

Sobre el hermafroditismo y la capacidad para el matrimonio. Publicado en "Revista Española de Derecho Canónico", volumen 13, n.º 38 (1958), 101-115.

SOBRE EL HERMAFRODITISMO Y LA CAPACIDAD PARA EL MATRIMONIO

Muchos han sido los autores que, ya en artículos ya en obras generales, han tratado de ese tema. Si nos atrevemos a volver sobre él es con la esperanza de aportar algún dato nuevo que pueda servir para una solución definitiva.

1.—Entendemos por hermafroditismo un estado intersexual caracterizado por la existencia, en un mismo individuo, de órganos de la reproducción masculinos y femeninos.

Estos defectos se clasifican según las más modernas tendencias en dos categorías: hermafroditismo verdadero y pseudohermafroditismo. Veamos sus características:

A) *Hermafroditismo verdadero*. Es un estado bisexual caracterizado por la presencia en un mismo individuo de las gonadas de ambos sexos y los caracteres sexuales masculinos y femeninos en proporción aproximadamente equivalente¹.

Se distinguen tres tipos de hermafroditismo verdadero: a) *Forma lateral*: con ovario en un lado y testículo en otro. b) *Forma unilateral*: cuando en un lado existen elementos testiculares y ováricos entremezclados (ovotestis) o separados y en el otro lado hay un ovario o un testículo. c) *Forma bilateral*: cuando existen un ovario y un testículo en ambos lados. Las gonadas pueden estar separadas o juntas y formando un ovotestis en uno o en los dos lados.

Según ALVAREZ-COCA el hermafroditismo verdadero es la máxima expresión de la intersexualidad y se desarrolla como consecuencia de un defecto del mecanismo genético, no del hormonal.

Las gonadas quedan localizadas en la cavidad pelviana o en el conducto inguinal pero nunca llegan al escroto. No existe al mismo tiempo espermatogénesis normal y folículos de Graaf maduros.

¹ ALVAREZ-COCA, *Las insuficiencias gonadales en el hombre* (Barcelona 1957), p. 286. Los datos fisiológicos de este trabajo proceden en su mayor parte de esta obra. Vid. también, MARRAS SARDA, *Elementos de Fisiología* 5.ª ed. (Barcelona 1949); HOOKER, *A textbook of Physiology*, 17 ed. (Philadelphia 1956); SOULA, *Compendio de Fisiología*, ed. castellana (Barcelona, 1953). El hermafroditismo verdadero y pseudohermafroditismo no corresponden a la distinción clásica entre hermafroditismo perfecto e imperfecto sino que son una subdivisión de este último, aunque con las precisiones que de nuestro trabajo se deducen.

Estos individuos pueden presentar forma viril, pero lo más frecuente es que tengan apariencia de mujer; en cambio la conducta general y el carácter suelen ser masculinos, siendo excepcional la prevalencia de la feminidad. Los casos de hermafroditismo verdadero son muy raros, no conociéndose más que cincuenta en toda la literatura médica.

B) *Pseudohermafroditismo*. Es un estado patológico de tipo intersexual en el que existen, según los casos, ovarios o testículos, pero caracteres sexuales primarios y secundarios contrarios a la gonada que posee el individuo.

Se distinguen dos tipos de pseudohermafroditismo: a) *pseudohermafroditismo femenino* (tipo ginandroide) o mujer con aspecto de varón. b) *pseudohermafroditismo masculino* (tipo androginoide) o varón con aspecto de mujer. Cada una de estas dos clases se subdividen en tres categorías: externo, interno y completo.

KLEBS y CREEVY resumen los seis tipos de pseudohermafroditismo en el siguiente cuadro³:

<i>Designación</i>	<i>Gonada</i>	<i>Organos sexuales internos</i>	<i>Organos sexuales externos</i>
Femenino ex- terno	Ovarios	Trompas y útero normales o hipoplásicos.	En cierta medida semejantes a los masculinos.
Femenino in- terno	Ovarios	Existen trompas y útero con vestigio de estructuras masculinas.	Aparentemente normales.
Femenino completo	Ovarios	Trompas y útero ausentes, o sólo vestigios; existen vestigios de estructuras masculinas.	Pueden tener apariencia completamente masculina. Pene bien desarrollado, con uretra. Grandes labios unidos en apariencia de escroto.
Masculino ex- terno	Testículo	Masculinos y normales.	Hipospadias; escroto bifido, etc...
Masculino in- terno	Testículo	Existen trompas y útero.	Aparentemente normales.
Masculino completo	Testículo	Existen trompas y útero. Los órganos masculinos faltan o existen sólo vestigios.	Casi enteramente femeninos.

