

**Voces:** CIVIL - NULIDAD DEL MATRIMONIO - DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

**Título:** La impotencia sexual de uno de los cónyuges como causal de nulidad del matrimonio a partir de la Ley 26.618

**Autor:** Merlo, Leandro M.

**Fecha:** 25-oct-2011

**Cita:** MJ-DOC-5571-AR | MJD5571

**Producto:** MJ

**Sumario:** *I. Introducción. II. La nulidad matrimonial en nuestra legislación. III. La causal de nulidad por impotencia antes de la Ley 26.618. IV. La causal de nulidad por impotencia luego de la Ley 26.618. V. La causal en el matrimonio homosexual. VI. Legitimación, prescripción, caducidad, confirmación y efectos de la causal. VII. Conclusiones de lege lata.*

---

Por Leandro M. Merlo (\*)

## RESUMEN

La Ley 26.618 permitió la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo pero no modificó las normas relativas a la nulidad matrimonial.

Se analiza el supuesto específico de la impotencia sexual como causal de nulidad matrimonial, desde la sanción del Código Civil hasta la Ley 26.618, observándose que la llamada impotencia coeundi -imposibilidad de mantener una relación sexual- ha sido siempre el único supuesto admitido como causal de nulidad matrimonial, pero no se limitó a cuestiones físicas u orgánicas sino que comprendía diversos factores psíquicos, sufridos tanto por el marido como por la mujer.

Se aplican luego los criterios expuestos en relación al esquema legal vigente, concluyéndose que la impotencia coeundi implica la imposibilidad de una manifestación plena de la sexualidad entre cónyuges, independientemente de su sexo u orientación sexual.

Se advierte finalmente, que no existe en la actualidad vacío legal alguno que impida aplicar las normas referidas a la causal de nulidad del matrimonio por impotencia sexual a todo tipo de unión matrimonial, teniendo en cuenta los diversos modos de manifestar la sexualidad de cada matrimonio en el caso específico, sean los cónyuges del mismo o de distinto sexo.

## I. INTRODUCCIÓN

La sanción de la Ley 26.618, modificatoria del matrimonio civil, permitió en nuestro país la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo al modificar el art. 172 del Código Civil, eliminando del mismo el requisito de la diversidad de sexos.

Dicha ley no modificó las normas relativas a la nulidad del matrimonio ni los impedimentos matrimoniales. En consecuencia, nos proponemos analizar el supuesto específico de la impotencia sexual como causal de nulidad matrimonial, tema que ha generado ya algunos interrogantes en el ámbito académico.

Haremos un breve análisis de la causal desde la sanción del Código Civil hasta la Ley 26.618 para luego analizar si los parámetros y criterios dados por la jurisprudencia y por la doctrina en dicho período deben continuar aplicándose con la actual normativa vigente.

## II. LA NULIDAD MATRIMONIAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Repasemos primero una apretada síntesis de la evolución histórica de las nulidades matrimoniales.

El Código de Vélez contempló la nulidad de los actos jurídicos en general en el art. 1037, dentro del marco de la teoría general de los actos jurídicos, dejando las nulidades matrimoniales bajo la órbita del derecho canónico.

La Ley 2393 se apartó del derecho canónico y estableció causales específicas de nulidad del matrimonio, (1) las cuales solo podían ser invocadas por parte legitimada para hacerlo.

La Ley 23.515 estableció claramente cuáles eran las causales de nulidad del matrimonio en los arts. 219 y 220 del Código Civil.

Finalmente, la Ley 26.618 nada dijo respecto la nulidad del matrimonio, limitándose a permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo al modificar el art. 172 del Código Civil. Equiparó los derechos de los matrimonios entre personas del mismo o distinto sexo mediante meras modificaciones terminológicas referidas al género masculino-femenino en diversos artículos del código. Ratificó lo expuesto mediante un artículo "equiparador de derechos", que lleva a más de una paradoja en la aplicación práctica del mismo (2).

## III. LA CAUSAL DE NULIDAD POR IMPOTENCIA ANTES DE LA LEY 26.618

### 1. Configuración de la causal

Como causal de nulidad matrimonial, la impotencia debe impedir absolutamente las relaciones sexuales entre los cónyuges conforme lo establece el art. 220 inc.3 del Código Civil.

En tal sentido, se han distinguido clásicamente dos especies de impotencia, la *coeundi* y la *generandi*.

La primera implica la imposibilidad material de realizar la cópula o coito, en tanto la segunda se refiere a la esterilidad que impide la descendencia o engendrar, coincidiéndose históricamente en doctrina y jurisprudencia que es solo la impotencia *coeundi* la que configura la causal de nulidad que analizamos (3).

