

Informe de Investigación

Título: Nulidad de matrimonio por impotencia

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Matrimonio.
Tipo de investigación: Compuesta.	Palabras clave: Impotencia, Evolución, Requisitos, Precedentes Históricos, La <i>inspectio corporis</i> , Clases de Impotencia.
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 10 – 2010.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a) Impotencia.....	2
Concepto.....	2
Evolución.....	3
Requisitos de la impotencia como supuesto de nulidad de matrimonio.....	3
La impotencia en la mujer.....	5
Prueba de la impotencia.....	5
La "inspectio corporis" compulsiva.....	6
La prueba de confesión.....	6
Ejercicio de la acción.....	7
b) Impotencia.....	7
Precedentes históricos.....	7
Diversas soluciones legislativas.....	7
Derecho argentino.....	8
Clases de impotencia.....	10
c) Impotencia.....	12
3 Normativa.....	13
Código de Familia.....	13
ARTICULO 15.- Es anulable el matrimonio:.....	13
4 Jurisprudencia.....	14
a) Nulidad del matrimonio: Consideraciones sobre la impotencia sexual.....	14
b) Nulidad del matrimonio: Concepto y clasificación de impedimentos.....	16
c) Acción de inconstitucionalidad en relación a la Nulidad por Impotencia.....	19
5 Consulta Judicial de Constitucionalidad.....	21



1 Resumen

El presente informe trata el tema de la nulidad del matrimonio por la impotencia. El mismo se desarrolla por medio de doctrina argentina, y jurisprudencia de la práctica judicial costarricense, explicando el concepto de impotencia, su evolución, los precedentes históricos, los requisitos de la impotencia como supuesto de nulidad de matrimonio, la impotencia en la mujer, su regulación en Argentina, las clases de impotencia, jurisprudencia sobre las consideraciones sobre la impotencia sexual y el concepto y clasificación de impedimentos, entre otros.

2 Doctrina

a) Impotencia

[Zannoni]¹

Concepto

El art. 85, inc. 4° de la ley 2393 prevé la nulidad del matrimonio: *“en el caso de impotencia absoluta y manifiesta de uno de los cónyuges, anterior a la celebración del matrimonio. La acción corresponde exclusivamente al otro cónyuge”*

La impotencia, en el sentido de la ley, constituye la imposibilidad que padece uno de los cónyuges para realizar la cópula. Se la llama impotencia "coeundi" —de coire, de donde también proviene *coitus*, cópula— para distinguirla de la impotencia "*generandi*", o esterilidad. Esta última no está comprendida en la impotencia a que alude el artículo que comentamos. Ello se debe a la recepción secular de la doctrina canónica que ha caracterizado acabadamente ambos supuestos. Distinguiendo entre impotencia "coeundi" —o simplemente, impotencia— y esterilidad, se ha dicho que la primera importa un vicio o defecto que impide uno de los fines esenciales del matrimonio: el remedio a la concupiscencia, en tanto que la esterilidad impide la generación, que si bien constituye un fin-término del matrimonio, no importa un fin-pretensión de los cónyuges.

Explicando la distinción, dice Bernárdez Cantón: "aun cuando el fin primario del matrimonio sea la procreación, se entiende que el derecho natural dirime el matrimonio cuando no puede tener lugar el objeto inmediato del consentimiento matrimonial... En cambio, no es objeto del consentimiento la generación de la prole, ni puede serlo, por cuanto la procreación efectiva cae fuera de la voluntad de las partes" (Curso de derecho matrimonial canónico, p. 104, n° 28-11). O como reza una Sentencia del Tribunal de la Bota del 11 de marzo de 1946, citada por el mismo autor: el fin es la prole; el objeto inmediato del contrato (de matrimonio) es el coito mediante actos por sí aptos para la generación de la prole.

Evolución

En el derecho romano, la impotencia no constituyó causal de nulidad del matrimonio sino de divorcio, lo que se explica dada la relativa liberalidad con que se concibió el divorcio absoluto y que fue motivo de graves restricciones en tiempo de Justiniano. En efecto, la impotencia incurable era causal de divorcio bona gratia, juntamente con la prisión de guerra y elección de vida claustral. Sólo constituía incapacidad para contraer matrimonio la castración, y de ahí que se distinguiese entre los *castrati* (castrados) y los *spadones* (impotentes). La impotencia de los castrados es manifiesta, pero no ocurre lo mismo con todas las demás especies de impotencia, y de ahí —como se ha explicado— que los romanos no las tuvieran en cuenta, especialmente en consideración a la libertad del divorcio.

Un verdadero deslinde se iniciaría, sin duda, en la doctrina de Santo Tomás. Decía éste, a propósito de los ancianos, que, aunque no siempre tengan ardor suficiente para procrear, si lo tienen para realizar el coito", y ésta es la razón por la cual se les permite el matrimonio en cuanto es remedio de concupiscencia, aun cuando no les compete en cuanto es oficio natural. Por eso, si bien en los primeros siglos de la Iglesia se aceptaron las leyes del derecho romano, ya en las Decretales del papa Gregorio IX se alude específicamente a la impotencia como impedimento: *impotens ad copulam est impotens ad contrahendum matrimonium* —el impotente para la cópula es incapaz para contraer matrimonio— (Cap. II, tít XV, Libro IV: *De frigidis et maleficiatis et impotentia coeundi*).

