosas, siendo, no obstante, ambas cosas a la vez.*

De la metamorfosis del que originalmente era un muchacho, se desprende el motivo por el cual el hermafrodita tiene en todos los idiomas el género masculino desde el punto de vista gramatical, incluso en aquellos idiomas antiguos y modernos que conocen el género neutro.

Los escultores de la Antigüedad dieron diversas formas al ser andrógino y la arqueología clásica coleccionó los distintos modelos (48): como durmientes, de pie, a modo de estatuillas, en los frescos pompeyanos, esculpidos en los sarcófagos de piedra o grabados en los sellos de los anillos o finalmente agrupados con otras figuras en un grupo.

La Historia del Arte nos muestra, no obstante, solamente uno de los lados del fenómeno. En realidad la postura de la cultura de

(46) No accesible: NEUGEBAUER, *Hermaphroditismus beim Menschen* (1908); J. SINGER, *Androgyny: Toward a new theory of sexuality* (Londres 1977).

(47) Ovid, *Las Metamorfosis* IV 288-389; traducción detallada reproducida en W. DIEKE, *Die antiken Hermaphroditen*, *Zentralblatt für Gynäkologie* 78 (1956) 889, 898 ss.; Indicación del contenido con otros pormenores en ZEDLERS *Lexikon*, art. *Hermaphroditus*.

(48) Sobre esto DIEKE op. cit.; especialmente MARIE DELCOURT, *Hermaphrodite* (París 1958, traducción inglesa 1961). La misma autora, *Hermaphroditea* (Bruxelles 1966); todo con numerosas ilustraciones; una selección también en: HERB. LEWANDOWSKI, *Römische Sittengeschichte* (Stuttgart 1964) p. 241 s. con ilustraciones pp. 27-30; art. *Hermaphrodit*, DAREMBERG/SAGLIO (dirigido por), *Dictionnaire des antiquités* III (1900) 135 ff.; *Lexikon der Alten Welt* (1965); E. BORNEMANN, *Das Patriarchat* (1976) 636. RAC s. v. *Hermaphrodit* 659 ss.

la Antigüedad respecto a los seres de dos sexos estaba dividida, o al menos en sus orígenes era ambivalente. Por un lado, se supervaloraba el principio de la androginia como unidad perfecta y completa, como la perfección personificada liberada de la libido y que no está supeditada a la existencia de un compañero para su complementación (a). Por otro lado, el nacimiento real de criatura con aspecto de hermafroditas era considerado en la Antigüedad como portador de desgracias, inductor de miedos y como símbolo fatalista. Incluso se quitaba la vida de estos seres, por considerarlos carentes de tal derecho (b).

a) Ideas bisexuales se hallan muy extendidas en la mitología y en el ritualismo de la Edad Antigua; también la etnología moderna tiene mucho que aportar al respecto (49). En un principio aparece frecuentemente una divinidad ancestral y originaria como unidad portadora de ambos sexos, como símbolo de la procreación autónoma, de la capacidad de poder fecundar y parir por sí misma (50). Es más tarde cuando la criatura originaria se separa en cielo y tierra, en sol y luna, en lo masculino y lo femenino. Los principios del Este asiático Yin y Yang, que se complementan en su contraposición, dan un cuerpo simbólico a esta unidad dentro de la ambigüedad (51).

Análogamente a como ocurre en la cosmogenia se representa mitológicamente la aparición de la humanidad. El ser humano original se halla muy próximo a la divinidad agrupando en su persona una figura masculina y otra femenina. Pero éste se levanta contra la divinidad y como castigo a su osadía aquélla le divide en dos mitades. Además queda desterrado de la proximidad de la divinidad. La división simboliza la caída de la armonía esférica a la polaridad terrenal. El nacimiento de una nueva vida se hace depender de la unión de lo separado. La división es una fuente del amor entre los sexos. Lo que una vez estuvo unido tiende a reunirse de nuevo.

En el Symposium de Platon describe Aristófanes el mito de esa criatura originariamente bisexual, con extraordinaria plasticidad (52). También por lo que respecta a la historia de la creación bíblica, la unidad bisexual de Dios y del primer hombre no es un planteamiento desconocido, puesto que si Dios creó al hombre y a la mujer a su imagen y semejanza y si Dios es considerado como una unidad, aparecerá lógicamente como un ser con ambos sexos. Las antiguas edi-

---

(49) Muy detallado HERM. BAUMANN, *Das doppelte Geschlecht: Ethnolog. Studien* etc. (Berlín 1955).

(50) A. BERTHOLET, *Das Geschlecht der Gottheit* (Tübingen 1934); DIEKE (supra nota 47) 889 ss.

(51) Comp. M. LURKER, *Der Kreis als Symbol im Denken, Glauben und künstlerischen Gestalten* (Tübingen 1981) 133 ss.; FR. CAPRA, *Wendezeit: Bausteine für ein neues Weltbild* (Bern/München 1985) 35 s., 40 ss. passim.

(52) PLATON, *Symposium* cap. XIV-XVI; trad. de B. SNELL y otros (1953); comentado por BAUMANN (supra nota 49) 176 ss.; DIEKE (nota 47) 894 s.

ciones de la Biblia tradujeron en realidad: «El (Adán) fue creado a la imagen y semejanza de Dios como ser masculino y femenino». Y en vez de hablar de la costilla que tomó Dios de Adán para crear a Eva (1. Moisés 2,2 y ss.) también se puede traducir: «y tomó de él uno de sus lados». En la Teología judía y la cristiana se enseñó realmente, y durante largo tiempo, que Adán era en un principio un hombre-mujer (53).

b) El nacimiento de un bebé con figura de hermafrodita se incluía por los romanos dentro de la categoría de partos fallidos. De hecho tales deformaciones derivan de los trastornos de la natural diferenciación de sexos. Los partos fallidos de figuras antinaturales, los así llamados monstruos, se consideraban como deformaciones que inspiraban miedos (*prodigia, portenta, ostenta*). Eran un presagio de desgracias próximas y como consecuencia de la extensión de las creencias en prodigios (54), eran eliminados en ceremonias de purificación. Este cruel aspecto del fenómeno es ocultado con frecuencia por la arqueología clásica y por la historia de los sexos.

Un bebé recién nacido sólo era considerado como ser capaz jurídicamente si se cumplían las condiciones de viabilidad (55). La eliminación de los recién nacidos muy desfigurados ya fue dispuesta por Rómulo. Para ello los padres habían de solicitar la opinión de cinco testigos entre sus vecinos (56). Por su aspecto antinatural recibían la denominación de «monstruos», es decir, señales de advertencia o indicaciones de los dioses acerca de una desgracia amenazante (57).

La medicina y la jurisprudencia del mundo occidental se ocuparon vivamente hasta bien entrados los siglos XVII y XVIII de los *monstra* (58). En la época de las persecuciones de herejes, las relaciones

(53) Documentado en DIEKE 894 s. Parcialmente crítico DELCOURT/HOHEISEL, RAC art. Hermaphrodit 666 s., con indicaciones de DIETRICH, Der Urmensch als Androgyn, Zeitschr. f. Kirchengeschichte 58 (1939) 313 ss.

(54) R. BLOCH, Les prodiges dans l'antiquité classique (París 1963).

(55) IMPALLOMENEI, Vitalità e forma umana come requisiti essenziali della personalità, Iura 22 (1971) 117 ss. Lo mismo en art. 30 C.c. español; art. 725 C.c. francés; comp. WACKE, Jurist. Arbeitsblätter 1981, 550; OGRIS, art. Lebensfähigkeit, HRG I 1657.

(56) RICCOBONO (dirigido por), Fontes Iuris Romani antejustiniani I (1941) p. 6, comp. 35; KASER, Röm. Privatrecht I (1971) 61 s., notas 7-9. SENECA escribió: «Extingamos los fetos portentosos, también los hijos débiles o monstruosos, ahoguémoslos; no como producto de la ira, sino más bien de la razón, con el fin de separar los inútiles de los sanos». (De ira 1,15,2); comp. DALLA, Status e rilevanza dell'ostentum, en: Sodalitas, Scritti in onore di A. Guarino II (Napoli 1984) 519 ss.

(57) «*Quod monstret futurum*» según Festus 138; WALDE-HOFMANN, Lat. etymolog. Wörterbuch II (3.ª ed. 1954) 109 s.

(58) Comp. F. MAROI, L'interpretazione dei monstra... secondo G. B. Vico, en MAROI, Scritti giuridici II (1956) 659-672. AMBROISE PARÉ (1509-1590) escribió una obra completa con ilustraciones médicas: «De monstres et prodiges» (París 1575). Recientemente se ha publicado en España una traducción con introducción de I. MALAXECHVERRÍA, Monstruos y prodigios (Madrid 1987); crítica en «La Vanguardia» (Periódico) de 6-11-1987. Comp. también el extenso art. «Missgeburt», Zedlers Universal-Lexikon vol. 21 (1739, Reimpresión Graz 1961) 486-492.

antinaturales con animales, se castigaban, como sodomía, con la muerte en la hoguera. Ello era debido al miedo metafísico al nacimiento de seres híbridos entre el ser humano y los animales. El animal en cuestión parecía asimismo en esa hoguera para desterrar así todo peligro (59). La conocida caracterización de Samuel Pufendorf del Sacro Imperio Romano-Germánico como «*aliquod corpus irregulare et monstro simile*» (60) tenía una connotación que hoy es difícilmente perceptible. Su existencia aparecía como algo digno de ser suprimido.

Como ya cuenta Plinio, dentro de los monstruos también se incluían los hermafroditas (61). Los redactores romanos de los Anales informan (indicando las fechas exactas) que entre el año 207 y el año 95 a. C. nacieron 11 hermafroditas (62). Conforme a un decreto de los sacerdotes se les introducía vivos junto a una bestia (como una serpiente) en un cesto o en un saco y se les hundía en el mar o en un río (63). En la ceremonia de purificación (*lustratio*) que seguía, tres coros de 9 vírgenes se paseaban a través de la ciudad.