En el tipo ginandroide se incluyen mujeres con dos ovarios normales, más o menos diferenciados, pero su aspecto es masculino, existiendo algunas veces una próstata, aunque reducida a su porción proxi-

³ Cfr. ALVAREZ-COCA, ob. cit., p. 292.

mal; los órganos primarios tienen un aspecto viriloide y esto ocurre asimismo con el esqueleto, la voz y la distribución de la grasa. La libido suele ser nula, y, en caso de existir, es de tipo masculino. El comportamiento social, el gusto y las reacciones son también viriles. Aunque la inteligencia puede ser normal, lo corriente es que esté alterada por el conocimiento de su anormalidad.

El tipo androginoide corresponde a un varón de aspecto femenino con testículos más o menos desarrollados, siendo diversas las formas en que se manifiesta. Cuando hay anomalías externas se observa pene pequeño con hipospadias, escroto hipertrófico y vacío, con depresión perineal que simula una vagina.

Estas malformaciones pueden acentuarse hasta el punto de que los órganos externos sean iguales a los femeninos e incluso permitir el coito como mujer. El psiquismo, la libido y la conducta social corresponden a las características del sexo femenino, aunque la segunda suele ser nula. La inteligencia puede ser normal, pero lo corriente es que su psicología y carácter se depriman a medida que adquieren conocimiento de su deformidad.

Junto a estos casos de hermafroditismo más acentuado hay otros, mucho más frecuentes, de pseudohermafroditismo masculino leve, limitado a la contextura de los órganos genitales externos, con hipospadia acentuada, pene escrotal y criptorquidia doble, por lo que se aprecia un miembro encorvado y pequeño que recuerda al clítoris hipertrófico, con un orificio uretral que semeja, por su situación y dimensiones, una vagina rudimentaria, y el escroto, plegado al lado del pene con dos labios, semeja la vulva.

De acuerdo con las líneas generales fisiológicas del hermafroditismo, que acabamos de exponer, la cuestión teórica de la capacidad de los hermafroditas debe ser planteada desde dos puntos de vista: por el capítulo de sexo incierto y por razón de impotencia. Con acierto afirma OESTERLE: "quaestio de matrimonio hermaphroditarum non est primarie quaestio de potentia vel impotentia, sed de habilitate personae ad nuptias ad normam can. 1081: 'matrimonium facit partium consensus *inter personas iure habiles*'. Validitas matrimonii dependet ergo a habilitate ad nuptias"³.

2. En la doctrina canónica, aparece por primera vez el hermafroditismo explícitamente mencionado, en relación al matrimonio, en la Glosa: "Item, an contrahet cum viro, an cum muliere contrahet? Sed

³ De hermaphroditismo in sua relatione ad canonem 1068 C. I. C., en "Il Diritto Ecclesiastico", LIX (1948), p. 22. MANS afirma que procesalmente la cuestión sobre la incertidumbre del sexo no puede plantearse, pues tal posibilidad la excluye la certeza del sexo de la otra parte (*Derecho matrimonial canónico*, Barcelona 1954, p. 312, n. 2). Esta postura nos parece insostenible, no sólo porque la razón que da es inaceptable, sino porque la acción puede apoyarse en el § 1 del c. 1081, en relación con el § 1 del c. 1082.

certe in omnibus his respici debet sexus, qui magis incalescit, de monstro possunt fieri monstruosae quaestiones”⁶.

Esto se dice glosando al Decreto que, en el capítulo en el que se analiza la capacidad de los hermafroditas para ser testigos, afirma: “hermaphroditus an ad testimonium adhiberi possit, qualitas incalescentis sexus ostendit”⁷.

De ambos textos se deduce que el hermafroditismo aparece como un estado intersexual, sin que se admita la posibilidad de una verdadera bisexualidad; siempre prevalece uno u otro sexo; por lo tanto, el hermafrodita no es incapaz a no ser por razón de impotencia.

Esta dirección muestra una clara influencia del Derecho Romano. Para ULPIANO: “Hermaphroditum... eius sexus aestimandum, qui in eo prevalet”⁸.

Tanto en el Derecho romano como en el Derecho canónico del Decreto no se admite la posibilidad de un verdadero estado bisexual; todo individuo de la especie humana es hombre o mujer, en consecuencia debe tenerse por uno u otra, según el sexo que prevalezca. Así HUGOCIO, rechazando la posibilidad de que un hermafrodita, que estuviese casado como mujer, pueda contraer posteriormente, premuerto el cónyuge, como varón, la calificaba de cuestión monstruosa.

No sólo con relación al matrimonio, sino en cuanto se refiere a su cualidad jurídica personal, el hermafrodita no podía ejercer los derechos ni realizar actos jurídicos propios del sexo que no prevalece⁹. Así un hermafrodita en el que prevalezca el sexo femenino no podía ser testigo. En cambio podía serlo si prevalecía el masculino.