Y en las mismas Decretales se esbozan ya dos requisitos de la impotencia *coeundi*: absoluta y natural. *Naturate impedimentum ad coitum, irreparabile arte medicorum* —dice el Cap. III, tít. XV, Libro IV— *matrimonium impedit* ("el impedimento *natural* para el coito, médicamente insanable, impide el matrimonio). Surge así la doctrina de la impotencia *coeundi* como impedimento de derecho natural que acoge el canon 1068, inc. 1° del Código de Derecho Canónico.

Nuestra ley de matrimonio civil no considera la impotencia como impedimento. Esto significa que ninguna persona podría deducir oposición a la celebración de las nupcias aduciendo que alguno de los contrayentes padece de impotencia. "Ello explica que nuestro derecho —como el derecho canónico y la generalidad de las legislaciones— no establezcan límites de edad máxima para celebrar el matrimonio. De ahí que el matrimonio de quien, por enfermedad, se halla en peligro de muerte, sea admitido y se perfecciona, con independencia de que se produzca el fallecimiento en breve lapso posterior".

Requisitos de la impotencia como supuesto de nulidad de matrimonio

El art. 85, inc. 4° de la ley 2393, con evidente parquedad, habla de impotencia absoluta, manifiesta y anterior a la celebración del matrimonio. Literalmente, ello conduciría a reputar:

a) **Absoluta**, aquella impotencia *coeundi* que impide fisiológicamente la cópula con cualquier persona del otro sexo. Tal sería el caso del hombre carente de pene o afectado de malformaciones groseras, o el de la mujer carente de vagina.

b) **Manifiesta**, aquella impotencia "*coeundi*" que se traduce en deficiencias orgánicas o instrumentales que permiten determinar con toda precisión la incapacidad de copular (infantilismo

en los genitales, agene- sias, etcétera).

c) **Anterior** a la celebración del matrimonio, aquella impotencia que, por sus caracteres y, en particular, por la forma de manifestarse, aparece como antecedente a las nupcias. Si fuera sobre viniente, no cabría anular el matrimonio.

Interpretando estrictamente la inteligencia normativa aducía Machado: "La impotencia debe ser absoluta y manifiesta, es decir que el Cónyuge debe carecer de órganos sexuales, porque si los tuviera, aunque fueran imperfectos, no tendría lugar la nulidad. El reconocimiento médico-legal no puede versar sobre la imposibilidad de realizar el acto sexual existiendo órganos, porque entonces no sería manifiesta, aunque fuera absoluta según el arte de curar. La ley ha querido que sea absoluta, y sólo cuando existe la evidencia, que salta a la vista de cualquiera, se considera manifiesta".

Sin embargo, los progresos de la ciencia médica por mi lado, y la necesidad de resolver con equidad los múltiples casos llevados ante los tribunales por otro, han conducido a una interpretación más amplia del texto legal. En efecto, la impotencia *coeundi*, no sólo puede estar determinada por causas orgánicas locales —como el caso de malformaciones, agenesias, destrucciones traumáticas o quirúrgicas, etc.—, sino también por causas orgánicas generales de carácter patológico, como los síndromes endocrinos, caquexia, etc., e, incluso, por causas neurológicas, como la tabes, procesos de parálisis general, etcétera. Restan, además, los casos de impotencia llamada fisiopática, provocados por intoxicaciones (por alcohol, v.gr.), excesos genitales, neurastenia, y los procesos de pseudoimpotencia que, de todos modos, impiden la cópula, como las perversiones, fobias, depresiones, etcétera.

Por otro lado, nuestra jurisprudencia —con acierto— ha entendido que por *absoluta* debe entenderse aquella impotencia que afecta a uno de los cónyuges para realizar la cópula con el otro. Al respecto se ha dicho: "poco importa que el marido, v.gr., sea potente con otras mujeres si no lo es para con su esposa, porque obligando a una mujer a convivir perpetuamente con un marido inepto para satisfacer el débito conyugal, se abriría la puerta al adulterio y al escándalo público". Téngase en cuenta, además, que la impotencia se refiere al cumplimiento del débito dentro del matrimonio; la circunstancia de que el marido pudiese tener relaciones sexuales con otras mujeres carece de trascendencia, por cuanto se trataría, en todo caso, de relaciones prohibidas por la ley y constitutivas de adulterio.

En nuestra jurisprudencia la orientación es definitiva en el sentido expuesto, a partir del fallo de la ex Cámara Civil 2° de la Capital, del 2-10-1915: el término legal de absoluta se refiere a la impotencia que afecta a uno de los cónyuges para mantener relaciones sexuales con el otro, sin importar que pueda aquél mantenerlas con otras personas, fuera del matrimonio.

Por ello se ha desechado también la realización de la antigua prueba del congreso que consistía en determinar la potencia sexual del varón mediante la realización del coito con una mujer ,que complacientemente se prestaba a ello ante testigos que luego deponían ante el tribunal. Esta prueba, aberrante y atentatoria contra la dignidad y el pudor de las personas, fue practicada en algunas oportunidades ante nuestros tribunales.

Aceptadas las distintas causas que pueden conducir a la impotencia *coeundi* de uno de los cónyuges, ésta resulta manifiesta, no sólo cuando es evidente por carencia de órganos, deformaciones o mutilaciones, sino cuando es probada fehacientemente aunque se trate de impotencia de origen psíquico".