La supresión de esta cruel costumbre de eliminar la vida de estos seres fue un paso hacia la humanización. Ya con Aristóteles que se ocupó detalladamente de los monstruos en el reino animal, no es posible encontrar ningún rastro de las creencias míticas de influjos superterrenales en su nacimiento. Para Aristóteles tales fenómenos no eran más que accidentes de la naturaleza en la concepción o en el nacimiento (64) explicables casualmente. La Jurisprudencia romana distinguió correctamente entre las deformaciones corporales y los partos de bebés carentes totalmente de figura humana (65). La cuestión no aclarada por esta Jurisprudencia en cuanto a la línea divisoria que media entre ambos fenómenos, fue decidida en el siglo XIX, en el sentido de que al menos debía existir una cabeza con forma humana (66). Los legisladores del BGB no consideraron necesaria una dis-

(59) Art. 116 de la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532); BUCHHOLZ, *Rechtshistor.* Journal 5 (1986) 134 s.

(60) Comp. WILLOWEIT, art. Pufendorf, HRG IV (1985) 107.

(61) PLINIUS secundus, *Naturalis historiae* libro VII (antropología), traducción alemana de P. KÖNIG/G. WINKLER (Munich 1975): *Gignuntur et utriusque sexus quod hermaphroditos vocamus, olim androgynos vocatos et in prodigiis habitos, nunc vero in deliciis*. «Se alumbran también personas con dos sexos, antes se llamaban andróginos y se contabilizaban entre los prodigios; pero ahora se ven en los espectáculos». HOPFNER p. 445 traduce «*in deliciis habitos*» como «objeto de placer».

(62) Especialmente IULIUS OBSEQUENS, que (extraído de Livio) deja una obra póstuma sobre los *prodigia*; comp. RE 17,2 (1937) 1.743 s.

(63) La conocida *poena cullei*; sobre esto BRUNNENMEISTER, *Das Tötungsverbrechen im altröm. Recht* (Leipzig 1887) 185 ss., especialmente 195 s.; E. NARDI, *L'otredel parricidi e le bestie* include (Milano 1980) especialmente 47 ss. nota 6.

(64) P. LOUIS, *Monstres et Monstruosités dans la biologie d'Aristote*, en: *Le monde Grec, hommage à Cl. Préaux* (Bruxelles 1975) 277-284.

(65) DALLA (supra nota 56).

(66) Detallado GLÜCK II (supra nota 9) 70 ss.; SAVIGNY, *System des heutigen Röm. Rechts* II (1840) 9 s.; también KOCH, *Kommentar zum ALR* (8.<sup>a</sup> ed. 1884) I p. 82, observación 18 a I 1 § 18. Todas estas opiniones se basan en un texto del Jurista

posición como la que contiene el Allgemeines Preussisches Landrecht I 1 §§ 17 y 18 (67). Debido a la catástrofe producida con el medicamento «Contergan» en los años 1960, se hizo necesario plantear de nuevo la cuestión de la línea divisoria: «En el caso de darse una cabeza humana los recién nacidos habrán de ser alimentados y mantenidos con vida el máximo tiempo posible» (como ordenaba el ALR).

c) Tras la superación del arcaico ritual para su eliminación se possibilitó así la vida para los hermafroditas. Las meras deformaciones de las extremidades no implican la calificación de *monstra*. Algunos hermafroditas representados por las artes plásticas, lo están de una forma tan detallada que su creador no ha podido realizarlos sin la presencia de un modelo natural (68). Incluso Favorinus de Arles, el conocido sofista del siglo II d. C., era un hermafrodita (69). Para los juristas romanos la existencia de hermafroditas es una realidad. Justiniano recogió tres manifestaciones de juristas clásicos tardíos en el Digesto, una general y dos referentes a cuestiones concretas de tipo técnico. Dichos textos mantienen una opinión unánime al dejar decidir a los caracteres sexuales preponderantes (70). Es seguro que en aquella época carente de conocimientos médicos fundamentales, el aspecto exterior era lo determinante (71).

La primera manifestación considerada como general corresponde a Ulpiano: presumiblemente se refería a cuestiones hereditarias (72):

Dig. 1,5,10 (Ulpianus libro 1 ad Sabinum) Quæritur: hermaphroditum cui comparamus? et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praeualet.

Se pregunta: ¿qué sexo atribuimos al hermafrodita? Y pienso que ha de ser estimado el sexo que en él parezca prevalecer.

El Derecho romano distinguió entre hombres y mujeres a efectos del otorgamiento de testamento, así como a efectos de adquisición

Paulo sobre el Derecho romano de sepulcros, Dig. 11,7,44 pr., donde se decide en un caso de la sepultura de un muerto dividido en partes y enterrado en lugares distintos *illum religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est caput, cuius imago fit, unde cognoscimur*.

(67) MUGDAN (supra nota 28) I 371 s.

(68) DIEKE (supra núm 47) 906 contra WINCKELMANN.

(69) El nació como hermafrodita: no era un eunuco (*non castratus, sed sine testiculis natus*); pero ello no fue obstáculo para que, ya en su madurez fue acusado de haber mantenido relación adúltera con la esposa de un consul; comp. W. SCHMID, RE 6 (1909) 2.078 ss.; HOPFNER (supra nota 26) 446 s.

(70) Sobre estos tres textos, comp. LANFRANCHI, Studi Volterra IV (Milano 1971) 131 s.; DALLA, L'incapacità sessuale in diritto romano (Milano 1978) 152, 158 s. con nota 78; el mismo (supra nota 56) 522.

(71) «That sex which is prevalent in his or her make-up»: así, parafraseando, se encuentra en la traducción inglesa del Digesto dirigida por A. WATSON (1985) D. 1,5,10.

(72) El libro primero de Ulpiano ad Sabinum trata de la *testamenti factio*; comp. LENEL, Palingenesia iuris civilis II 1.019 ss. La colocación del fragmento por LENEL (Nr. 2.435) es discutible.

de la herencia (73). En tal contexto tenía que plantearse forzosamente la cuestión (no sólo de tipo académico) acerca de la inclusión de una de ambas categorías para los hermafroditas. En la respuesta llama la atención su formulación reservada (*et magis puto*): ¿pretendía Ulpiano excluir otras soluciones ponderadas? Es seguro que no tenía intención de permitir un tercer sexo. Más bien parece que los privilegios masculinos sólo se reservan para las personas que sean hombres sin ninguna duda y no a «semihombres». No obstante, se eligió un término medio de forma que los hermafroditas no quedaran totalmente excluidos de los privilegios reservados para los hombres. El impotente por causa natural no tiene ninguna limitación legal; no así el castrado, dado que su incapacidad para procrear tiene su causa en una intervención artificial. Esto lo indica Ulpiano en los siguientes párrafos de un texto, extremadamente útil para nuestra cuestión, también esta vez respecto a un tema de carácter sucesorio:

Dig. 28,2,6 (Ulpianus libro 3. ad Sabinum) *pr.* Sed est quaesitum, an is, qui generare facile non possit (74), postumum heredem facere possit. et scribit Cassius et Iavolenus posse: nam et uxorem ducere et adoptare potest. spadonem quoque posse postumum heredem scribere et Labeo et Cassius scribunt: quoniam nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est. § 1. Sed si castratus sit, Iulianus Proculi opinionem secutus non putat postumum heredem posse instituire, quo iure utimur. § 2. Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevallebunt, postumum heredem instituire poterit.

También se preguntó si puede instituir a un póstumo el que no es fácil que pueda engendrar. Casio y Javoleno escriben que sí, porque se puede casar y adoptar un hijo. También escriben Labeón y Casio que el impotente puede instituir heredero a un póstumo, porque para esto no es obstáculo ni la edad ni la esterilidad. § 1. En cuanto al castrado, opina Juliano, siguiendo el parecer de Próculo, que no puede instituir al póstumo, y así se observa. § 2. El hermafrodita al contrario podrá instituir al póstumo si predomina en él el sexo masculino.

El texto habla por sí mismo: Ni la falta de potencia para concebir ni la esterilidad absoluta excluyen la posibilidad de que un hombre nombre heredero a un *postumus*. Tras el otorgamiento del testamento se puede adoptar válidamente (75), así como contraer matrimonio.

(73) La capacidad de testar sólo la tenía el *pater familias*. Las mujeres originariamente no podían testar; más tarde sólo lo podían hacer con especiales formalidades. Los herederos testamentarios de las esposas de los ciudadanos acomodados, estaban igualmente limitados. En el período tardo-clásico estas limitaciones dejaron de estar en vigencia. Vid. KASER, *Römisches Privatrecht I* (2.<sup>a</sup> ed. 1971) 682 ss.

(74) «*Facile*» puede no ser eliminado, de lo contrario Ulpiano habría dicho dos veces lo mismo. Acertadamente MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus* (1982) 266 s.

(75) «*Postumus*» es el que nace después de la muerte del padre. En sentido más amplio también puede significar el nacido o adoptado después de otorgar el testamento.

Sin embargo, un eunuco no puede realizar ninguna de las dos cosas: es discriminado conscientemente. Un hermafrodita, por el contrario, no sufre sus inconvenientes: si conforme a su aspecto exterior se le puede calificar como hombre, podrá (como se deduce del texto precedente) incluso contraer matrimonio y adoptar válidamente (76).

No obstante, en las Sentencias de Paulo, que conforme a la opinión mayoritaria pertenecen a la época postclásica, nos encontramos con una dirección distinta en cuanto a la concepción jurídica del hermafrodita; el texto también se refiere a una cuestión de orden sucesorio:

Fig. 22,5,15,1 (Paulus libro 3. sententiarum). Hermafroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit.

El que pueda intervenir en un testamento el hermafrodita depende de su apetito sexual.