En caso de sexo dudoso, es decir, cuando no prevalecía un sexo, el hermafrodita podía elegir uno, jurando renunciar al otro⁸.

En cuanto al matrimonio, solucionado el problema en lo que se refiere al capítulo de sexo incierto, siempre restaba la posible impotencia.

Estas opiniones se mantienen por los canonistas hasta tiempos recientes⁹.

¿Cuál es para estos autores el carácter diferenciador del sexo? Aunque nada dicen, sin embargo, creemos que éste debió ser el aspecto de los órganos externos sobre todo si tenemos en cuenta que aún en época de Sánchez se discutía si los testículos eran las glándulas productoras

⁶ Glosa a C. IV, qq. II-III, c. 3, 22.

⁷ C. IV, qq. II-III, c. 3.

⁸ D., L. 10, I, 5.

⁹ HOSTIENSE, *Summa Aurea*, l. II, tit. 20, n. 2.

¹⁰ Vid. WERNZ, *Ius Decretalium*, t. IV, n. 353.

¹¹ WERNZ, loc. cit. GASPARRI, *De Matrimonio* (Roma 1932), p. 337. CAPELLO, *De Matrimonio*, (Roma 1947), p. 385 s.

ras de semen¹⁰. Es posiblemente CAPPELMANN el primer autor para quien las gonadas son el dato fundamental para establecer la diferencia de sexo¹¹. En la doctrina actual no existe acuerdo completo. Quizá el estudio más profundo sea el de LANZA¹² aunque referido a la capacidad para el sacramento del Orden. Según este autor, la gonada es el signo cierto del sexo. En cambio GASPARRI, CAPELLO y OESTERLE, siguen la dirección más tradicional¹³.

3.—La característica más acusada de la naturaleza humana, de entre todas las que hacen a los hombres desiguales, no en cuanto a los derechos subjetivos inherentes a su condición de hombres, sino en cuanto se refiere a la realidad social y a los demás derechos, es sin duda alguna el sexo.

La especie humana viene dividida en su misma raíz por dos estados que modifican profundamente, sobre todo en Derecho canónico, su cualidad jurídica subjetiva: varón y mujer. Según el c. 1082 el matrimonio *in facto esse* es una sociedad entre varón y mujer para engendrar hijos. Es principio de Derecho natural que el negocio matrimonial no puede existir más que entre un hombre y una mujer; los sujetos han de ser de distinto sexo. Lo interesante es, por tanto, delimitar lo más exactamente posible la separación entre ambos sexos.

Como ya hemos dicho, antiguamente se consideraba al sexo masculino esencialmente separado del femenino, como dos categorías opuestas y separadas de modo radical; modernamente, sin embargo, el desenvolvimiento de la biología y, sobre todo, de la endocrinología, ha puesto de relieve la falsedad de esta idea, ya que en todo individuo humano normal se dan, al mismo tiempo, caracteres masculinos y femeninos.

La determinación del sexo en el óvulo fecundado depende de un factor cromosómico que ya va implícito, pues la unión de un gameto masculino que tiene un héterocromosoma X con un gameto femenino que siempre tiene héterocromosoma X da lugar a una mujer, y de la unión de un espermatozoide con héterocromosoma Y con un gameto femenino, nacerá un varón. Pero, a pesar de todo, existe una potencialidad bisexual en el óvulo fecundado; el embrión es bisexual hasta la tercera semana, pudiendo decirse que existe un hermafroditismo fisiológico. Intervienen después las glándulas de secreción interna que

¹⁰ Los autores citados en la nota anterior siguen esta misma dirección como se desprende de afirmar que prevalece el sexo según el cual son potentes para la cópula. Para las ideas antiguas sobre el semen, vid. CASTAÑEDA, *Una sentencia española en el siglo XVI*, en "R. E. D. C.", XII (1957), p. 276 s. s.

¹¹ CAPPELMANN-BERGMANN, *Pastoral Medecin.* (Paderbon 1920), pp. 339 y s. s.

¹² *De requisita sexus virilis certa determinatione et distinctione ad ordines*, en "Apollinaris", XIX (1946), p. 49 s. s.

¹³ La jurisprudencia, escasa, puede verse recogida en los artículos de LANZA y OESTERLE. Sigue la opinión tradicional de los autores.

dirigen el sexo, el cual se puede cambiar por la acción de las hormonas, vitaminas o calor. En realidad no puede hablarse de la existencia de un sexo en un individuo con la absoluta ausencia de algunos caracteres del sexo opuesto. Esta relativa intersexualidad dura toda la vida, pudiendo hablarse de un sexo dominante y otro latente, que puede reactivarse en condiciones patológicas, determinando los estados intersexuales.