Finalmente, la impotencia debe ser *anterior a la celebración del matrimonio*, lo cual será objeto de prueba. En tal sentido se ha resuelto que: "si hubo coitos prematrimoniales y luego del matrimonio no hubo relaciones sexuales por razones fisiopáticas, la impotencia es sobreviniente" En algún fallo se rechazó la acción de nulidad al no poder establecerse claramente si el matrimonio se había consumado o no.

La impotencia en la mujer

Si bien mucho más infrecuente que en el hombre, la impotencia puede afectar también a la mujer. Mientras en aquél la impotencia impide el acceso vaginal, en la mujer la impotencia se traducirá en la imposibilidad de ser accedida. Se han señalado diversas causas: infantilismo en los genitales externos, estenitis vestibular y vaginal (congénita, cicatrizal, neoplásica, por senilidad), raquitismo de la pelvis en alto grado, anexitis, etcétera. Particular importancia asume el vaginismo, es decir una contracción espástica por estímulos externos de toda la vagina o de los músculos puborrectales o del músculo constructor del vestíbulo. Se trata, como explicaba Della Volta, de un espasmo muscular del pavimento pelviano que se produce principalmente en el acto del coito, obstaculizando o impidiendo en absoluto su cumplimiento.

En algunos fallos se han resuelto casos de impotencia en la mujer admitiéndose supuestos como la neurosis obsesiva fóbica al acto sexual, o fobia sexual. Pero se ha rechazado la nulidad si sólo se prueba frigidez que no se traduzca en impotencia.

Prueba de la impotencia

El objeto de la prueba en el juicio de nulidad de matrimonio por impotencia es, obviamente, la determinación de su existencia, cualesquiera que fueren las causas que la provocan. De ahí que, en la práctica, la prueba pericial resulte imprescindible. La pericia médica supone un examen clínico de las anomalías orgánicas o funcionales que constituyen el fundamento de la acción. Debe lograr determinar, con los alcances antes expuestos, los tres requisitos de la impotencia para configurar causal de nulidad: absoluta, manifiesta y anterior a la celebración del matrimonio.

Ante la resistencia del marido a someterse, en caso de ser demandado, a la prueba pericial, se ha atribuido singular valor a la constatación de que la mujer no ha sido desflorada. Se ha resuelto, así, que no prestándose el marido demandado al examen médico, la existencia de un himen intacto en la esposa es signo claro de que no se consumaron relaciones sexuales entre ambos. En otros casos se ha negado a esa sola circunstancia valor probatorio absoluto, porque "el incumplimiento del débito conyugal no obsta, por sí solo, a la subsistencia del vínculo matrimonial. Es menester que medie, además, impotencia de alguno de los cónyuges". De todos modos, "dada la dificultad de establecer la impotencia sexual del varón cuando no presenta anomalías funcionales, psíquicas u orgánicas apreciables, la prueba de presunciones no puede ser desechada, siempre que las mismas sean graves, precisas y concordantes y se basen en principios científicamente admitidos".

No obstante, el desfloramamiento de la mujer no descarta la impotencia del marido. Ese desfloramamiento podría ser anterior a la celebración del matrimonio o deberse a circunstancias

ajenas a la cópula, como desgarró, intervención quirúrgica, etcétera. A su vez, se citan los no infrecuentes casos de cópula sin desgarró himeneal en la mujer, como en el llamado coito vestibular, en que el himen, por su conformación, ha presentado una resistencia suficiente para impedir la penetración.

Nerio Rojas transcribe un informe médico-legal en el que se había comprobado la normalidad anatómica de la esposa y la integridad del himen; no obstante ella sufría de coitofobia (seudoimpotencia de origen psíquico): "cuando el acto estaba a punto de iniciarse, o antes de ello, la señora sufría un acceso de ansiedad, en ocasiones con gritos, y se alejaba y resistía violentamente, obedeciendo a una causa psíquica patológica, a una fobia, consistente en el temor de morir por efecto del traumatismo del coito o del dolor, o de una hemorragia o de un grave desgarró interno, pues, según explicaba, le parecía anatómicamente imposible que ese accidente no se produjera".

En otros casos el himen, por su conformación, permite la penetración del pene sin desgarró. Es el llamado himen complaciente o lobulado, de consistencia blanda y elástica, cuyo orificio puede dilatarse lo suficiente, sin provocar hemorragias y sin dejar signos de desfloración hasta el primer parto. En esos casos es obvio que la subsistencia íntegra del himen carece de relevancia probatoria sobre la existencia o inexistencia de relaciones sexuales entre los cónyuges.

La "*inspectio corporis*" compulsiva

En general, se ha sostenido que si el cónyuge demandado se niega a someterse a la prueba pericial médica, no se puede ordenar, compulsivamente, su realización, aunque dicha actitud constituiría una presunción favorable a la alegada impotencia. Algunos autores, como Prayones y también fallos, entendieron en cambio que era procedente ordenar la *inspectio corporis* aun con el auxilio de la fuerza pública.

Nosotros sostuvimos también esta última opinión en dos notas. Sostuvimos entonces, siguiendo a Campogrande, que no cabe dispensar al presunto impotente de someterse a 'la pericia médica invocando el llamado derecho de disposición sobre su cuerpo (*ius in se ipsum*). Porque, en el caso, el *ius in se ipsum*. del cónyuge presuntamente impotente hállese en oposición al *ius in se ipsum* del otro cónyuge. Aquél invoca la intangibilidad de su propia persona, mientras éste reclama la nulidad de un matrimonio que no le permite reasumir una libertad sexual que se satisfaga en otra unión matrimonial. Ante la alternativa, juzgábamos procedente el examen médico ordenado incluso de oficio por el juez.