Conforme a una antigua regla, sólo se permite actuar como testigos de un negocio jurídico a los hombres (77). La libido predominante sería decisiva para determinar el sexo del hermafrodita, dice Paulo. La prueba de ello era una cuestión delicada. No se exigía una potencia regular de los órganos sexuales del hermafrodita; parece que bastaría el mero apetito sexual. Si seguimos este criterio en serio, los hermafroditas que carecieran de impulsos internos, quedarían excluidos de la posibilidad de ser testigos negociales. No parece que se haya seguido esta línea. Quizá se daban por satisfechos con asegurarse de cuál era el sexo con el que el hermafrodita se sentía más identificado y que se confirmaba en el actos que éste exteriorizaba. La pregunta acerca de la sensación interior incluye una subjetivización notable. El Derecho canónico suscribió tal postura con posterioridad partiendo de esta idea.

En la Antigüedad se sabía que una castración no implicaba siempre la pérdida de la libido. Pero aun así, los eunucos no quedaban por ello liberados de las desventajas jurídicas que ello acarrea. También la Iglesia cristiana en sus principios estaba en contra de una castración de hombres que con ello querían asegurar su voto de castidad. Los eunucos, no obstante, tuvieron que hacer frente a grandes dificultades en los comienzos de la cristiandad (78).

(76) Comp. LANFRANCHI (supra nota 70) 132.

(77) KASER, RP I<sup>2</sup> (nota 73) 683. Análogo el Derecho germánico: GRIMM, Deutsche Rechtsaltertümer I (4.<sup>a</sup> ed. 1899, reimpr. 1965) 563.

(78) Por ejemplo ORIGINES (aprox. 185-253 d. C.), según indica EUSEBIO, Obispo de Cesarea (Palestina), Historia ecclesiastica 6, ed. E. SCHWARTZ, Sources Chrétiennes 41 (Paris 1955), cap. 7. Además *Justinus Martyr, Apología* 1, 29 = I. G. T. DE OTTO, Corpus Apologetorum Christianorum saeculi II, vol. 1 (3.<sup>a</sup> ed. Jena 1876) 88 ss. Sobre esto J. DE CHURRUCA, Un episodio de la Apología de San Justino y la represión de la castración en el siglo II, en: Estudios Deusto 14 (1966) 429-443. El concilio de Nicea (325 d. C.) prohibió la autocastración: RAC s. v. Hermaphrodit col. 680.

Los hermafroditas que aparentaban el sexo masculino, gozaron, en el Derecho antiguo, en síntesis, de una posición mucho más favorable que los eunucos.

4. La exclusión de las mujeres de la posibilidad de ser testigos en actos solemnes como por ejemplo en la constitución de testamentos parece inapropiada. Suprimir este impedimento jurídico hubiese supuesto un paso adelante hacia la igualdad de sexos. No obstante, esto no ocurrió hasta el siglo XVIII como consecuencia de la influencia del Derecho natural (79). La «Reichsnotarordnung» de 1512, totalmente influida por el Derecho romano, mantuvo la anterior situación también de conformidad con los antiguos Derechos germánicos. Sobre la base de este Ordenamiento, no podían ser testigos en un testamento «la mujeres; tampoco los hermafroditas, es decir, los que se han desarrollado con atributos masculinos y femeninos y prevalece en ellos lo femenino». Así se tomaba claramente el principio expresado en Dig. 22,5,15,1 (80).

En el Código civil sajón de 1863/65, en el parágrafo 46, podemos encontrar la diferenciación en orden a los atributos predominantes:

Por regla general, la diferencia entre los sexos no justifica una desigualdad de derechos civiles. Una persona cuyo sexo sea dudoso se encuadra en aquel sexo que predomine en ella.

Esta solución, que también los padres del Código civil alemán consideraron como la más acertada (comp. supra 1), no sirve para el caso de hermafroditas reales o para casos donde la determinación sea dudosa. El Codex Maximilianeus civilis bávaro de Kreittmayr de 1756, contiene para este caso una solución (que había tenido anteriormente vigencia durante largo tiempo y que se perdió en el desarrollo posterior de la discusión), en Parte I, capítulo 3 § 4 número 2:

Los hermafroditas serán considerados como pertenecientes a aquel sexo que prevalezca de conformidad con el consejo y la opinión de los entendidos; pero si no se advierte una prevalencia, han de decidirse ellos mismo por uno de los dos sexos, no pudiendo separarse de tal decisión bajo *poena falsi*.

El derecho del hermafrodita a elegir entre uno y otro sexo fue una solución autóctonamente desarrollada por el Derecho canónico. El Decretum Gratiani acogió en principio el pasaje del Digesto sobre la capacidad de los hermafroditas para ser testigos en un testamen-

---

(79) G. WESENER, Geschichte des Erbrechts in Österreich (1957) 151.

(80) Reichsnotarordnung 1.512, I § 6, en SCHMELZEISEN, Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte II 1, Polizei- und Landesordnungen (1968) 102 con nota 60 s. (p. 115); comp. SCHMELZEISEN, Polizeiordnungen und Privatrecht (1955) 163.

to (81). Los Glosadores aplicaron analógicamente esta línea de argumentación en relación con su capacidad para contraer matrimonio (cuestión con respecto a la que el Derecho antiguo sólo había tomado una postura implícita, pero no expresa, com. supra 3c en relación con Dig. 28,2,6 § 3): Debido a la prohibición de matrimonios entre personas del mismo sexo, una mujer sólo puede contraer matrimonio con un hermafrodita preponderantemente masculino y viceversa. Si no se respeta tal disposición el matrimonio será nulo (82).

El proceso de Grand-Jean (antes de 1780) fue un litigio célebre. Por tratarse de un hermafrodita aparente y haber contraído matrimonio en igualdad de sexos fue condenado en Lyon a recibir bastonazos y al destierro permanente. No obstante, el Parlamento parisiense le rehabilitó —pues actuó de buena fe— y debido a su impotencia sexual *utroque sexu* no apreció ningún abuso en el matrimonio (83).

Buchholz describió detalladamente el matrimonio en igualdad de sexos en Sajonia hacia 1725 entre un *putativus maritus* (no parecía tratarse de un hermafrodita) y una *vera fémína* (84).

El proceso más largo fue el de la Santa Rota romana por una declaración de nulidad en un matrimonio celebrado en 1855. Ya en la noche de bodas, Johannes C. se percató de un atributo sexual anormal en su Faustina. Durante 11 años el desgraciado marido intentó procrear con su mujer en vano (*coniugalibus officiis operam dantes et quidem quam saepissime*) y en particular *non certe defectu viri, sed ob miram et omnino insuetam conformationem mulieris*. El primer proceso que comenzó en 1866 se prolongó hasta 1870. En 1884 Johannes trató de obtener de nuevo la declaración de nulidad de matrimonio. En marzo de 1888 autorizó el Tribunal papal una investigación de la demandada por tres especialistas en Medicina que llegaron a los siguientes resultados: 1. *Putata uxor esse sexu masculino*, 2. *aptam non esse matrimonii consummationi qualis femina*, 3. *hujusmodi impotentiam esse antecedentem matrimonii celebrationi (nempe a. 1855), perpetuam atque insanabilem*. Tras ello, Roma declaró en agosto de 1888 la nulidad del matrimonio (85).

Si no se puede determinar un sexo preponderante, es decir, si sus órganos parecen apropiados para desarrollar ambas funciones sexua-

(81) Decr. Secunda pars Causa 4 quaestio 2 canon 3 § 22; en FRIEDBERG, *Corpus Iuris Canonici I* (1879/Reimpr. 1959) 540. El Derecho judío, en cambio, consideraba a los hermafroditas como incapaces para ser testigos: FREISEN (infra nota 86) 343 nota 49.

(82) Análogamente el Derecho alemán vigente: En la unión de dos personas del mismo sexo no hay matrimonio: OLG Frankfurt NJW 1976, 1.800 = StAZ 1977, 12 s.; comp. (críticamente) BUCHHOLZ (infra nota 84) 119.

(83) MONET (supra nota 20) 12 s.; ulteriores indicaciones en LIPENIUS (supra nota 19) IV 503 nota 3: «El proceso de Grand Jean, una deshonra maldita del Sacramento del matrimonio en Lion, en *Berühmte Rechtshändel* (célebres pléitos).

(84) BUCHHOLZ, *Liebesglück und Liebesleid in Sachsen*, *Rechtshistor. Journal* 5 (1986) 119-137.

(85) 22 páginas (con un extenso fundamento del juicio), en: *Acta Sanctae Sedis* 21 (1888) 482-502. Resumen en SANTI (infra nota 86) 278.

les, el hermafrodita está obligado por el Derecho canónico a decidirse expresamente por una de ellas, y a jurar que en adelante no hará uso de la otra. Esta solución fue aplicada por vez primera, como cuenta Henricus de Segusia, quien murió en 1271 como cardenal Hostiensis en Susa, en relación a un caso real del obispo de la Diócesis de Turín. Un hermafrodita fue a visitar al Cardenal en su villa y obtuvo la dispensa para contraer matrimonio con una mujer, después de que jurara no hacer uso de su función sexual femenina (86).

Los juristas del *Usus modernus* siguieron esta línea de planteamiento. El juramento se hacía necesario pues con el se evitaban los problemas que podían surgir con los cambios. «Pues sería “*monstruosum*” hacer uso de ambos sexos a la vez» (87). Algunos juristas opinaban que el análisis del cuerpo era innecesario: bastaba con que el hermafrodita jurara cuál de los dos sexos sentía con mayor intensidad. La opinión mayoritaria —compartida por Samuel Stryck y Benedict Carpzow— exigía, no obstante, una *inspectio corporis* por los peligros de un perjurio y de un fraude para el futuro conyuge (88), salvo en el caso de un *periculum animae* acuciante (89).