Esta intersexualidad es anatómica y química. Ejemplos de la primera categoría son los vestigios celulares del sexo contrario en las gonadas, que en determinadas condiciones son capaces de desplegar su actividad, haciendo aparecer en el individuo los caracteres del sexo contrario; el pene tiene su representante en el clítoris atrófico, el útero, en el utrículo prostático y en la próstata, el escroto, en los rudimentarios labios mayores, etc.

El hecho de que en los dos sexos se encuentren hormonas masculinas y femeninas es una demostración de que existe una intersexualidad química.

La influencia virilógena en el varón se debe a la secreción interna de los testículos y a las hormonas androgénicas de la corteza suprarrenal; la influencia feminoide la ejerce la foliculina que existe en el mismo testículo y eventualmente las hormonas estrogénicas, probablemente poco importantes, de la corteza suprarrenal. La influencia femenina en la mujer depende de la foliculina y tal vez del tiroides; las influencias virilógenas se producen en el ovario mismo, quizás en las células de hilio, tal vez en el cuerpo lúteo y con toda seguridad en las hormonas androgénicas de la corteza suprarrenal. Como vemos, el sexo se halla protegido no sólo por las gonadas y sus hormonas sexuales, sino también por otras glándulas endocrinas (hipófisis, tiroides y corteza suprarrenal).

Esta concepción no significa que exista una indeterminación de sexos ya que, salvo los casos de hermafroditismo verdadero, en definitiva, siempre existe un sexo dominante; pero sí, que los dos sexos no son dos categorías esencialmente distintas, sino dos polos opuestos, cuyas diferencias arrancan de un principio biológico común.

LANZA¹⁴ ataca esta concepción calificándola de *commentitia atque temeraria coniectura*. Semejante postura es injusta.

No se trata de sostener que la distinción sexual es arbitraria, ni siquiera que existe una bisexualidad normal en cuanto a la generación se refiere, aunque ésta puede darse, sino que los dos sexos no son dos categorías esencialmente diferenciadas. Existe, eso sí, una radical diferencia sexual en cuanto al principio de la generación se refiere (espermatozoide u óvulo, en definitiva las gonadas), pero todos los demás

¹⁴ De requisita, cit., p. 56.

caracteres sexuales aún los primarios anatómicos externos y funcionales tienen un principio de unidad a partir del cual existen características diferenciadoras que giran en torno al principio característico del sexo respectivo. Negar esto es negar la misma evidencia. Las consecuencias del eunuquismo, eunucoidismo e hipertrofia suprarrenal, las ginecomastias, la homosexualidad congénita, las disfunciones gonadales y con mayor claridad el fenómeno del ginandroidismo y del androginoidismo, estos últimos recogidos por LANZA en su artículo, nos hablan claramente de una bisexualidad latente. Repetimos que esta bisexualidad no se refiere al principio generador, lo que no impide la aparición, por defectos embrionales, de individuos con verdadera bisexualidad genética.

Los caracteres sexuales, que son los rasgos anatómicos y funcionales que caracterizan a los dos sexos se clasifican a partir de Hunter en primarios, que comprenden la gonada propia de cada sexo y los órganos accesorios del aparato genital, y secundarios que sin pertenecer a éste diferencian un sexo del otro. La clasificación más completa, y hoy casi universalmente admitida, es la de Marañón que reproducimos en el siguiente cuadro, tomado de ALVAREZ-COCA¹⁵.

		M U J E R	H O M B R E
ANATOMICOS	Primarios (genitales)	a) Ovarios (óvulo)	a) Testículos (Espermatozoide).
		b) Trompas Utero Vagina Vulva (labios, clítoris, etc.)	b) Epidídimo. Conducto deferente. Vesícula seminal. Próstata Pene. Escroto
		c) Mamas desarrolladas	c) Mamas atróficas
		a) Predominio de desarrollo pelviano, sobre el escapular	a) Predominio de desarrollo escapular
		b) Sistema locomotor poco enérgico	b) Sistema locomotor muy enérgico
	Secundarios (sexuales)	c) Mayor desarrollo y localización inferior de la grasa subcutánea	c) Menor desarrollo y localización superior de la grasa subcutánea
		d) Sistema piloso juvenil, cabello largo y permanente.	d) Sistema piloso desarrollado, cabello corto y caduco
		e) Laringe de desarrollo infantil	e) Laringe bien desarrollada

¹⁵ ALVAREZ-COCA, *Las insuficiencias gonadales*, cit., p. 43.