Nuestros tribunales han establecido históricamente una serie de requisitos para dar por configurada la causal de impotencia: la misma debía ser absoluta, manifiesta y anterior a la celebración del matrimonio (4).

Por absoluta se entiende la imposibilidad total, categórica cierta e inequívoca de realizar el acto sexual con el otro cónyuge sin importar que el esposo que padece la limitación pueda tener uniones sexuales con otras personas, pues lo que interesa a los fines del matrimonio es que sea apto con su marido o mujer (5).

Por manifiesta se entiende la necesaria, cabal y concluyente comprobación sobre la imposibilidad para el acceso carnal con el otro cónyuge, cuyo origen puede obedecer tanto a deficiencias de orden orgánico como ser la carencia, lesión o inepta conformación de los órganos sexuales, como a causas de orden funcional, como ser las anomalías en el funcionamiento de los órganos y los trastornos psíquicos que impiden la consumación.

La Ley de Matrimonio Civil exigía además que la impotencia fuera anterior al matrimonio y no sobreviniente, y aun la que se hubiese puesto de manifiesto con motivo o en ocasión del matrimonio, lo que puede ocurrir cuando se trata de impotencia psíquica con relación al otro cónyuge (6).

Las exigencias antes expuestas fueron morigerándose con el avance en el campo de la ciencia médica, aceptándose la configuración de la impotencia coeundi cuando se manifestaba a través de defectos anatómicos, causas orgánicas debido a cambios hormonales, enfermedades neurológicas, factores psíquicos (7) atribuibles a cualquiera de los cónyuges, ya sea al varón (por la imposibilidad de penetración) o a la mujer (por la imposibilidad de ser accedida carnalmente).

Tanto la pericia médica como la psicológica fueron pruebas insustituibles en materia de prueba de la impotencia como causal de nulidad matrimonial, (8) ya que se admitió que era indistinto para que se configurara la causal que la impotencia fuera producida por causas físicas o psíquicas (9).

La negativa del cónyuge demandado a someterse a una prueba pericial médica constituye solo una presunción desfavorable para aquel, ya que no tiene por sí sola fuerza suficiente para definir el caso ni puede realizarse la misma de modo compulsivo, debiendo estar apoyada por la existencia de otros medios corroborantes (10).

Cuando la Ley 23.515 derogó la Ley 2393 y modificó el art. 220 inc. 3 del CCiv, sustituyó la antigua fórmula de la impotencia -absoluta, manifiesta y anterior al matrimonio- por la de impotencia de uno de los cónyuges o de ambos que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos.

En este esquema se admitió con más fuerza como causal la impotencia psicológica por incompatibilidad sexual recíproca o relacional, fobias sexuales padecidas por cualquiera de los cónyuges y aspectos similares que obstan a la comunicación sexual entre aquellos (11).

Debe tenerse en cuenta que la imposibilidad de mantener relaciones sexuales con el cónyuge -sea por causales físicas o psíquicas- difiere sustancialmente de la negativa a mantener relaciones sexuales sin tener obstáculo físico o psíquico alguno, lo que configuraría una causal de separación personal o divorcio vincular que encuadraría dentro de las injurias graves del art. 202 del Código Civil.

## 2. Impotencia del marido

La impotencia del marido, si bien reconoce algunas de las características analizadas previamente, presenta algunas particularidades en las que conviene detenerse.

En tal sentido, se dijo que corresponde anular el matrimonio por impotencia del marido en los casos en que se juzgue acreditada la impotencia psíquica irremediable con respecto a su esposa. Esta impotencia psíquica debe existir solo con respecto a la cónyuge, que es la única persona con la cual puede medirse la aptitud sexual del esposo (12). En similar sentido la causal quedó configurada por una disminución

de la afectividad, un instinto sexual conservado, lo que implicaba una impotencia sexual psíquica, sin ser relevante si físicamente el marido era capaz de mantener relaciones sexuales (13).

En los supuestos de impotencia física, es irrelevante que el marido sostenga haber mantenido relaciones sexuales con otras mujeres, ya que lo que debe probarse es el demérito sexual atribuido por la cónyuge y para con ella, (14) siendo irrelevante contar con un currículum sexual previo al matrimonio (15).

### 3. Impotencia de la mujer

La impotencia femenina presenta una configuración de la causal y características probatorias propias, distintas de la masculina, pero sin por ello dejar de compartir elementos comunes. También puede configurarse tanto por motivos físicos o psíquicos.