5. El Codex bávaro *cit.* contemplaba una conducta contraria al sexo elegido como un delito de falsedad. Este *crimen falsi* del Derecho penal común equivale a un conjunto de diversos tipos penales modernos, como son estafa y falsificación de documentos y monedas. En nuestro caso se trataría de perjurio, más concretamente de la inobservancia de un juramento promisorio; un delito execrable según la Jurisprudencia canónica de la confesión (90). En muchas ocasiones fuentes diversas hacen referencia a los severos castigos inflingidos a los hermafroditas, tras un cambio en sus funciones sexuales, que en los tiempos de las quemas de brujas consistían precisamente en la muerte en la hoguera.

Según un informe de Darmstadt de 1527 un hermafrodita fue bautizado en principio con el nombre de Elisabeth. Más tarde se condujo como un hombre y se hizo bautizar como Johannes, finalmente murió como mujer en la hoguera (91). En 1603, en París fue colgado en el patíbulo un hermafrodita y su cadáver fue incine-

---

(86) Véase para todo ello J. FREISEN, *Geschichte des kanon. Eherechts* (2.<sup>a</sup> ed. 1893/Reimpr. 1963), 343 s.; más amplio FR. SANTI, *Praelectiones juris canonici* (3.<sup>a</sup> ed. por M. LEITNER) vol. IV (1899) p. 276 ss.: *Quare in jure canonico valebat principium: Hermaphroditus considerandus est juxta sexum praevalentem. At quando uterque sexus videbatur aequaliter potens, hermaphrodito debatur optio ita ut electo uno sexu alteri deberet abjurare in perpetuum.*

(87) ZEDLERS *Lexikon* op. cit. (infra nota 94) in conexión con CARPZOW y STRYCK.

(88) Justificación en MONET (supra nota 20) 11.

(89) SANTI/LEITNER op. cit. (nota 86).

(90) Arts. 107-115 en la Constitución Carolina; explicación detallada en DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter* (1931) 501 ss., 526 ss.; más resumido en RÜPING, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte* (1981) 29 s., 45.

(91) STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts* I (2.<sup>a</sup> ed. 1882) 283 nota 6.

rado en la hoguera, *qui ab electo sexu discesserat* (92). En 1620 se torturó y ejecutó a un «wifman» (hombre-mujer) que habiendo estado unido primero a un hombre, se desposó más tarde con una mujer de edad, mediando engaño. En 1686 se procesó a una persona que primero tuvo y amamantó a sus niños, pero que más tarde preñó a muchachas jóvenes (93).

La quema en la hoguera nos recuerda fatalmente los arcaicos ritos de purgación de la época anterior a Cristo (supra 3b). La posterior jurisprudencia ilustrada consideró que el castigo con la pena de muerte era demasiado severo. No obstante, los juristas opinaban que un cambio del papel sexual era en cualquier caso ignominioso (94), pero el matrimonio contraído por un hermafrodita viudo con un nuevo cónyuge —esta vez del otro sexo— se consideraba válido.

6. El Derecho canónico considera al hermafrodita preferentemente en relación con el Derecho matrimonial. Parte, por tanto (como el Codex bávaro) de que el hermafrodita puede elegir su función sexual por sí mismo y bajo juramento, sin que se fije una edad mínima especial. No obstante, esta decisión se ha de tomar por diversos motivos con mucha anterioridad. Ya en el bautizo se plantea la cuestión práctica de si se le ha de atribuir al niño un nombre femenino o masculino. Hacia 1800 los médicos partieron de que un hermafrodita «perteneía en realidad al sexo femenino y que su masculinidad no era más que una apariencia» (95). Esto se corresponde con los actuales conocimientos acerca de genética humana, y amparándose en ellos se predica la existencia de una tendencia primaria en todos los individuos hacia el sexo femenino (comp. supra 1). No obstante, conforme a los juristas del *Usus modernus*, en caso de duda debía considerarse al niño hermafrodita como de sexo masculino (96), pues el sexo masculino tenía la consideración de ser el más elegante (97). Por ello, debía ser bautizado con el nombre de un hombre (98), en especial con objeto de mantener sus derechos de orden sucesorio.

En la época de la Ilustración y del Humanismo la concepción de la preponderancia del sexo masculino perdió su fundamento. El Co-

(92) MONET (supra nota 20) 12.

(93) Los dos últimos hechos (con otros pormenores) en HOFFER, *Altville im Sachsenspiegel* (Halle 1870) 17 s. (nota).

(94) ZEDLERS *Lexikon* art. *Hermaphroditus* vol. 12 (1735) col. 1.725; igualmente SÁNCHEZ, citado según MONET (supra nota 20) 12.

(95) G. A. BIELITZ, *Praktischer Kommentar zum preuss. ALR I* (Erfurt 1823) 233 (ad ALR I 1 §§ 19 ss.).

(96) ZEDLERS *Lexikon* art. «*Hermaphroditos*» XII (1735) col. 1.724 s.

(97) El sistema germánico de composición de la pena preveía una penalidad más grave cuando el afectado era del sexo masculino que cuando era del femenino; RUD. HÜBNER, *Grundzüge des deutschen Privatrechts* (5.<sup>a</sup> ed. 1930/1969) 72 (§ 9).

(98) ZEDLERS *Lexikon* art. «*Zwittertaufe*» vol. 64 (1750) col. 1.747, apelando a Aristóteles, para el que la sexualidad más preponderante debe ser elegida con preferencia a la más latente.

dex bávaro declaraba programáticamente al inicio del Derecho de Personas, un siglo antes que el BGB sajón (comp. supra 5): «Ninguno de ambos sexos tiene preferencia sobre el otro...»; asimismo el ALR prusiano (1794) I 1 § 24.

El ALR no sienta ninguna presunción de masculinidad, sino que encuentra otra solución que se corresponde más con la justicia y con la igualdad. En su parte I título I contiene en relación con nuestra pregunta disposiciones muy detalladas:

§ 19. Cuando nace un hermafrodita son los padres los que determinan el sexo sobre la base del que recibirá su educación.

§ 20. No obstante, una vez alcanzados los 18 años de edad, le corresponde a la persona de aquellas características la libre elección de determinar a que sexo pertenece.

§ 21. Conforme a esta elección quedarán perfilados sus derechos en el futuro.

§ 22. Si los derechos de un tercero dependen de un presunto hermafrodita, el primero podrá solicitar una investigación por un perito.

§ 23. El dictamen del perito es el determinante, incluso contra la elección del hermafrodita y la de sus padres.

Esta regulación de corte Salomónico equivale en el plano jurídico-técnico a la de la Ley alemana acerca de la educación religiosa de 1921: Primero deciden los padres legitimados para ejercer el derecho de guarda mediante su decisión unánime (§ 1). Alcanzada determinada edad es el niño quien decide al respecto (§ 5). La madurez religiosa que tiene lugar antes de la mayoría de edad, se corresponde en cierta medida a una «especie de madurez de determinación de la sexualidad» en el ALR. También ésta aparece antes de la mayoría de edad general (24 años según el ALR I 1 § 26). La frontera de los 18 años equivalía a la *plena pubertas* del período romano tardío; coincidía prácticamente con la madurez matrimonial del hombre (18 años según el ALR II 1 § 37), siendo 14 años para las mujeres. La frontera de los 18 años parece haber sido fijada correctamente, pues el proceso de madurez desarrollado en la pubertad culmina en ese momento. Es necesario un derecho propio de determinación que permita revisar la temprana y ajena determinación realizada por los padres, debido a que ésta podría no corresponderse ya con la realidad, debido a los eventuales cambios producidos en los elementos sexuales secundarios. Para la elección propia bastaban actos de tipo concluyente como hacer uso de ropaje masculino o femenino (99). La decisión que se hubiera tomado tenía la consideración de irreversible, intención que

---

(99) DERNBURG, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts I (5.ª ed. 1894) § 48 nota 8. Por el contrario, proponiendo una formalidad para este importante acto KOCH, Kommentar zum ALR (8.ª ed. 1884) nota 20 ad § 23, I 1.

los redactores de la ley trataron de reflejar en el § 21 (100). No obstante, a diferencia del Codex bávaro, no se hallaba prevista ya ninguna sanción, en particular ninguna tan severa como en su día preveía el Derecho canónico. La elección de los padres o la propia no debía regirse obligatoriamente atendiendo a las características preponderantes. Los derechos de terceros, sin embargo, no podían verse perjudicados por una decisión que los contraviniera según los §§ 22 y 23. Se pensaba con ello en particular en las cuestiones de tipo matrimonial, o en la preferencia conferida al hombre en el Derecho de sucesiones. La masculinidad simulada es un motivo frecuente de relatos novelados.

Se puede concluir lo siguiente: La regulación del ALR es una solución desarrollada, ponderada, y bien meditada por la jurisprudencia del Usus modernus, tomada del Derecho canónico (101). Partiendo de la libertad de autodeterminación del sexo para estos sujetos, que sólo provisionalmente es ejercida por los padres, protege la intimidad personal, y exige la *inspectio corporis* sólo en aquellos casos en que haya en juego intereses de terceros.

7. En la Historia del Derecho no hallamos mención alguna de las operaciones transexuales (102). La terapéutica actual para los niños hermafroditas es la adaptación a uno de los dos sexos para que en el futuro se halle encuadrado sexual y sociológicamente de la mejor forma (103). La cuestión de determinar el sexo más apropiado se reconduce a una mera funcionalidad. La meta a alcanzar no depende de la estructura de los cromosomas, sino más bien del aspecto exterior de los genitales. Los niños cuyos testículos se hallen en el interior del abdomen y que tengan cromosomas masculinos serán inscritos, no obstante, como niñas. Pasados los 3 o 4 años de edad se considera —por motivos de orden pedagógico y social— que en principio ya no debe modificarse el sexo civil. Las operaciones de corrección se llevan a cabo dentro de los dos primeros años de vida para facilitar así un desarrollo psicosexual uniforme. La conformidad es prestada para el niño por los padres titulares del derecho de guarda. En caso de duda, se lleva a cabo una corrección que afemine; máxime porque la modelación del órgano sexual masculino no satisface plenamente a la cirugía plástica (104).