FUNCIONALES	Primarios (genitales)	a) Libido hacia el hombre	a) Libido hacia la mujer
		b) Orgasmo sexual lento y no preciso para la fecundación	b) Orgasmo sexual rápido y necesario
		c) Actitud concepcional Menstruación Embarazo Parto Lactancia	c) Actitud fecundante
	Secundarios (sexuales)	a) Instinto maternal y cuidado de la prole	a) Instinto de actuación social (defensa y auge del hogar)
		b) Mayor sensibilidad a estímulos afectivos y menor disposición para la labor abstracta y creadora	b) Menor sensibilidad a los estímulos afectivos y mayor capacidad para la abstracción mental y la creación
		c) Menor actitud para el impulso motor y resistencia pasiva	c) Mayor actitud para el impulso motor y la resistencia pasiva
		d) Marcha y actitud típica	d) Marcha y actitud típica
		e) Voz de timbre agudo. Soprano hacia contralto	e) Voz de timbre grave. Bajo hacia tenor

La cuestión principal es averiguar el criterio de separación entre ambos sexos. De todos los caracteres sexuales ¿cuál es el que, en definitiva, marca el sexo?

Para solucionar este problema hay que tener presentes dos supuestos: a) el fin de la diferenciación sexual. b) los caracteres sexuales, a excepción de la gonada, no están esencialmente diferenciados sino que tienen un principio de unidad.

La diferenciación sexual tiene por fin la reproducción. En consecuencia, el verdadero carácter diferenciador del sexo es aquel elemento esencial en la generación al que, normalmente, están ordenados anatómicamente y funcionalmente los demás caracteres, es decir, aquel al que, en último término, corresponde la función de la procreación. Esta se produce por la fusión del óvulo y del espermatozoide que son los gametos de distinto sexo, el óvulo, femenino, y el espermatozoide, masculino.

Un individuo de la especie humana es hombre o mujer según su

función en la procreación, y, en definitiva, la función masculina o femenina se determina por el óvulo o el espermatozoo. Ahora bien, la diferenciación sexual, está ordenada a la procreación, pero no es condición necesaria la generación efectiva; por lo tanto, el elemento diferenciador no son los gametos, que pueden faltar, sino los órganos que por la naturaleza están ordenados a la producción de aquellos. Son, pues, las gonadas la característica sexual que califica a un individuo humano de hombre o mujer.

A la misma conclusión podemos llegar por el método de exclusión.

De todos los caracteres sexuales citados en el cuadro anterior sólo los primarios pueden darnos un criterio diferenciador.

Pero, respecto a los funcionales, ni la libido ni los del grupo b) y c) pueden considerarse definitivos ya que en el primer caso la homosexualidad y en el segundo su dependencia de los caracteres anatómicos, desvirtúan tal presunción.

En cuanto a los anatómicos primarios, nada nos dice el apartado c) ya que los casos de aplasia en la mujer y ginecomastias en el varón apartan esta suposición.

Menos fácil es el caso del grupo b). Sin embargo un estudio detenido nos muestra como, en definitiva, dichos órganos existen como medios accesorios a las gonadas. En efecto, en el varón tienen por función almacenar el semen testicular y eyacularlo en la vagina femenina, lo que se consigue por el epidídimo y vesícula seminal por un lado, y por otro, con los movimientos peristálticos de los canales deferentes y vesícula, con la secreción prostática que hace de vehículo necesario al semen y con la penetración del miembro viril en la vagina femenina. En la mujer, la vulva, la vagina y las trompas no tienen otra misión que facilitar la fusión del óvulo y del espermatozoide; el útero, por último, tiene como función servir de lugar de permanencia y desarrollo del óvulo fecundado.

Estando todos estos órganos, en cierto modo, subordinados en sus funciones al óvulo y al espermatozoide, en último extremo, el verdadero carácter esencial del sexo ha de ser la gonada.

Este criterio puede ponerse en duda a causa del ginandroidismo y androginoidismo. ¿Cómo se explica que la gonada, si es el elemento diferenciador, pueda, en caso de bifuncionalidad producir los caracteres del sexo contrario?

Para responder a esta pregunta hemos de hacer una distinción. La gonada tiene dos funciones distintas la genética y la interna. Así el testículo tiene una función genética, que, en caso normal, produce el semen fecundo (tubos seminíferos, donde se produce la espermatogénesis) y otra, interna, como glándula endocrina (células de Leydig), productora de las hormonas andrógenas y en mucho menor grado la foliulina (factor femenino). El ovario, igualmente, tiene una función re-

productora, (ovarios) y otra, interna, segregando la foliculina (hormona de la feminidad) y la luteína (hormona de la maternidad y también virilizante).