De todos modos, en la mayoría de los casos, la pericia ordenada mediante la *inspectio corporis* compulsiva no satisfará su cometido porque sin la colaboración y asentimiento de aquel sobre quien se practica, difícilmente se la podrá cumplir eficazmente.

La prueba de confesión

Estimamos que la prueba de confesión debe ser desechada por las mismas razones que la tornan improponible en el juicio de divorcio (art. 70, ley 2393). Pero aun cuando no pueda ofrecerse la absolución de posiciones del demandado, la confesión judicial espontánea —contenida, v.gr., en el responde de la demanda— es un elemento más de integración probatoria. Por sí sola no induce al

tribunal; sólo como complemento de otras pruebas que se valen a sí mismas —es decir, que no requieren de la confesión para su eficacia y para dar certeza al juzgador— puede admitirse en el proceso.

Ejercicio de la acción

La acción de nulidad fundada en la impotencia existe sólo en cabeza del otro cónyuge. Si ambos sufrieran de impotencia, cabría el ejercicio de la acción a cualquiera de ellos.

b) Impotencia

Precedentes históricos

[Belluscio]²

En el derecho romano, la impotencia no era un obstáculo para la celebración del matrimonio, aunque el derecho justinianeo la consideró una causal que justificaba el divorcio bona gratia, sin sanciones para ninguno de los cónyuges. Proviene del derecho canónico su configuración como impedimento dirimente.

Sobre la base de la reglamentación canónica la admitieron las Partidas, legislación que en este aspecto rigió en nuestro país hasta la sanción de la ley de matrimonio civil. Según sus disposiciones, no podían celebrar matrimonio válido los castrados ni aquellos a quienes les faltasen los miembros necesarios para engendrar, lo mismo que quienes sufrieran la imposibilidad de acceder a la mujer que ahora se denominaría psíquica o fisiopática y hasta la supuestamente derivada del maleficio.

Igualmente rigió el impedimento en el antiguo derecho francés, pero el Código Napoleón lo suprimió para evitar dificultades y escándalos derivados de la prueba.

Diversas soluciones legislativas

Mientras el derecho canónico vigente mantiene el carácter de impedimento dirimente de la impotencia, las legislaciones civiles se orientan de tres maneras distintas: considerándola impedimento dirimente, causal de nulidad autónoma, o uno de los supuestos de error. La doctrina y la jurisprudencia de los países cuyas legislaciones guardan silencio, aun a pesar de que ese silencio parece inspirado en la voluntad de excluir las consecuencias de la impotencia sobre la validez del matrimonio, muestran una firme orientación a admitirla, por lo menos cuando ha sido ignorada por el otro contrayente.

Enuncian a la impotencia como impedimento dirimente las legislaciones de España (cód. civ., art. 83, inc. 3), Chile (ley mat., art. 4, inc. 3), Ecuador (cód. civ., art. 109, inc. 5), Honduras (cód. civ.,

art. 97), Méjico (cód. civ. del distrito y territorios federales, art. 156, inc. 8), Nicaragua (cód. civ., arts. 111 y 115), Panamá (cód. civ., art. 92, inc. 3), y Licchtenstein (cód. civ., art. 60).

En cambio, es una causal autónoma de nulidad relativa del matrimonio en Italia —que además de la impotencia propiamente dicha (*impotentia coeundi*) incluye la imposibilidad de engendrar (*impotentia generandi*) cuando alguno de los cónyuges carece de órganos necesarios para la generación (cód. civ., art. 123) —, Bolivia (cód. fam., art. 88, norma similar a la italiana), Perú (cód. civ., art. 145), Venezuela (cód. civ., art. 119), Costa Rica (cód. civ., art. 56, inc. 4), Guatemala (cód. civ., art. 145, inc. 3), Noruega (ley mat., art. 35), Islandia (ley mat., art. 43), Taiwan (cód. civ., art. 995), Corea del Sur (cód. civ., art. 816), e Islas Filipinas (cód. civ., art. 85, inc. 6). Es asimismo la solución del derecho británico, que se reitera en el norteamericano, así como en dominios británicos y países donde persiste la influencia del derecho inglés: Irlanda , Canadá, Australia (Matrimonial Causes Act, sec. 21), Nueva Zelandia (Matrimonial Proceedings Act, sec. 18), República Sudafricana, Tanzania (Matrimonial Causes Ordinance, sec. 16) y Uganda (Divorce Act, sec. 13).

Explícitamente la incluye en el error el art. 1636, inc. d, del código portugués, según el cual lo configura la ignorancia de "la impotencia funcional incurable, absoluta o relativa, ya existente al tiempo del casamiento". Igual solución se registra en Dinamarca (ley mat., art. 44) y en Yugoslavia (ley fundamental sobre el matrimonio, art. 42).

En la doctrina y la jurisprudencia alemanas, la impotencia perpetua es considerada una de las cualidades personales acerca de las cuales el error autoriza a demandar la anulación del matrimonio, conforme al art. 32, ley mat. Igual es la solución en Austria, frente al texto similar del art. 37, ley mat. También en Suiza justifica la anulación por error sobre las cualidades esenciales del cónyuge cuya ausencia hace la vida común insostenible, según la norma del art. 124, inc. 2, cód. civ. En Brasil, es considerada el caso típico de defecto físico irremediable cuya ignorancia permite la anulación por error.