---

(100) KOCH op. cit., nota 21.

(101) En WEISKES Lexikon (supra nota 21) se sostiene, sin fundamento, que la solución del Derecho canónico, alrededor de 1844, no era practicable.

(102) Las primeras intervenciones fueron realizadas en Berlín y Praga en 1912, pero no se han extendido hasta principios de 1960: SIGUSCH, *Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz*, NJW 1980, 2740; EDLBACHER, *Transsexualität*, Österr. JurZ 1981, 173 s. Sobre un caso humanamente conmovedor de una operación experimental realizada a una persona más de 6 veces, en 1950, informa DIEKE 915 ss.

(103) MURKEN/CLEVE (supra nota 24) 37.

(104) KERN (supra nota 25) 49, 51.

Los pseudohermafroditas masculinos registrados como mujeres son capaces de llevar a cabo grandes logros a nivel deportivo. Para poder participar como mujeres en las competiciones se habrá de aportar, dentro del marco del diagnóstico del sexo, la prueba de la existencia de cromatina X y la ausencia de cromatina Y (105). Normalmente las mujeres alcanzan en el deporte sólo una parte de los éxitos de los hombres (106). La *infirmetas feminarum* y la *fragilitas sexus* aceptadas por los antiguos juristas (*supra* I 2) se confirman así en cierta medida por las modernas investigaciones de psicología laboral.

### III. COMPARACION ENTRE HERMAFRODITAS Y TRANSEXUALES

1. «Girls will be boys and boys will be girls - it's a mixed up world» (107). La posibilidad de cambiar de sexo ocupó la fantasía de muchos pueblos y se asentó en la mitología y en las creencias populares (108). Ya Hipócrates habló de una enfermedad entre los Escitas que les transformó en mujeres; algo parecido se pudo observar más tarde entre los Tártaros. En las leyendas griegas encontramos con cierta frecuencia cambios de sexo: Theiresias (el ejemplo más importante) es «castigado» por ello, según Hesíodo (109); Poseidón y Letho provocan el cambio de sexo de una virgen. Grimmelshausen no consideraba que fuera una novedad el nacimiento de mujeres que después de sufrir un proceso de masculinización adoptaran la imagen de hombres. Los padres de la Iglesia y los inquisidores creían realmente en la posibilidad de un cambio de sexo por obra del diablo. Conforme a una creencia extendida desde Francia a Serbia, lo masculino se transforma en femenino si traspasa el arco iris (lo que naturalmente es imposible ya que el arco iris se aleja a la misma velocidad con la que nos aproximamos a él). También a la fuente de la juventud se le atribuyó en la Edad Media la fuerza de cambiar de sexo tomando un baño en ella (en obvio paralelismo con la leyenda de

---

(105) MURKEN/CLEVE 32. Comp. sobre esto el caso *supra* nota 17. El diagnóstico sexual nuclear se presenta teniendo en cuenta la raíz del cabello o la célula de la mucosa bucal. Así no se hace necesario un examen más intenso.

(106) También puede decirse que el rendimiento de las mujeres en el trabajo alcanza sólo el 80 por 100 del de los hombres: ROHMERT, *Geschlechtstypische Unterschiede aus der Sicht der Arbeitswissenschaft*, en: R. ECKERT (dir.), *Geschlechtsrollen und Arbeitsteilung* (München 1979 / CH Beck'sche Schwarze Reihe Nr. 206) 124 ss., 141 ss. (Tablas).

(107) TH. KINKS, Lola, citado según T. HONORÉ, *Sex Law* (London 1978) 84.

(108) Documentación para lo siguiente en KUMMER, art. *Geschlechtswechsel*, *Handwörterbuch des deutschen Aberglaubens* III (1930, reimpresión 1986) 752 ss., algunos también en EICHER (*infra* nota 117) 4 ss.

(109) HOPFNER (*supra* nota 26) 449 s.; OSMUN, *Changes of Sex in Greek and Roman Mythology*, *The Classical Bulletin* 54 (1978) 75-79, con muchos otros ejemplos.

la aparición de Hermaphroditos, comp. supra II 3). La etnología describe diversas formas de cambio de sexo en las culturas de ámbito no europeo (110).

En la Antigüedad clásica no sólo se conocía el fenómeno de los travestis (111). También se conservan informes sobre casos famosos de cambio de sexo. Plinio escribe en su antología (112):

No es ninguna fábula el hecho de que las mujeres se transformen en hombres. Encontramos en los anales que siendo cónsules P. Licinius Crassus y C. Cassius Longinus (171 a. C.) una muchacha se transformó en un muchacho ante la presencia de sus padres; después, atendiendo las instrucciones de los adivinos, fue transportado a una isla desierta. Licinius Mucianus informa de que en Argos vio a un tal Arescon que en otro tiempo se llamaba Arescusa y que como tal había contraído matrimonio, aunque poco más tarde le apareció barba y adquirió aspecto masculino, tomando además como esposa a una mujer. También vio a un muchacho en Smyrna que le ocurrió otro tanto. Yo mismo vi en Africa a L. Consitius, un ciudadano de Thysdrus que en el día de su boda se transformó en hombre.

Naturalmente aquí se plantea (como más arriba con los hermafroditas) la cuestión de la veracidad de relatos de este tipo (113). Hopfner no manifiesta ningún género de duda; es más, recoge incluso más ejemplos debido a su característico amor por los detalles. El emperador Claudio recibió en el año 45 d. C. a una muchacha de 13 años, ya prometida, que tras una breve enfermedad había sido transformada tras tremendos dolores en un joven. Otra muchacha de Epidamnos de nombre Kallo tomó, tras la correspondiente transformación en la

---

(110) G. HOFER, Das Phänomen Geschlechtswechsel, dargestellt an ethnographischen Beispielen, en: N. BISCHOF/H. PREUSCHOFT, Geschlechtsunterschiede: Entstehung und Entwicklung (München 1980, CH Beck'sche Schwarze Reihe Nr. 207) 202 ss. En Irak meridional conocido como «mustergil», en Pueblos en Nuevo Méjico, etc. La aparición de un «nadle» bajo unos troncos indianos puede valer como caso afortunado; ello contiene una divergencia notable del parto de un hermafrodita en el mundo antiguo europeo (supra II 3b).

(111) DELCOURT, Hermaphrodite (supra nota 48) 1 ss. V. A. TRACY, Roman dandies and transvestites, Echos du Monde Classique 20 (1976) 60-63. No es un auténtico travestismo el caso famoso de un excéntrico senador que en sus banquetes utilizaba vestidos de mujer (*quasi viriles*, Dig. 34,2,33): La diferencia entre la vestimenta de hombre y de mujer no era grande; la *vestis cenatoria* femenina era ricamente adornada y más cómoda. Comp. WACKE (supra nota 2) 567 s.; también BORNEMANN (supra nota 48) 450 con lit. para la vestimenta romana p. 647.

(112) Plinio (como en nota 61) 7,36. Este texto se encuentra citado literalmente en Gellius, Noctes atticae 9,4 (p. 159 en la ed. de Plinio citada en nota 61).

(113) La traducción citada en la nota anterior en relación a este punto tiene la siguiente observación: «Sobre lo que informa Plinio en estas transformaciones de hombre a mujer y viceversa, pertenece al mundo de la Fábula. Sin duda estas diferentes deformidades posteriores, como por ejemplo la criptorquidia (prominencias posteriores o en general erróneas de los órganos genitales masculinos) querían darse como pretexto».

que había colaborado un boticario con una operación auxiliar, el nombre de Kallon. El boticario solicitó honorario doble pues había transformado a una mujer enfermiza en un joven sano.

La reacción pública a este tipo de fenómenos milagrosos era en principio parecida a la producida con motivo del nacimiento de hermafroditas: Los augures y los sacerdotes de sacrificios consideraban tales disturbios del orden como fuente de males y desdicha, por lo que al principio se desterraba a los implicados. El miedo irracional se encuentra ya en la historia de la época más antigua, y explica también los cautelosos pasos del legislador moderno frente a los fenómenos de transexualidad (114).

2. Puedo reconocer el sexo de aquél que se halle frente a mí en un primer vistazo. Estoy irritado cuando quizá por su voz al teléfono no he podido determinar correctamente el sexo. De conformidad con el § 119 apartado 2 BGB un error en torno al sexo puede ser una causa para la impugnación de un contrato (115).

Las lenguas románicas permiten deducir el sexo de los participantes de una conversación incluso en expresiones tan cotidianas y breves como «sono stato» o «estoy cansado». Una pregunta que se refiera a la persona del interlocutor, o un piropo, habrá de plantearse correcta en cuanto al género del adjetivo. Junto al temprano aprendizaje del idioma, el niño aprende también a encuadrarse a sí mismo dentro del sexo correcto y a expresarse correspondientemente. La gramática refuerza de este modo la presión hacia una socialización específica en cuanto al sexo. Para los transexuales supone una complicación adicional de su adaptación. La coeducación y las modas unisex en cuanto a la vestimenta y al corte de pelo (en los países del norte aparentemente más extendida que en los del sur) exigen por su lado una nivelización. ¿Podría ser que por este motivo la transexualidad es menos frecuente en la Europa meridional?

La cuestión de la determinación del momento a partir del cual el entorno ha de reconocer un cambio de sexo se configura de modo parecido a la planteada en el Derecho Internacional público en cuanto al reconocimiento de nuevos gobiernos o Estados. El jurista práctico se halla frente a la cuestión de determinar el momento a partir del que una persona transexual ha de ser tomada por hombre o mujer en las actuaciones judiciales o en las sentencias. Dirigirse a ésta mediante la utilización de barras: «el/la demandante» como es costumbre en la RFA de conformidad con el § 611b BGB (de acuerdo con la prohibición de discriminación por razón de sexo, art. 3 apart. 2 de la Constitución) no puede considerarse la solución. Por ello, antes

---

(114) Comp. WILL (supra nota 14) 914.