En algunos casos una disfunción gonadal puede producir, ya en el embrión, la aparición de caracteres del sexo contrario. Esto puede ser debido también a defectos de la corteza suprarrenal de la hipófisis o del tiroides. En estos casos, nada tienen que ver, ni en pro ni en contra, estos defectos, ajenos a las gonadas, con nuestro punto de vista, puesto que el criterio que seguimos para la diferenciación sexual es el de la reproducción. Por este mismo motivo, el hecho de que un defecto, anatómico o funcional, del testículo o del ovario, en cuanto a la secreción endocrina se refiere, perturbe los caracteres sexuales, tampoco es óbice para la calificación sexual. En efecto, hemos dicho que, en último término, el espermatozoide y el óvulo son los genuínos elementos masculino y femenino y que, en consecuencia, son diferenciadores del sexo el dídimo y el ovario, en cuanto son los órganos ordenados por la naturaleza a la producción de los gametos pero no en cuanto productores de tal o cual hormona. Por esto cuando una gonada es testicular, lo que no equivale a decir productora de una hormona determinada, sino de espermatozoides, el individuo es varón; si ovario es mujer. La función reproductora del varón consiste en aportar los espermatozoides al proceso generativo, la de la mujer en la recepción de éstos para su fusión con el óvulo maduro en el útero; por lo tanto, si una disfunción endocrina o patogénica en el embrión perturba o impide que este proceso se realice, tanto por malformaciones como por inversión de los caracteres sexuales, será un caso de esterilidad o de impotencia; pero nada dice en cuanto a la calificación sexual. El individuo con ovario tiene su elemento sexual característico y esencial ordenado a la función femenina y es mujer; en cambio, quien posee dídimo, por la misma razón, es hombre.

Por otra parte, los caracteres sexuales anatómicos se corresponden, en general, de tal modo que una absoluta separación no existe. Como ya hemos señalado estas semejanzas al hablar del pseudohermafroditismo nos abstenemos de hacerlo aquí. Sin embargo, queremos hacer constar que esta indiferenciación de principio es signo de que la diferenciación posterior se produce en virtud de un carácter sexual en función del cual adquieren una morfología y una función determinada. Es, pues, este carácter el verdadero diferenciador sexual. Un defecto del proceso genético u hormonal que invierta o modifique esta diferenciación, nada dice respecto al sexo, sí, en cambio, en relación con la capacidad para la función reproductora. Ya hemos visto que el carácter al que están subordinados funcionalmente los demás, es la gonada; en consecuencia, ésta es el carácter esencial y diferenciador.

4.—El fin último del matrimonio es la generación de la prole; ésta

es aquel bien al que, en última instancia, está ordenada la vida matrimonial y, por tanto, el acto conyugal¹⁶. Ahora bien, no es necesario que la cópula consiga efectivamente este fin, sino que basta que sea el acto humano del proceso generativo, o lo que es lo mismo, aquella actividad de los cónyuges, que, dependiente de su voluntad, esté, por naturaleza, ordenada a la procreación; es decir, que una vez realizado el acto voluntario y su efecto inmediato, pueda ponerse en acción el proceso generativo del que, si no hay ningún impedimento, se sigue un nuevo ser. Para una cópula canónica perfecta basta, por tanto, que la unión sexual tienda a la generación, con independencia del resto del proceso generativo¹⁷.

Lo más importante para nuestro estudio es llegar a precisar cuando una cópula está ordenada a la generación, especialmente en el caso de la mujer.

La función del hombre, como elemento activo, consiste en la aportación de los espermatozoides; la de la mujer, como elemento pasivo, en recibir el semen viril. Con estos dos aspectos, únicos que caen bajo el imperio de la voluntad humana, queda limitado el coito. En el hombre no es preciso, para una eyaculación ordenada a la generación, que el semen contenga espermatozoides. Pero, ¿es válido cualquier semen? La doctrina entiende que, para que la eyaculación esté ordenada a la generación, es preciso que éste proceda de aquella glándula cuya función es la producción y almacenamiento de los espermatozoides. Así pues, no basta cualquier eyaculación, sino que es necesario, para que el acto humano sea completo por parte del varón, que el semen proceda, al menos, del epididimo. La razón es obvia. El principio generador masculino es el espermatozoide; por tanto, la acción ordenada a la generación es la que tiende a producir la fusión del espermatozoide con el óvulo y, en consecuencia, esta tendencia no es completa, si no existe eyaculación de semen testicular. La función varonil no puede ejercitarse sin gonada masculina, aunque sea defectuosa, porque su existencia constitucional es el requisito necesario para que el acto de seminación pueda tender, en cuanto de él depende, a la eyaculación del espermatozoide aunque de hecho tal eyaculación no se produzca. Por lo tanto, como el sexo, en definitiva, tiene un fin generativo, la razón por la que un individuo humano es varón es la existencia del órgano ordenado a la función sexual masculina, es decir, el testículo. La existencia de la gonada, en cuanto a la calificación del sexo varonil se refiere, es necesaria en el momento que la formación biológica del individuo es completa, es decir en el nacimiento.

¹⁶ S. R. R. Sent. 22-I-44, A. A. S., vol. XXXVII (1944), n. 14.