En algunos casos, deben buscarse las causas que originan la impotencia sexual femenina encuadrada como neurosis fóbica, cuyo origen se encuentra en experiencias tempranas, siendo en última instancia un síntoma de conflictos no resueltos inconscientemente, ya que la represión de dichos conflictos puede provocar la inhibición del impulso sexual (16).

Observamos entonces que en algunos casos una situación de requerimiento sexual por parte del marido a la esposa puede llegar a ser vivida como una situación peligrosa, que se manifiesta en el rechazo, la fobia o la repulsión al acto sexual, aspectos que configuran la causal manifestada en una invencible repugnancia a la aproximación carnal (17).

Pero aun mediando aproximación sexual entre los cónyuges, si no se ha producido la cópula y la relación anátomo-fisiológica de la esposa, y habiéndose sometido la mujer a terapia psicológica por problemas que hacían a todo lo referente a la sexualidad como tabú, se entiende que dicha falta de sensibilidad sexual obedece a razones de orden psíquico, que no han sido momentáneas, pues se han prolongado en el tiempo y constituyen una fobia sexual traduciéndose esa frigidez en una impotencia que autoriza la anulación del matrimonio (18).

En materia probatoria, la virginidad de la mujer es una presunción concluyente de la impotencia sexual del cónyuge, aunque el desfloramiento no significa lo contrario, pues puede haberla perdido antes del matrimonio, o por causas violentas o quirúrgicas, cuestión cuya indagación no cabe en la litis, debiendo en consecuencia arrimarse al proceso otro tipo de pruebas (19).

### 4. Impotencia recíproca

El art. 220 inc. 3 del Código Civil establece además el caso de impotencia de ambos cónyuges, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos. En este caso la acción de nulidad corresponde entablarla a ambos.

En relación a esta particular situación, se ha tenido en cuenta que la realización del acto sexual depende de la complementación armónica de las muy diversas aptitudes de ambos cónyuges en todos los planos y que dado el fracaso de la unión carnal, en la primera aproximación a la develación de las causas cabe plantear y considerar la hipótesis de deficiencias recíprocas en esa falta de conjunción de los sexos, (20) puesto que la unión sexual no es un acto aislado de uno de los esposos sino el resultado de una participación común, en una compleja convergencia de sutiles mecanismos de ese asombroso don que es la naturaleza humana (21).

## IV. LA CAUSAL DE NULIDAD POR IMPOTENCIA LUEGO DE LA LEY 26.618

Dado que la Ley 26.618 no modificó el sistema de nulidades matrimoniales, en el caso concreto de la

impotencia subsisten los mismos requisitos para la configuración de las causales, la legitimación para intentar la acción y sus efectos, independientemente de que se trate de matrimonios heterosexuales u homosexuales.

Sin embargo, creemos que es conveniente hacer unas breves precisiones respecto a la causal en relación al matrimonio homosexual.

## V.LA CAUSAL EN EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Hemos referenciado que en el matrimonio heterosexual -antes y luego de la reforma de la Ley 26.618- queda configurada la causal de nulidad por impotencia sexual ya sea por la imposibilidad de consumar el matrimonio, por padecimientos físicos como psicológicos, ya sea por no poder tener acceso carnal el marido con la mujer, de realizar el coito o cópula, de penetrar el varón a la esposa, de ser la mujer accedida y, en definitiva, por toda «ineptitud física o psíquica para el cumplimiento normal y completo del acto sexual, por parte de un individuo de uno u otro sexo con independencia de su incapacidad ovulogénica o espermatogénica [...] la imposibilidad permanente o frecuente de realización del coito [...] la imposibilidad material de llevar a cabo la cópula, es decir la coeundi y no la de procrear» (22).

Ahora bien, dado que la Ley 26.618 permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, y el art. 42 de la misma otorga a estos matrimonios idénticos derechos, deberes y efectos, entendemos que la configuración de la causal no ha cambiado en relación a los matrimonios homosexuales.

Es que a pesar de que a priori pudiera pensarse que el fundamento de la causal de nulidad por impotencia está dado por la imposibilidad de consumar el matrimonio mediante el coito entre un hombre y una mujer, dicho pensar soslaya no solo que los cónyuges pueden brindarse mutuamente a la satisfacción de su sexualidad de maneras muy diversas, sino que dicha sexualidad puede ser vivida por un hombre y una mujer, dos hombres o dos mujeres y, en consecuencia, la impotencia puede impedir desarrollar aquella plenamente.

Ya vimos que previo a la reforma existían precedentes que, sin indagar específicamente respecto a la posibilidad de concretar la cópula en sí, han declarado la nulidad por impotencia basada en cuestiones meramente psicológicas, por fobias sexuales y aun por repugnancia o asco al encuentro sexual motivados por distintas causas. Entendemos que todo lo expuesto es perfectamente aplicable al actual esquema legal que permite el matrimonio a dos hombres o a dos mujeres.