Ésta es, por otra parte, la solución que se insinúa en los últimos fallos sobre la materia provenientes tribunales franceses, propuesta también en el derecho uruguayo, cuyo código guarda silencio sobre el punto, lo mismo que el francés.

Derecho argentino

En el derecho argentino, legisla la impotencia como causal de nulidad relativa del matrimonio el art. 85, inc. 4, ley mat. civ., que alude a "*la impotencia absoluta y manifiesta de uno de los cónyuges, anterior a la celebración del matrimonio*" (primer párrafo, inc. Cit.).

Es criterio uniforme de la doctrina y de la jurisprudencia el de que el precepto alude a la imposibilidad de acceso carnal (*impotentia coeundi*), y no a la imposibilidad de engendrar o concebir, que no es verdadera impotencia sino esterilidad (*impotentia generandi*).

Merece reprobación el criterio del proyecto de 1936 (art. 389, inc. 5) —no seguido por el anteproyecto de 1954 (árt. 442, inc. 3)—, que propuso incluir la "impotencia del marido o esterilidad de la mujer" como causa de anulación del matrimonio. No tiene justificación alguna semejante rigor con la mujer, pues no hay motivo para que cause la anulación la esterilidad de ella y no la del esposo. Además, no es razonable elevar la esterilidad a causa de anulación del matrimonio, pues



—fuera de su posible curación— no impide el cumplimiento de una de las finalidades del matrimonio, la satisfacción del instinto sexual, aun cuando obste a la procreación. Es que si la unión sexual es posible, no median razones de suficiente gravedad para impedir al sujeto estéril la celebración de matrimonio válido, condenándolo quizás por una deficiencia no aparente a perpetua soledad; además, sería peligroso aceptar semejante causa de nulidad, que —a más de ser de difícil determinación— posibilitaría el fraude de parejas que realizasen prácticas anticoncepcionales a fin de mantener la posibilidad de anular el matrimonio, fuera de lo contradictorio de permitir el matrimonio de mujeres que han pasado el climaterio pero a la vez considerar sus matrimonios anulables. Ninguna legislación consagra semejante solución; la italiana y la boliviana la limitan al caso de falta de los órganos necesarios para la generación, es decir, el supuesto de ausencia de órganos sexuales internos (hombres castrados o mujeres privadas de ovarios y útero).

Se duda acerca de si está comprendida la impotencia resultante de la senectud. La respuesta negativa fue dada por J. M. Guastavino, basado en que la ley no prohíbe el matrimonio de ancianos ni el de una persona anciana y otra no anciana; la afirmativa por Spota. La jurisprudencia la admitió en un caso en que un señor de nacionalidad griega contrajo matrimonio con una compatriota varias décadas menor, venida de su país de origen para casarse, y en que el peritaje médico dio cuenta de alteraciones neurovegetativas puestas de manifiesto por la inestabilidad del pulso y de la tensión arterial, y trastornos endocrinos producidos por la involución fisiológica de las glándulas sexuales puesta de manifiesto por la atrofia testicular, modificaciones de los caracteres sexuales secundarios y gran disminución del reflejo bulbocavernoso, en ocasiones abolido.

La impotencia está legislada como causal de nulidad relativa, y no como impedimento. Ha optado así la ley argentina por el segundo de los sistemas expuestos en el párrafo anterior, apartándose de la solución canónica de considerarla como impedimento dirimente, y a la vez de la que la legisla como un supuesto de error sobre las cualidades personales del otro contrayente.

La solución de no considerar como impedimento a la impotencia es acertada, pues elimina la intervención de extraños —que, de otro modo, podrían oponerse a la celebración— en un problema relativo a la vida íntima de los esposos, a la vez que permite mantener la validez de matrimonios en los cuales no es posible la unión sexual, pero que pueden haber sido celebrados por motivos plausibles: tales son, por ejemplo, las uniones entre ancianos por razones de compañerismo, o de concubinos con hijos que desean regularizar su situación y legitimar su prole, a pesar de haber perdido la potencia sexual por motivos de edad o de salud. Por otra parte, la impotencia de uno de los esposos es una cuestión que sólo afecta al otro.

También lo es la de no reducirlo a un supuesto error, ya que es indiferente que no haya habido consentimiento viciado —es decir, que se haya contraído el matrimonio conociendo la impotencia del otro cónyuge— por falta de interés social en el mantenimiento de una unión que no puede cumplir sus fines. Por otra parte, es posible que el matrimonio se contraiga conociendo la impotencia pero confiando en su curación, y que luego ésta fracase. La circunstancia de no tratarse de un supuesto de error implica que no le sean aplicables, ni aun por analogía, las reglas legales referentes a ese vicio del consentimiento.

Cabe aclarar, finalmente, que no ha de confundirse la impotencia con la falta de consumación del matrimonio, por más que ésta sea consecuencia de aquélla. Aunque se demostrase que el matrimonio no se consumó mediante la unión sexual de los esposos, no estaría configurada la causa de nulidad si no se acreditase también que tal situación deriva de la impotencia de uno u otro de los cónyuges, sin que sea suficiente la mera negativa de alguno de ellos a entablar relaciones sexuales ni el mero temor al coito doloroso, que no constituye un obstáculo insuperable para lograr

una cópula normal mientras no se manifieste en invencible repugnancia a la aproximación

Clases de impotencia

Médicamente, la impotencia ha sido definida como "la imposibilidad permanente o frecuente de realización del coito", o, con mayor precisión, como "la 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 capacidad ovulogénica o espermatogénica".