¹⁷ S. R. R. Ibid., n. 15.

La pérdida posterior no tiene ningún efecto en relación con la calificación sexual.

De cuanto llevamos dicho se deduce que el individuo humano cuyos órganos externos sean masculinos, si su gonada es femenina, no sólo no es capaz de contraer matrimonio como varón por falta de semen testicular, sino que ni siquiera puede calificarse de masculino. En efecto, el varón impotente, no puede realizar una eyaculación ordenada a la generación de modo natural, pero esto no es debido a que su organismo carezca del principio ordenado a la producción del elemento masculino, la gonada, sino a un defecto en la perfección del acto voluntario que indudablemente puede depender de un fallo de la gonada, pero no a su ausencia radical, es decir, *constitucional*, del organismo del individuo. En cambio, en el caso expuesto, *constitucionalmente*, existiendo gonada femenina, su naturaleza tiende a la función femenina, aunque un defecto patogénico u hormonal haya invertido los órganos externos y sea incapaz del acto voluntario ordenado a la función femenina.

El caso de la mujer presenta mayores dificultades. Para que una mujer no sea incapaz para el matrimonio por el capítulo de impotencia, no es necesario más que la normalidad de los órganos primarios externos. Al contrario que el hombre, no necesita ningún órgano post-copulativo para su capacidad; de este modo la falta de ovario no es óbice para el matrimonio¹⁸. Cópula ordenada a la generación significa, como ya hemos dicho, unión sexual dirigida a producir la unión de los gametos masculino y femenino. Pero para que una unión sexual esté ordenada a la generación no basta la existencia de los órganos sexuales anatómicos externos, es preciso que éstos estén ordenados a la generación, es decir, que sean órganos que tiendan a producir la fusión de los gametos. Esto se ve claramente en el caso de la mujer fecunda o estéril con integridad de órganos. Pero ¿ocurre lo mismo en el caso de la mujer ovariectomizada? Creemos que sí. La ordenación del acto de recepción a la generación se conserva por la ordenación *constitucional* de la vagina a la unión de los gametos. En efecto, la gonada femenina ha existido en el momento del nacimiento, lo que significa que, por el proceso de diferenciación sexual, los órganos externos se han formado en orden a la función femenina. Por lo tanto, *constitucionalmente*, la vagina femenina tiende a la recepción del espermatozoide en orden a su fusión con el óvulo. En cambio, no podemos decir lo mismo en el caso de que la gonada fuera masculina, porque, en este caso, la vagina tiende a recibir el espermatozoide, pero no en orden a

¹⁸ Debemos advertir que la carencia constitucional de gonada, a diferencia de los demás caracteres sexuales, no se conoce hasta el momento, ya que en todos los casos en que se ha dado, se ha producido la inviabilidad del feto.

su fusión con el óvulo. En efecto, la diferenciación sexual de los órganos externos no se produce en orden a facilitar dicha fusión, porque *constitucionalmente*, no existe ovario ni óvulo, por el contrario, aquellos existen por una disfunción genética. Por lo tanto, en este caso falta vagina ordenada a la generación natural. En último extremo estaría ordenada a producir la fusión del espermatozoide propio del individuo, con el espermatozoide ajeno. No es pues, un órgano ordenado constitucionalmente a la generación. En estas condiciones, el acto sexual no puede llamarse verdadera cópula ordenada a la procreación. Así, pues, no puede aplicarse la misma medida a la mujer ovariectomizada que al individuo con órganos copulatorios femeninos pero con gonada masculina.

Todo cuanto venimos diciendo nos indica que para una cópula ordenada a la generación es preciso fundamentalmente, además de la normalidad en orden al acto voluntario, que los órganos externos estén constitucionalmente ordenados a la unión carnal según el mismo sexo que la gonada.

Por esto, creemos que no es acertado el criterio del Derecho antiguo, seguido por WERNZ, GASPARRI, CAPELLO y otros, de diferenciación sexual por el aspecto de los órganos copulatorios, ya que el coito sólo puede estar ordenado a la generación cuando los órganos externos corresponden al sexo de la gonada.

5.—Una vez establecidos los principios anteriores, veamos su aplicación tanto al hermafroditismo verdadero como al pseudohermafroditismo.

El hermafrodita verdadero no presenta duda sobre su calificación: no es ni hombre, ni mujer, es un caso de bisexualidad porque la existencia de las dos gonadas nos revela una clara indiferenciación sexual. En estas condiciones nos parece que el hermafrodita no es capaz para el matrimonio ya que éste sólo puede contraerse entre varón y mujer. Para LANZA¹⁹ se trata de un caso de sexo dudoso. Esta afirmación es propia de quien no admite la posible bisexualidad, postura que creemos insostenible, sobre todo para quien, como LANZA, la gonada es el criterio diferenciador del sexo. En el caso del hermafroditismo verdadero, no se trata de una gonada cuya función genética sea de un sexo y la endocrina de otro, sino que existe gonada ordenada a la función genética del contrario. Como lo que caracteriza a un sexo no es la gonada sin defectos, sino incluso la defectuosa (eunucoïdismo, atrofia, azoospermia, inmadurez de los folículos de Graaf, etc...), no es un caso de sexo dudoso, sino de bisexualidad.