(115) Sobre un *error in sexu* en la compra de una esclava (distinto el error sobre la falta de virginidad): Dig. 18,1,11,1, que hoy puede adquirir significación en la compra de un animal: BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht* II (1884) 458 s.

de la inscripción de un cambio de sexo en el Registro civil sobre la base de una disposición judicial que siga a una operación de cambio de sexo, permanece el sexo que se encuentre inscrito (116). El cirujano se halla frente a la misma alternativa para saber si su paciente ha de ser ingresado en la sección de hombres o de mujeres.

Llamamos transexualidad al fenómeno conocido hace ya casi 140 años y que se denomina así conforme a la expresión introducida por Harry Benjamin en 1953 (117). En ocasiones hallamos la antigua expresión propuesta por H. Ellis «eonismo».

Esta expresión deriva del *Chevalier d'Eon* (1728-1810), uno de los principales agentes de la diplomacia secreta francesa de Luis XV; que debido a su propio juego para presentarse alternativamente con uno de ambos sexos fue temporalmente una conocida figura dentro del mundo de las anécdotas (118). Su vida ofrece material suficiente para escribir una comedia de enredo. En la corte de la zarina Elisabeth apareció como mujer, ganó su confianza y se convirtió en su lectora personal. Más tarde retornó a la Corte como hombre y embajador y se dio a conocer como hermano de aquella lectora personal de la zarina. Exiliado en Inglaterra sólo podía retornar a Francia bajo la condición de que fuera una mujer. Las dudas acerca de su sexo ocuparon a sus contemporáneos de un modo tan apasionado que algunos de ellos hicieron apuestas. Sin ser transexual, dirigió sus dotes como extraordinario travestí hacia fines políticos. tomó parte en la guerra de los 7 años como comandante de dragones, siéndole concedidos una serie de galardones y medallas por su valentía y habilidad en la lucha en distintos campos de batalla (de alguna manera es la versión masculina de Juana de Arco aunque no fue tan célebre). Más tarde, como embajador en Londres acaparando todo tipo de poderes, realizó valiosos servicios para su patria, dejando a su muerte unas memorias de amplio contenido.

3. La transexualidad es una perturbación de la autoidentificación sexual y no tiene nada que ver con el apetito sexual. Tales personas sufren una partición entre su espíritu y su cuerpo. Consideran que su sexo corporal es un «error de la naturaleza» y aspiran a una adaptación al sexo opuesto (119). El sistema sexual dual es reconocido así por los propios transexuales. Los sufrimientos pueden aumentar

---

(116) Landesarbeitsgericht Berlin, Arbeitsrecht in Stichworten 1980, 159.

(117) Comp. la obra capital de carácter médico de WOLF EICHER, *Transsexualismus: Möglichkeit und Grenzen der Geschlechtsumwandlung* (Stuttgart/New York 1984) 5 ss. con completa literatura p. 172 ss.; A. SCHNEIDER Diss. iur. (supra nota 31) 36 ss.; H. E. EHRHARDT, *Transsexualität: medizinische, rechtliche und ethische Aspekte*, en: G. BUCHHOLZ y otros (dirig.), *Der Arzt, Profil eines freien Berufes, Festschr. J. F. Volrad Deneke* (1985) 272 ss., al igual que las obras citadas en nota 102.

(118) Sobre él comp. Nouveau Larousse illustré IV (Paris ca. 1900) 209.

(119) Comp. WILL (supra nota 14) 912; HOFER en: BISCHOF (supra nota 110) 203 s.

de tal manera que los enfermos psicológicos pueden llegar a amputarse a sí mismo algún órgano o intentar suicidarse.

La legislación acerca de la transexualidad existe en Suecia desde 1972 (120), desde 1980 en la República Federal de Alemania (121), desde 1982 en Italia (122), desde 1986 en Holanda (123) y desde 1988 incluso en Turquía (124). Provocaron toda una avalancha literaria. Como antesala ya habían aparecido previamente las polémicas sentencias de la Comisión Europea de Derechos Humanos (125) y de la Corte Constitucional Federal alemán (126) (comp. también supra nota 12 y ss.). Paradójicamente, en el último decenio se ocupan de este tema más parlamentarios, médicos y juristas que transexuales existen (en cualquier caso en número mayor que los hermafroditas). Todavía no ha tenido lugar en medida suficiente un intercambio de experiencias a nivel de Derecho comparado más allá de las fronteras en lo que a la elaboración de estas leyes se refiere (127).

La Ley de transexualidad alemana contiene en 18 párrafos una regulación detallada de la «solución por la puerta pequeña» (el mero cambio de nombre, §§ 1 y ss.) y de la «solución por la puerta grande» (la transformación real del sexo al que se pertenece, §§ 8 y ss.). Sobre el fenómeno conexo de los hermafroditas la ley se mantiene en silencio. Así, en la práctica aparecen problemas de diferenciación de los procedimientos (128). En el caso de los intersexuales se sigue el § 47 de la Personenstandsgesetz, PStG (normativa que regula la inscripción en el Registro civil) (129), donde no queda fijado nada en torno a los presupuestos de Derecho material. En este caso, al igual que en el Derecho romano, son las características predominantes las que acaban por inclinar la balanza en un sentido u otro. Esto no altera el hecho de que el hermafrodita no es mencionado por la ley escrita.

(120) Comp. CARSTEN, StAZ 1972, 332; sobre ello WILL (supra nota 14) 917.

(121) Gesetz über die Änderung der Vornamen und der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen vom 10. Sept. 1980, Bundesgesetzblatt (Boletín oficial de la RFA) I p. 1.654.

(122) Sobre esto PATTI/WILL, La rettificazione di attribuzione di sesso, Rivista di diritto civile 28 (1982) 729-762; los mismos, Mutamento di sesso e tutela della persona (Padova 1986, 145 páginas); WILL (supra nota 14) 929 ss.

(123) BREEMHAAR, StAZ 1986, 204-206.

(124) Ley Nr. 3444 del 4-5-1988: La *occasio legis* fue el escándalo por el conmovedor caso de una cantante, conocida por el nombre de «Bülent Ersoy»; sobre esto ÖTZAN/WILL (supra nota 14) con otras indicaciones.

(125) Comp. WILL (supra nota 14) 928, 938 s.

(126) BVerfGE (Colección oficial de sentencias del Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional) vol. 49, p. 286 del 11-10-1978.

(127) Sobre la que presenta objeciones bien razonadas WILL (supra nota 14) 915 ss.

(128) Sobre esto Amtsgericht (Tribunal de 1.ª Instancia) Freiburg, StAZ 1983, 16 s.

(129) AUGSTEIN, StAZ 1982, 241 mención 19 casos entre 1964 y 1980. Para una estadística sobre decisiones en casos de transexualidad vid. AUGSTEIN, StAZ 1983, 339 ss.

Los transexuales no son con seguridad hermafroditas pues pueden ser perfectamente encuadrado en un sexo o en otro. Partiendo de la unidad psicosomática de la persona hay que reconocer, no obstante, que nos encontramos aquí frente a una serie de casos que guardan paralelismos y parecidos entre sí. Desde el punto de vista de su localización psíquica el transexual es un «hermafrodita»; común a ambos es la inseguridad de su encuadramiento sexual. El problema de los intersexuales debería pues haber sido regulado también por una ley más precisa, que hubiese cubierto por fin la laguna que existe desde la publicación del BGB (en el año 1900). Puesto que hasta la fecha la práctica jurídica supo salir adelante con estos medios tan rudimentarios, no surgió la necesidad de regular esta cuestión. El material histórico-jurídico acerca de los hermafroditas tampoco había sido estudiado hasta la fecha. Sin embargo, para los transexuales, las sentencias de los altos Tribunales venían reclamando una regulación precisa.

Es dudoso que este esfuerzo regulador se halle justificado. ¿No habría bastado con añadir un único párrafo al § 47 de la PStG? (130). La Ley de transexualidad no alcanza la calidad de la regulación del ALR para los hermafroditas (supra II 6 in fine). Además sus disposiciones no se encuentran sistematizadas respecto a algunas cuestiones. Así, la «solución por la puerta pequeña» de la alteración del nombre propio no modifica en absoluto un matrimonio ya existente (131); y como consecuencia se deduce de la inscripción del mismo un matrimonio homosexual. Sin embargo, una persona de estas características no puede contraer un nuevo matrimonio debido al § 7 apartado 1.º número 3 (132).

#### IV. LA TRANSFORMACION SEXUAL QUIRURGICA Y LA CASTRACION: UNA COMPARACION

1. Es más grave que la Ley regule de forma compleja las particularidades procedimentales que deberían haber sido recogidas en un mero reglamento. La cuestión de Derecho material que por su contenido era decisiva, esto es, la fijación de los presupuestos para llevar a cabo una operación de transformación de los genitales, quedó sin resolver por el legislador. La ley no fija ninguna edad mínima para

---

(130) Tal como debió ser previsto en 1943 en Bolivia, comp. WILL (supra nota 14) 241. Análogamente hoy en Turquía: ÖTZAN/WILL (supra nota 14).

(131) Esto se deduce *contrario sensu* del § 8 apart. 1 nota 2 y era además expreso motivo legislativo. Tiene también el valor de ensayo, reconocido por el legislador, en el nuevo papel sexual, en personas que querían preservar en su matrimonio precedente. Comp. KOCH, Medizinrecht 1986, 174.