La clasificación tradicional entre impotencia física y psíquica, según que responda a causas orgánicas o no, ha quedado superada a partir de los estudios de Nerio Rojas, que dentro de la denominada impotencia psíquica comprende la que denomina impotencia fisiopática, de causas mixtas, en parte funcionales y en parte orgánicas —generalmente mal interpretada como forma psíquica por no haber lesiones groseras evidentes y por haber períodos de coitos normales—, caracterizada por hipogenitalismo, hipererectividad y astenia constitucional, pero nunca explicable por causas puramente psíquicas; y la pseudoimpotencia, que sí es de origen puramente psíquico, pero sólo comprende fracasos sexuales aislados por emoción inhibitoria, fatiga por deseo prolongado, o fobia pura, casos en los cuales la potencia está conservada.

En definitiva, para Rojas deben distinguirse los siguientes casos en la impotencia masculina:

- a) impotencia fisiológica, propia de la infancia y la vejez;
- b) impotencia patológica orgánica, que puede provenir de causas locales (malformaciones, destrucción traumática o quirúrgica, etc.), generales (caquexia, debilidad profunda, síndromes endocrinos graves, diabetes, etc.) o neurológicas (tabes, mielitis, parálisis general, etc.);
- c) impotencia patológica fisiopática, derivada de neurastenia, intoxicaciones, excesos genitales, hipogenitalismo atenuado, etc.; y
- d) pseudoimpotencia, por fobia, emoción depresiva, imaginación, asco, distracción, o perversión.

En cambio, Bonnet distingue la impotencia fisiológica (prepuberal) de la patológica, que a su vez divide en genital, paragenital, neurológica, urológica, tóxica, endocrina, involutiva, metabólica, vascular y psicopatológica. Las formas endocrinas y psicopatológicas aparecen combinadas entre sí, dando lugar a cuadros complejos.

- La impotencia patológica genital puede ser, según su clasificación, anatómica (malformaciones, amputaciones o deformaciones penianas o escrotales), funcional (espermatorrea, eyaculación precoz o tardía), refleja (hiperestesia o hiperalgesia), o infecciosa (por enfermedades venéreas o tuberculosis).
- La paragenital, por hernias inguinales o inguinales-escrotales voluminosas, o sobrecarga adiposa pubiana.
- La neurológica, por enfermedades causantes de daños encefálicos o medulares.
- La urológica, por uretritis o verumontanitis crónicas, o prostatitis.
- La tóxica, por alcoholismo crónico, saturnismo, arsenicismo o toxicomanías.
- La endocrina, por deficiencias gonadales (hipogonadismo o hipogenitalismo) o extragonadales.
- La involutiva, por climaterio o vejez.
- La metabólica, por síndromes anémicos o avitaminosis.
- La vascular, por esclerosis vascular o endoarteritis obliterante.
- La psicopatológica, comprensiva de las personalidades anormales psicopáticas,



personalidades anormales psicógenas (neurosis), y mixtas (psicopáticas y psicógenas a la vez).

En cuanto a la impotencia femenina, Rojas distingue la obstructiva, la neurótica y la psíquica. La obstructiva obedece a defectos que impiden la introducción del pene. La neurótica comprende el vaginismo (hiperestesia del himen y de la vulva, asociada a la contracción espasmódica e involuntaria del esfínter vaginal) y la dispareunia (coito doloroso, que puede llegar a límites intolerables). La psíquica consiste en una fobia del acto sexual, coitofobia, que puede ser pura — independiente de toda motivación orgánica— o sintomática, sea de vaginismo o de dispareunia.

Por su parte, Bonnet efectúa una clasificación de la impotencia femenina similar a la de la masculina, a más de señalar que las formas principales son el vaginismo, la dispareunia, la dispareunia y la coitofobia. Agrega, pues, a los tipos señalados por Rojas la dispareunia (falta de orgasmo), que evidentemente no constituye impotencia desde el punto de vista jurídico pues no impide el coito.

La jurisprudencia nacional presenta numerosos ejemplos de casos de matrimonios anulados por impotencia no orgánica.

Así, se han anulado matrimonios por impotencia del marido en casos en que se juzgó acreditada su impotencia psíquica irremediable con respecto a su esposa, la inhibición que impedía la consumación del matrimonio a pesar de no haber incapacidad para el coito desde el punto de vista físico, la impotencia fisiopática derivada de una constitución hiperemotiva y una disendocrinia con hipogenitalismo atenuado, de hiperemotividad constitucional y factores físicos neuroglandulares, de hipogenitalidad, hiperemotividad y neurastenia, de potencia disminuida en un individuo de escasa experiencia sexual elaborada en prácticas solitarias y contactos mercenarios, de personalidad hiperemotiva, sensitiva y asténica, de trastornos nerviosos determinados por causas psíquicas o psicopáticas, reflejados en una personalidad con estructura neurótica, con una técnica defensiva de característica histérica y rasgos caracterológicos depresivos, evitativos y pasivos, con alteración o inhibición psíquica, o inhibición sexual psicogénica por motivaciones conflictuales profundas que desembocaron en una impotencia secundaria netamente fóbico-emocional. En algunos casos, la impotencia psíquica o fisiopática se dedujo simplemente de la falta de consumación del matrimonio sin que mediasen circunstancias impeditivas de parte de la mujer, y aún la falta de experiencia o el haber quedado impresionado por la resistencia de la mujer en un marido anatómicamente normal que no buscó o no supo poner remedio a la situación mediante comprensivo auxilio moral y material para inducir a su consorte a ceder al impulso sexual.