Son los cónyuges los únicos interesados en la realización de su sexualidad del modo que a ellos satisfaga, independientemente de su edad o género, cuestión que no debe preocupar a la sociedad o al Estado, ya que la misma ley dejó librado solo a aquellos la posibilidad de analizar en su esfera íntima cuánto los afecta su vida sexual en relación a su cónyuge, y de ser así, legitimarlos exclusivamente para accionar por nulidad matrimonial.

Por todo lo expuesto entendemos que los criterios de configuración de la causal de nulidad por impotencia sexual ya expuestos respecto al matrimonio heterosexual se aplican al matrimonio homosexual, y no solamente por la aplicación del art. 42 de la Ley 26.618.

Es que a nuestro entender, el tradicional concepto de "impotencia coeundi" debería ser repensado y entendido a la luz de la nueva ley como la imposibilidad de brindarse sexualmente con el otro cónyuge independientemente del modo de manifestar en la intimidad dicha sexualidad, se trate de matrimonios entre personas del mismo o distinto sexo.

Los peritos médicos y psicólogos, en el marco de los procesos de nulidad por la causal analizada, como auxiliares de la Justicia, también deberán dar una respuesta actualizada a la luz de las cuestiones

planteadas, que iluminen a los letrados y jueces en cuestiones médico-psicológicas y de relación, que seguramente son desconocidas para la gran mayoría de los operadores jurídicos. En tal sentido, deberá establecerse en cada caso concreto -como siempre se ha hecho- si se configura la impotencia coeundi en los términos analizados.

## VI. LEGITIMACIÓN, PRESCRIPCIÓN, CADUCIDAD, CONFIRMACIÓN Y EFECTOS DE LA CAUSAL

Excedería la extensión y el objeto de la presente ponencia analizar las cuestiones enunciadas en el presente acápite, por lo que nos limitaremos a dar una sintética visión de las mismas.

La acción para entablar la nulidad corresponde al cónyuge que alega la impotencia del otro o la común de ambos (23).

Entendemos que la acción resulta imprescriptible como toda acción de estado de familia (24).

En referencia a la caducidad, esta agota la acción de nulidad, consolidando el matrimonio inválido. El régimen de la caducidad de la acción de nulidad matrimonial se estructura con un principio general y excepciones al mismo, contenidos en el art. 239 del Código Civil.

Existen a su vez supuestos de confirmación del acto matrimonial nulo, contemplados en el art. 220 del Código Civil: la interrupción de la cohabitación una vez advertido o cesado el vicio, alcanzada la edad legal, recuperada la razón o en el especial supuesto de la concepción, dependiendo cada supuesto de nulidad.

En cambio, no hay establecida ninguna causal de confirmación en el caso del impedimento de impotencia. Por lo tanto, mientras esta subsista podría plantearse la nulidad del matrimonio (25).

Sin embargo, distintos supuestos específicos en relación a la conducta de las partes obstan a intentar la acción de nulidad con fundamento en la impotencia. En tal sentido, se ha marcado el caso de la suposición de parto por la mujer de marido impotente, inscribiendo como propio un hijo que no lo es; el de la impotencia del marido y adulterio de la mujer, medie o no concepción, ya que no podría alegarse que la consumación o la paternidad obedecen al hecho de un tercero, por tratarse de prueba prohibida; la inseminación artificial o a la fecundación extrauterina homóloga o heteróloga mediando consentimiento de los cónyuges; cuando el afectado recupera su potencia sexual y la consumación del matrimonio tiene lugar; el divorcio decretado o en trámite, etc. (26)

Finalmente, en relación a los efectos de las nulidades matrimoniales declaradas, habrá que distinguir si existió buena o mala fe por parte de los cónyuges, ya que los efectos serán distintos en uno u otro caso (27).