¹⁹ De requisita, cit., p. 65.

Por otra parte nada se opone a la existencia de tales individuos. El sexo no es la función-eje de la vida humana, ni siquiera la más importante. La bisexualidad, aunque sea una mostruosidad, no es ningún obstáculo insuperable para el fin último del hombre; significa un fuerte obstáculo para la vida de relación, y una incapacidad manifiesta para el sacramento del Orden, pero ni es más contrario a la naturaleza humana que otros defectos sexuales (v. gr. la homosexualidad), ni significa una mayor dificultad en el desenvolvimiento personal que otros graves defectos corporales o enfermedades.

Existen casos extremos en que se pone claramente de relieve esta bisexualidad. Es famoso el caso de Catalina-Carlos Homann, observado por Virchow y otros. Fue bautizada como mujer; en la pubertad presentó poluciones con espermatozoides; a los 20 años tiene menstruaciones e instinto sexual femenino, teniendo relaciones con varones hasta los 40 años en que vuelve a cambiar de conducta, actúa como varón, contrae matrimonio y fue padre de un niño²⁰.

En el hermafroditismo verdadero no es preciso acudir al canon 1068. Aun en el caso de que el individuo fuese potente como varón o como mujer, sería incapaz a causa de su bisexualidad.

Para todas las demás relaciones jurídicas y sociales es prudente que el hermafrodita verdadero elija sexo y actúe conforme a él.

Distinto fundamento tiene la posible incapacidad de los pseudohermafroditas. En éstos existe una diferenciación sexual, son hombres o mujeres, capaces, en principio, para el matrimonio, salvo el caso de impotencia.

En el pseudohermafroditismo completo, tanto masculino como femenino, hay impotencia para la cópula ordenada a la generación según el sexo de la gonada. Los ginandroides no admiten duda de que son impotentes, puesto que en el caso de que se les considerase varones, único supuesto en el que podría plantearse, lo serían por falta de semen testicular, a pesar de que efectuasen la erección y la penetración. Algunos androginoides pueden realizar el coito como mujeres, pero ya hemos hecho notar que no puede hablarse de cópula verdaderamente ordenada a la generación, por no ser los órganos externos del mismo sexo que el de la gonada.

Los pseudohermafroditas externos masculinos, son impotentes a causa de las hipospadias extremadamente acentuadas y muchas veces por la pequeñez del pene.

En cambio, los hermafroditas externos femeninos, en casos leves, pueden ser capaces del coito según el sexo de la gonada, aunque la regla general sea la impotencia.

En el pseudohermafroditismo interno, tanto masculino como feme-

²⁰ Cfr. ALVAREZ-COCA, *Las insuficiencias gonadales*, cit., p. 288 s. s.

nino, ha de estarse a cada caso sin que sea posible dar una regla general, aunque parece ser que es más frecuente la potencia que la incapacidad.

6.—Resumiremos brevemente cuanto hemos dicho. El problema de la capacidad de un individuo humano para contraer matrimonio debe plantearse desde dos puntos de vista. Uno, previo, sobre su capacidad constitucional en orden al sexo, y otro en relación con el impedimento de impotencia.

La solución de cada una de estas dos cuestiones obedece a un criterio distinto. El dato fundamental, en el primer caso, es la gonada; en cambio, en el segundo, es la aptitud de los caracteres anatómicos primarios en orden al acto conyugal ordenado a la generación según la gonada respectiva.

Mientras para LANZA y, en general para la doctrina²¹, el hermafroditismo, en cualquiera de sus dos categorías, es siempre una incapacidad relativa²² en relación con el capítulo de la distinción de sexo, para nosotros no se puede afirmar esto sin distinguir entre ambas. El pseudohermafroditismo es una incapacidad relativa, pero el hermafroditismo verdadero constituye una incapacidad absoluta.

F. J. HERVADA XIBERTA

Profesor del Estudio General de Navarra

²¹ Para una visión general de la doctrina, vid. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico* (Firenze 1951), p. 91 ss.

²² Para D'AVACK la duda sobre el sexo es una incapacidad absoluta (ob. cit., p. 109 ss.), pero lo es en cuanto es duda, no en cuanto admita una verdadera bisexualidad y, por tanto, considera al hermafroditismo, en definitiva, como una incapacidad relativa.