También se los ha anulado por impotencia de la mujer, manifestada en fobia al acto sexual con terror ansioso exagerado e injustificado, en una mujer hiperemotiva, con hiperexcitabilidad manifiesta, estallidos nerviosos ante la simple insinuación del examen físico realizado por los peritos y reacción de repulsión ante el recuerdo de los pocos días que compartió el lecho conyugal con el marido, o derivada de una personalidad psicopática, o aversión acendrada a la vida matrimonial vinculada con un déficit mental originado en la niñez y quizás de naturaleza hereditaria, o actitud reacia a todo lo que se trate de tema sexual, con concepto equivocado de dicho tema, considerado como un tabú, o psicopatía histero-esquizoide, o neurosis obsesiva con referencia a la relación sexual de la pareja, o simplemente en la persistencia de la virginidad de mujer casada a los 54 años, varios años después de la menopausia. En cambio, se denegó la anulación, a pesar de reconocerse la posibilidad de impotencia psíquica de la mujer, si ni siquiera se había intentado la realización del acto sexual, ya que se estimó necesario que se hubiera producido el fracaso por razones psíquicas.

Cabe añadir que la mera "frigidéz" de la mujer no es causa de nulidad del matrimonio, pues por sí misma no impide el acto sexual. Sólo puede llegar a serlo si se traduce en una repugnancia invencible a su realización, pero entonces no se trata ya de frigidéz sino de impotencia neurótica o psíquica.

C) Impotencia

[Belluscio]³

El art. 220, inc. 3, establece una causal de nulidad relativa propia del matrimonio, la impotencia de uno de los contrayentes. Nuestra ley civil se ha apartado —en esta materia— de la solución del derecho canónico, donde la impotencia es impedimento dirimente. La legisla como causal de nulidad relativa alegable por el otro contrayente, y no como impedimento. Entiendo que la solución es acertada, pues elimina la intervención de extraños en un problema relativo a la vida íntima de los esposos y permite considerar válidos a matrimonios en los cuales no es posible la unión sexual, pero que pueden haber sido celebrados por motivos plausibles: tales son, por ejemplo, las uniones entre ancianos por razones de compañerismo, o de concubinos con hijos que desean regularizar su situación y legitimar su prole, a pesar de haber perdido la potencia sexual por motivos de edad o de salud. Por otra parte, la impotencia de uno de los esposos es una cuestión que sólo interesa al otro.

Resulta perfectamente claro que la impotencia a que la ley se refiere es la imposibilidad de realizar el acto sexual (*impotentia coeundi*), y no la imposibilidad de generar (*impotentia generandi*), que es esterilidad, y no impotencia.

El art. 85, inc. 4, de la ley de matrimonio civil —antecedente de esta norma— establecía tres requisitos con relación a la impotencia: debía ser absoluta, manifiesta y anterior a la celebración del matrimonio. La interpretación de esos requisitos varió en el tiempo: mientras que por impotencia absoluta se entendía originariamente la imposibilidad de mantener relaciones sexuales con cualquier persona del otro sexo, por oposición a la relativa, que supondría esa imposibilidad con persona determinada, a partir de un fallo de la Cámara Civil 2ª del 2 de octubre de 1915, que señaló la irrelevancia de la posibilidad de relaciones sexuales con un tercero, se entendió que la impotencia absoluta era la imposibilidad total, categórica, cierta e inequívoca de unión sexual con el otro cónyuge. Por manifiesta se consideró primero la apreciable a simple vista, por carencia de órganos sexuales o defecto manifiesto de éstos, para luego aceptarse la fehacientemente comprobada mediante prueba seria de la imposibilidad de trato sexual entre los esposos, ordinariamente por medio del informe de peritos médicos. En cuanto a la calidad de anterior al matrimonio, se juzgó que bastaba con que se pusiera de manifiesto en ocasión de éste, es decir, que quedaba excluida la aparecida posteriormente.

El texto vigente suprime esa enunciación de requisitos, previendo ahora la "*impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos*" (art. 220, inc. 3, primera parte). Contempla así también la posibilidad de que la impotencia sea común y no atribuible exclusivamente a uno de los contrayentes.

No existen ya dudas acerca de que no es necesario que la impotencia responda a causas orgánicas ("impotencia física"). También se admite la llamada "impotencia psíquica", es decir, la

que no deriva de causas de esa índole. Pero Nerio Rojas ha criticado por imprecisa tal denominación, señalando que deben distinguirse —fuera de la impotencia orgánica— la impotencia fisiopática, de causas mixtas, en parte funcionales y en parte orgánicas, pero nunca explicable por causas puramente psíquicas, y la pseudoimpotencia, que sí es de origen puramente psíquico.

Está uniformemente admitido que la impotencia no sólo puede afectar al hombre, sino también a la mujer. Respecto de ella, puede ser física, orgánica u obstructiva, por defectos de conformación de los órganos genitales, y también neurótica y psíquica; en todos los casos puede impedir absolutamente el coito. Pero no está configurada por la simple negativa al acto sexual si él es posible, ni tampoco por la mera frigidez, que no lo impide.

La acción de nulidad *corresponde al cónyuge que alega la impotencia del otro, o la común de ambos* (art. 220, inc. 3, segunda parte), a cuyo cargo está la prueba.