## VII. CONCLUSIONES DE LEGE LATA

a) La llamada impotencia coeundi -esto es, la imposibilidad de mantener una relación sexual- es el único supuesto admitido como causal de nulidad matrimonial por impotencia sexual y no se limita a cuestiones meramente físicas u orgánicas, sino que comprende diversos factores psíquicos, ya sean trastornos psicológicos (aversiones, fobias, pánico, evitación, etc.) y aun meras cuestiones de incompatibilidad sexual.

b) La impotencia coeundi no está limitada a la imposibilidad de consumar el matrimonio mediante el coito entre un hombre y una mujer, sino que incluye la imposibilidad de satisfacción o manifestación plena de la sexualidad entre cónyuges, independientemente de su sexo u orientación sexual.

c) Resulta indiferente para la configuración de la causal que los cónyuges sean potentes con terceras personas si no lo son entre sí.

d) No existe en la actualidad vacío legal alguno que impida aplicar las normas referidas a la causal de nulidad del matrimonio por impotencia sexual a todo tipo de unión matrimonial.

e) La causal de nulidad del matrimonio por impotencia sexual debe aplicarse teniendo en cuenta los diversos modos de manifestar la sexualidad de cada matrimonio en el caso específico, sean los cónyuges del mismo o de distinto sexo.

-----

(1) Arts. 84 y 85 de la Ley 2393.

(2) Art. 42 Ley 26.618.

(3) CNCiv, Sala D, 1/8/1983, "V. L. R. c/ G. C. A.", LL 1983-D, 547, AR/JUR/1399/1983.

(4) Íd., Sala D, 1/8/1983, ED, 106-212, con fundamento en el antiguo art. 85 de la Ley 2393.

(5) Íd., Sala D, "V. L. R. c/ G. C. A.".

(6) Íd., Sala D, 1/8/1983, ED, 106-212; íd., Sala E, 3/8/1982, ED, 101-399.

(7) ZANNONI, Eduardo, pp. 379 y ss.

(8) CNCiv, Sala G, 4/5/1982, "T. O. D."; íd., Sala G, 23/2/1982, ED, 102-242.

(9) Íd., Sala E, 3/8/1982, ED, 101-399; íd., Sala G, 23/2/1982, ED, 102-242; Juzgado en lo Civil y Comercial de Tandil, 29/7/1977, "A. E. M. c/ D. L. de A. N. H."; AR/JUR/1112/1977.

(10) CNCiv, Sala E, 3/8/1982, ED, 101-400; íd., Sala D, 1/8/1983, ED, 106-212.

(11) "P. E. H. c/ H. G. M. p/ nulidad de matrimonio -d. y p.- med. prev. s/ cas.", Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, 16/6/1999, EDJ11994; Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 1, 13/12/2002, "P. D. M. L. c/ A. G. J.", La Ley Online, AR/JUR/7137/2002; Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial y de Conciliación N° 10 de Córdoba, 20/3/1987, "R. D. C. G. c/ G. A. M.", LL 1990, 301, con de nota de Miguel José Pío Angulo, AR/JUR/228/1987.

(12) CNCiv, Sala E, 3/8/1982, "D. E. c/ C. M. P.", LL 1983-A-115.

(13) Íd., Sala B, 19/8/1980, "B. S. L. c/ G. E.", LL 1980-D-174 y AR/JUR/2357/1980.

(14) Íd., Sala A, 17/6/1986, "V. M. S. c/ A. C. B.", LL 1986-D-403 y DJ 1987-1-247.(15) Íd., Sala A, 11/11/1981, "R. E. c/ M. M.", LL 1982-B-33 y AR/JUR/5516/1981.

(16) BLEGER, José, Psicología de la conducta, p. 149, Eudeba, citado por ANGULO, Miguel José P., "Nulidad de matrimonio por impotencia femenina", LL 1990-299-1990.

(17) CNCiv, Sala C, 10/4/1986, "V. E. c/ A. Z.", LL 1987-A-107 y AR/JUR/1114/1986.

(18) Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial y de Conciliación N° 10 de Córdoba, 20/3/1987, "R. D. C. G. c/ G. A. M.", LL 1990, 301, con nota de Miguel José Pío Angulo, AR/JUR/228/1987.

(19) CNCiv, Sala E, 3/8/1982, "D. E. c/ C. M. P.".

(20) Íd., Sala C, 10/4/1986, "V. E. c/ A. Z.".

(21) Íd.

(22) Vidal Taquini, Carlos, Matrimonio civil, pp. 650 y ss.

(23) Art. 220 inc. 3 del Código Civil.

(24) Así lo sostienen ZANNONI; BELLUSCIO; VIDAL TAQUINI, Carlos H. "Caducidad de la acción de nulidad de matrimonio por impotencia", LL 1986-B, 707.

(25) CNCiv, Sala A, 4/12/1984, "C. J. J. c/ M. A.", LL 1985-C-616, con nota de WAGMAISTER, Adriana M., AR/JUR/16/1984.

(26) Supuestos enumerados por VIDAL TAQUINI, op. cit.

(27) Arts. 221, 222 y 223 del Código Civil.

(\*) Abogado. Docente de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA.

Ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29 de setiembre - 1 de octubre 2011.