(132) Como inconsecuente lo critica AUGSTEIN, StAZ 1981, 10 s.

poder llevar a cabo tal operación. Así se crea una situación paradójica en relación con la Ley de castración de 1969 (133). Pese a sus diferenciados objetivos, una operación de cambio de sexo es sin duda la intervención más grave. Alguien que vaya a ser castrado sólo pretende liberarse de sus impulsos masculinos hipertróficos. Un transexual busca el total rechazo de su masculinidad subdesarrollada y la creación quirúrgica de los caracteres femeninos. La intervención quirúrgica tiene en el segundo de los casos un componente destructivo y otro constructivo, siendo la fuera destructiva, como ya indica la Ley, la total esterilización (134). Así, los juristas romanos no dudaron un solo instante en denominar *castratus* al hombre intervenido quirúrgicamente y a someterle a las correspondientes desventajas jurídicas. No es necesario seguir aclarando cuáles son las incomparables y graves consecuencias en relación a la ejecución y costes de la intervención, descrita con el eufemismo «adaptación de sexo». Prueba de ello es que el médico tiene que informar detalladamente al paciente, y éste debe firmar una declaración de conformidad. Los tribunales alemanes condenan a las mutualidades aseguradoras de enfermedad, conforme a una interpretación amplia del concepto «enfermedad», a correr con los gastos de esta intervención (135).

Conforme a los §§ 2 y 4 de la Ley de castración, la castración no es una lesión corporal punible, cuando además de otros requisitos, el afectado tenga al menos 25 años de edad y cuando los peritos médicos le hayan reconocido e informado convenientemente. La Ley de transexualidad, por el contrario, no fija ninguna edad mínima; los peritos sólo deben informar acerca del éxito de una operación ya realizada, según indican los § 4 apartado 3.º y § 9 apartado 3.º. La edad de 25 años sólo fue acogida en un acercamiento a la Ley de castración en el § 1 apartado 1.º número 3.º y § 8 apartado 1.º número 1 de la Ley de transexualidad, aunque sólo para los procedimientos judiciales del cambio de nombre propio, así como de la determinación del sexo. Debido a estas «medias tintas» del legislador, la Corte Constitucional Federal (quizá por una aplicación un tanto

---

(133) Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden (Ley sobre la castración voluntario y otros tratamientos terapéuticos) de 15-8-1969, BGBl I p. 1.143.

(134) § 8 apart. 1 nota 1 Ley de transexualidad; KOCH, *Transsexualismus etc.*, Medizinrecht 1986, 175. Pormenores también en WILLE/KRÖHN/EICHER, *Sexualmedizinische Anmerkungen zum Transsexuellengesetz*, FamRZ 1981, 418 ff.; EICHER (supra nota 117) 98 ss.

(135) SPENGLER, *Transsexualität eine Krankheit im Sinne der RVO*, NJW 1978, 1.192; BSG 62, 83 ss. = NJW 1988, 1.550 s.; LSG München Breith. 1987, 531 ss.; LGS Celle FamRZ 1987, 107; LSG Stuttgart NJW 1982, 718. Sobre el coste para 10-20 días de estancia hospitalaria en Servicios especializados vide EICHER (supra nota 117) 166. Sobre la relación coste-aprovechamiento, críticamente EHRHARDT (supra nota 117) 283 ss. Según la Oberlandesgericht de Frankfurt, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1981, 320, los presos no tienen ningún derecho al tratamiento de transformación de sexo.

impetuosa del principio de igualdad) declaró la nulidad de la edad mínima de 25 años prescrita para la «solución por la puerta grande» (136). Por ello, la ya de por sí complicada situación jurídica se ha visto aún más enturbiada. Esta declaración de nulidad se apoya exclusivamente sobre el hecho de que el legislador no hizo depender la intervención quirúrgica misma de alcanzar la edad en cuestión, lo que habría sido tolerable desde el punto de vista jurídico-constitucional (137). Comparada con la Ley de castración se trataba pues del principio de un fallo en la redacción de la Ley de transexualidad que no contenía ninguna referencia a una edad mínima para llevar a cabo la intervención quirúrgica (138). Con ello, la oportunidad para un deseado aumento de la edad mínima parece haberse desvanecido (139). Un cirujano no puede rechazar los deseos de transformación de una persona mayor de 18 años con la justificación de que son ilegales en tanto en cuanto no se haya alcanzado una edad más madura. No se puede hacer valer el argumento de que las intervenciones realizadas a las personas jóvenes sanan más de prisa y mejor. Sólo en contados casos los jóvenes de 21 años (desde un punto de vista penal alemán considerados como «semi-adultos») gozarán de la madurez psicológica y sexual necesaria para darse cuenta plenamente de la transcendencia de su deseo. Ya que el legislador no atenuó la responsabilidad del cirujano ni siquiera en parte (al contrario que en la Ley de castración), su eventual punibilidad se rige conforme a la disposición general del § 226a del Código penal alemán (140).

«Es ist der Geist, der sich den Körper baut» («Es el espíritu el que da forma al cuerpo») (141). Estas palabras de Friedrich von Schiller se han hecho realidad por los avances producidos en las técnicas quirúrgicas. El hecho de que la conciencia ética no se desarrolle de acuerdo con el progreso tecnológico no es ninguna novedad. El hecho de que los hermafroditas puedan ser auxiliados mediante operaciones correctoras realizadas a temprana edad (supra II 7) es naturalmente un adelanto. Ello es sin duda una correcta curación. Los reparos de tipo jurídico-ético comienzan allí donde un órgano sano, capaz para la procreación, es quirúrgicamente destruido y amputado. Una des-

---

(136) BVerfGE (supra nota 126) 60, 123 = NJW 1982, 2.961; comp. MÜNCHENER KOMMENTAR-REBMANN (2.ª ed. 1989), Introducción nota marg. 164 ss.

(137) Razonable AUGSTEIN, StAZ 1982, 174, en su advertencia crítica (puesto que presentó Recurso de inconstitucionalidad en nombre de su cliente). Igual KOCH, Medizinrecht 1986, 175 nota 27.

(138) Críticamente sobre el error de la falta de una edad mínima, también EHRHARDT (supra nota 117) 281 s. La nueva normativa holandesa no prescribe tampoco ninguna edad mínima.

(139) Para la Adopción se prescribe en § 1743 BGB una edad mínima de 25 años.

(140) Sobre esto MICH. WALTER, JZ 1972, 263 ss.; también GIESEN, Transsexual Surgery and the Law, en: The International Journal of Medicine and Law vol. 1 (ca. 1980) 469-474.

(141) SCHILLER, Wallensteins Tod (1799), 3.º acto, escena 13.

trucción de tal tipo contraviene el histórico juramento hipocrático (142). El derecho al propio cuerpo sigue encontrando sus límites en las buenas costumbres (§ 226a Código penal alemán). La moralidad pública limita también el llamado «derecho de autodeterminación sobre el propio sexo» muy popular en la actualidad (143). Se precisa para ello de un profundo examen para saber si el estado de la enfermedad psíquica ha disminuido el equilibrio de la persona afectada de tan insoportable manera, que sólo puede ser superado por vía de una intervención quirúrgica. Esta intervención ha de permanecer como última ratio, conforme a las intenciones del legislador.

Con todo el reconocimiento hacia el arte de los cirujanos (al menos por lo que a la operación de hombre a mujer se refiere) (144) sus intervenciones se mueven en el campo de la estética; pese a un tratamiento hormonal durante toda una vida no puede resultar completa la transformación en el nuevo sexo (a menudo la aparición de barba y la gravedad de la voz ya delatan al sujeto). Los pacientes esperan muchas veces más de lo que una operación en sí puede ofrecer. Incluso se dan casos en los que el paciente desea retornar al punto de partida, si la operación es un fracaso. Las operaciones de mujer a hombre son por su naturaleza mucho menos satisfactorias en cuanto a sus resultados (145).

«La transexualidad es una enfermedad psíquica y por lo tanto ha de ser combatida con los medios de la psiquiatría» (146). La meta de toda psicoterapia es lograr un tratamiento del paciente de tal modo que aprenda a valorar su rol social y a aceptarlo. Es decir, una terapia ha de basarse primordialmente en la conservación del sexo que corresponde por naturaleza y no en una transformación del mismo.

Acerca del éxito de los esfuerzos psicoterapéuticos existen diversas opiniones. La tendencia preponderante considera tales experimentos como intentos vanos, condenándolos de antemano al fracaso. Los transexuales estarían bloqueados por sus aspiraciones a desenvolverse en el sexo contrario y ningún intento de influenciar de algún modo tal tendencia les empujaría a actuar de otro modo (147). Sin embargo,

---

(142) El Juramento Hipocrático comprendía incluso una cláusula por la que no se debe operar un cálculo en la vesícula de la orina, porque podía comportar pérdida de la capacidad generativa, dadas las técnicas quirúrgicas de aquella época. Comp. K. DEICHGRÄBER, *Die ärztliche Standesethik des hippokratischen Eides*, en: *Quellen und Studien zur Geschichte der Naturwissenschaften und Medizin* vol. 3, Heft 2 (Berlín 1933) p. 29-49 (resp. 79-99).

(143) WILL (supra nota 14) construye la expresión «Die Geburt eines Menschenrechts» (alumbramiento de un nuevo Derecho humano).

(144) Reproducciones en EICHER (supra nota 117) 99 ss.

(145) EHRHARDT (supra nota 117) 276 s. la designa incluso, con acierto, como intervención mutilatoria.

(146) SIGUSCH NJW 1980, 2.745; aprobado por EHRHARDT (supra nota 117) 282 s.

(147) SIGUSCH NJW 1980, 2.743; más detallado EICHER (supra nota 117) 151 ss.; FAHRNER et al. (infra nota 149) 340 con otras indicaciones.

a lo dicho cabe oponer que en ciertos casos, tras una terapia de años, algunos pacientes han dejado de identificarse con el sexo contrario (148). La primera postura, es verdad, no considera a éstos últimos como «auténticos», la psiquiatría y la terapia de comportamiento se ocupan de llevar a cabo una importante labor de selección. Sus medios han de haberse agotado completamente antes de proceder a seccionar, para liberarles del peso.

Naturalmente, un rechazo pleno de las transformaciones sexuales por vía quirúrgica (tal y como mantienen aún hoy los altos tribunales franceses) no es de desear desde un punto de vista político-jurídico. De modo parecido a como ocurre con la problemática del aborto se empujaría así a los paciente a la ilegalidad; y esto significaría enviarlos a Casablanca (donde, como es sabido, se realizan en mayor medida este tipo de operaciones).

Sobre la base de observaciones catamnésicas de los últimos años, se advierte que los transexuales operados se hallan mejor integrados desde un punto de vista psicosocial en su nuevo rol sexual que antes de la operación, o que aquéllos que no se han sometido a una operación (149). Para ellos es necesaria una preparación del paciente y de las circunstancias que le rodean durante varios años, así como un estudio intensivo del individuo y de sus motivaciones. De conformidad con los §§ 1 y 8 de la Ley de transexualidad, el cambio de nombre propio o del sexo sólo tienen lugar, cuando el paciente «manifieste durante al menos 3 años» una conciencia traumática al querer vivir en conformidad con sus planteamientos, dentro del rol social del sexo contrario. En correspondencia con esto, la fase de tratamiento preoperativo se ha de extender al menos a 3 años.

Conforme a la situación legal, la quirúrgica transformación sexual aparece como un proceso legal, aún cuando se halle sujeto a unas condiciones concretas. Pese a todo, la operación no puede considerarse como un medio de sanación completo. Este tipo de intervenciones sustanciales en la integridad corporal sólo se perciben en el caso de enfermedades de las que derive un grave peligro para la vida. Una operación de tales características, en las que se altera de forma tan determinante el orden natural de las cosas, debe considerarse siempre como la última solución a tener en cuenta. De modo parecido a la regulación vigente sobre el aborto que no protege suficientemente frente a abusos, la Ley de transexualidad deja sin protección, en especial frente a «experimentos», aún cuando estén muy bien intencionados (150).

---

(148) FRISCHE, *Behandlung und Begutachtung der Transsexualität*, en: *Lebensversicherungsmethoden* (Revista) 1981, 165 ss.; FAHRNER (infra nota 149) 341.

(149) FAHRNER/KOCKOTT/DURAN, *Die psychosoziale Integration operierter Transsexueller*, en: *Nervenarzt* (Revista) 1987, 340-348.

(150) Sobre el precedente, con acierto EHHARDT (supra nota 117) 281 ss.

Existen trabajos preparatorios en orden a la renovación de la Ley de castración (151). La grave discrepancia ya señalada en relación con las operaciones efectuadas con transexuales, precisa ser eliminada cuanto antes. Finalmente, el legislador también debería decidirse a regular expresamente los problemas de los hermafroditas, silenciados durante 90 años.

2. A aquellos hombres transformados quirúrgicamente en mujeres, les serían de aplicación las disposiciones en vigor para las mujeres. Por ejemplo, se considerarían víctimas potenciales de un delito de violación (152). También la prohibición de trabajo nocturno debería serles aplicable (153).

El objeto de una transformación sexual quirúrgica es la reproducción fiel del sexo contrario de forma tal que la ilusión sea perfecta. Pese a que una integración total en el rol sexual contrario sería de desear, el transexual objeto de una operación de transformación, está obligado a informar de su estado a aquél con el que pretenda contraer matrimonio, pues de lo contrario el matrimonio sería anulable por efecto de un error sobre un elemento personal de tipo esencial (154). También el matrimonio contraído por un hermafrodita debería contemplarse como matrimonio anulable y no como inexistente (debido a la prohibición de matrimonios homosexuales), puesto que la cuestión de la preponderancia de sus caracteres sexuales no puede concretarse de modo categórico (155).

## V. CONSIDERACION METODOLOGICA FINAL

El criterio de diferenciación empleado con los hermafroditas desde antiguo es susceptible de ser generalizado (156). Peter Hanau utilizó hace poco, entre otras cosas, con objeto de superar el problema de los *empleados directivos* en el Derecho laboral, el criterio de la preponderancia de caracteres, enlazándolo expresamente con la concepción de hermafroditas practicada por el Derecho romano (157). Según

---

(151) Comp. SCHÖNKE/SCHRÖRDER/ESER, Strafgesetzbuch § 223 StGB nota marg. 64.

(152) § 177 StGB: FRISCHE (supra nota 148) 168.

(153) § 19 apart. 1 Arbeitszeitordnung (Ley sobre el horario de trabajo), Landesarbeitsgericht Berlin, JZ 1980, 201, 203. Conforme a ello, la fuerte inclinación transexual de un trabajador ya puede servir como fundamento para un despido procedente.

(154) Münchener Kommentar zum BGB MÜLLER-GINDULLIS (2.ª ed. 1989) § 32 EheG nota marg. 38.

(155) Para un matrimonio inexistente OLG Frankfurt NJW 1976, 1.800 = StAZ 1977, 12, en un caso de un matrimonio aparentemente homosexual.

(156) Para figuras jurídicas híbridas, véd. WACKE, Logische Paradoxien in antiker und moderner Jurisprudenz, Festschrift der Kölner Rechtswiss. Fak. z. 600jähr. Univ. jubiläum (1988) 325, 360 ss.

(157) HANAU, Analogie und Restriktion im Betriebsverfassungsrecht, en: Arbeitsleben und Rechtspflege, Festschrift GERH. MÜLLER (1981) 169 ss., 179 s.

las palabras de Hanau, el hermafrodita como ser híbrido «vale en la actualidad como modelo para la subsunción jurídica de supuestos de hecho que no se dejan incluir de forma precisa dentro del sistema de categorías jurídicas establecidas». Para algunos supuestos legales basta la preponderancia de un carácter (158). En otras disposiciones, la ciencia y la práctica igualan el cumplimiento total del supuesto de hecho con la aplicación analógica al principio de la preponderancia (159). Esto puede tener como consecuencia una extensión muy amplia del campo de aplicación de una disposición, y precisa de una profunda reflexión para determinar las exigencias que se deben plantear en cuanto a la intensidad de la preponderancia.

Heinrich Lehmann calificó expresamente los *contratos mixtos* como *contratos híbridos* (o *hermafroditas*) (*Zwitterverträge*) (160). De conformidad con la teoría de la absorción que en relación con esto viene representada por Ph. Lotmar (161), es la prestación principal la que condiciona la naturaleza del contrato; los restantes elementos de otros contratos en éste son absorbidos por el contrato principal. La teoría de la absorción no se corresponde con la opinión dominante en la actualidad (162). Sobre la base de la libertad contractual en el campo del *Derecho de obligaciones*, y del número ilimitado de los tipos contractuales combinables entre sí, no rige la regla lógica del tercero excluido como en el caso del dimorfismo sexual aquí expuesto. Un ejemplo más adecuado es la *donación mixta*: En tanto que la adquisición gratuita, debido a la ausencia de contraprestaciones patrimoniales, no es favorecida por el ordenamiento jurídico en comparación con la onerosa (163), se plantea aquí la misma cuestión en cuanto a la fijación de límites se refiere. Como regla parece aplicable la diferenciación, según prepondere el carácter oneroso o el gratuito (164). También en el campo del Derecho tributario parece aplicable el criterio de la preponderancia, esto es, en cuanto a la diferenciación entre los gastos empresariales de las inversiones de tipo privado (en tanto en cuanto no corresponda hacer allí una división) (165).

El reconocimiento teórico de la justificación de este procedimiento ya lo mostró Cicerón en su obra titulada «Acerca de las fronteras

(158) Por ejemplo § 118 apart. 1 Betriebsverfassungsgesetz (Ley sobre la constitución de sociedades mercantiles); HANAU 179.

(159) § 37 apart. 6 y 7 Betriebsverfassungsgesetz; HANAU 179.

(160) ENNECCERUS/LEHMANN, *Schuldrecht* (15.ª ed. 1958) § 100 III.

(161) LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag I* (1902) 176 ss., 686 ss.

(162) STAUDINGER/LÖWISCH § 305 BGB, nota marg. 25; SOERGEL/M. WOLF § 305 nota marg. 27.

(163) Comp. MEDICUS, *Bürgerliches Recht* (13.ª ed. 1987) § 16.

(164) Así (referente a § 530 BGB), BGHZ 30, 120, 122 ss. Para pormenorizaciones MünchKomm.—KOLLHOSSER § 516 nota marg. 26-36.

(165) Los tratados de Derecho Financiero hablan de la esencialidad de la causa, comp. TIPKE, *Steuerrecht* (11.ª ed. 1987) § 11 p. 256 ss., 261 s.

entre el bien y el mal»: «El entero se califica siempre como tal sobre la base de sus partes más importantes y de mayor extensión» (166).

En los casos de que se hallen en la zona intermedia (biológicamente los hermafroditas auténticos), no se puede aplicar tal principio. El Derecho canónico introdujo aquí el derecho de autodeterminación sexual del interesado. El ALR prusiano acogió un derecho de determinación ajeno a los padres para el caso de los menores de edad. Determinar si este derecho de autodeterminación ha de vincular para todo momento futuro, es para el caso de los hermafroditas como para el caso de los transexuales, una cuestión que ha de ser resuelta en última instancia desde un planteamiento jurídico-político.

---

(166) Cicero, De finibus 5,92: *Semper enim ex eo, quod maximas partes continet latissimeque funditur, tota res appellatur*. He de agradecer a G. NOODT, Opera omnia III (Napoli 1786) p. 25 = Commentarius ad Pandectas, ad lib. I tit. 5 su indicación sobre la posibilidad de ponder esta cita de Cicerón en relación con el hermafrodita. «Porque cada cosa toma su denominación por su parte más distintiva», dice sobre ello el art. «hermafrodita» en el ZEDLER Lexikon, apoyándose en BENEDICT CARPZOW.