Con respecto a la prueba a producir en el proceso, es fundamental el peritaje médico para demostrar la potencia o impotencia de los cónyuges. También puede versar sobre la virginidad de la mujer, que a falta de motivos físicos o psíquicos que a su respecto impidan la unión importa una presunción de impotencia del marido. Pero la falta de virginidad de la mujer no es obstáculo para acreditar que el marido es impotente, pues puede haberla perdido antes del matrimonio o por causas violentas o quirúrgicas. En cuanto a la negativa a aceptar el sometimiento al examen pericial, puede constituirse en una seria presunción contraria a la parte que así procede, siempre —claro está— que de otras circunstancias no resulte la existencia de colusión entre los esposos para obtener la nulidad haciendo aparecer una impotencia que en realidad no existe.

En principio, en vida de los esposos no caduca la acción de nulidad del matrimonio por impotencia. La continuación de la cohabitación después de conocida no es motivo de caducidad, ya que no se trata de un caso de error. Tampoco es motivo de caducidad la pérdida de la potencia por el cónyuge antes potente, pues el ejercicio de la acción está dado por la impotencia del otro sin estar subordinado a la potencia propia. En cambio, en mi opinión, la caducidad se produce si el afectado recupera su potencia sexual y la consumación del matrimonio tiene lugar.

3 Normativa

Código de Familia⁴

ARTICULO 15.- Es anulable el matrimonio:

- 1) En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro;
- 2) De quien carezca, en el acto de celebrarlo, de capacidad volitiva o cognoscitiva.

(Así reformado este inciso por el artículo 80 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad No.7600 de 2 de mayo de 1996)

- 3) (Este inciso fue Derogado por el artículo 4° de la Ley N° 8571 del 8 de febrero de 2007)

- 4) Del incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio; y

5) Cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente.

4 Jurisprudencia

a) Nulidad del matrimonio: Consideraciones sobre la impotencia sexual

[Tribunal de Familia]⁵

Voto de mayoría

“ III.- Desde luego que el tema que se presenta a estos estrados como ocurre con otros tópicos del Derecho Familiar, implica aspectos altamente sensibles para los involucrados donde se cruzan intersubjetividades y en el cual han de analizarse el caso en todas sus dimensiones, sin que el abordaje de las premisas legales implique falta apreciación del hondo problema de carácter humano que acá se presenta, pero el nuestro es un régimen de derecho. Pero pese a la rigidez que podría percibirse en las premisas legales, lo cierto es que las normas están sujetas a su dimensionamiento de espacio y tiempo y de esta manera, el instituto en cuestión, a saber, la nulidad del matrimonio, tendrá un carácter histórico-social acorde con los parámetros legales del artículo 10 del Código Civil, que es una cláusula general del ordenamiento: “...**ARTÍCULO 10.- Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas...**” Por otra parte, ya este Tribunal ha señalado *cómo el motor del desarrollo actual del Derecho de Familia son los derechos humanos*. Una autora que realiza un estudio jurisprudencial identifica esta premisa y señala lo siguiente: “ El estudio de esa jurisprudencia me ha convencido no sólo de que los derechos humanos tienen aplicación en el ámbito de la familia sino que se han constituido en el principal motor de la actual evolución del derecho de familia... ” (Kemelmajer de Carlucci, Aida: Derechos Humanos y Derecho de Familia, en Memoria del XI Congreso Internacional de Derecho de Familia). Este Tribunal coincide con esa perspectiva que deriva no sólo del estudio comparado de la jurisprudencia, sino que esa tendencia de desarrollo se da en los demás planos jurídicos como lo son la ley y la doctrina. Nuestro ordenamiento jurídico establece como causa de anulabilidad matrimonial, el padecimiento de impotencia sexual. El inciso 4) del artículo 15 de nuestro Código de Familia establece que es anulable el matrimonio “del incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio”. Desde luego, que en retrospectiva se observa una terminología grosera y absurda para estos tiempos, como es el caso de las palabras “incapaz” y de “defecto” que desde luego repugnan en los tiempos actuales. Ahora bien, esta causal de anulabilidad del matrimonio debe presentar tres características: 1) Ser absoluta o relativa, 2) Incurable y 3) Anterior al matrimonio. Para el “Consultor Médico” (Editorial Océano, tomo 3., p. “IM”) es impotencia en términos generales la incapacidad del varón adulto para lograr la erección del pene, o con menor frecuencia, para eyacular después de haber logrado la erección, diferencia la impotencia que tiene una base fisiológica, de la que resulta de un defecto físico del aparato genital, o de la que implica una alteración de la función neuromuscular. Don Gerardo Trejos define la impotencia como “la incapacidad física o psicológica para realizar el acto sexual. No debe ser confundida con la esterilidad. Mediante este vocablo se designa aquellos



defectos fisiológicos que imposibilitan la generación, pero sin la capacidad de realizar la cópula. Esto último no constituye un impedimento.” Don Alberto Brenes a principios de siglo XX, entiende por impotencia la falta de necesarias condiciones orgánicas de la persona para realizar el acto sexual, y aunque lo común es que se dé en el hombre, no lo circunscribe solo a él. Explica que la impotencia absoluta es el que priva por completo al individuo de la comunicación carnal con persona del otro sexo. La relativa es en el caso de que esa privación por situaciones especiales solo se da con determinada persona. La impotencia debe tener ese carácter incurable que señala la ley, y además debe presentarse al momento de realizarse el matrimonio, es decir no debe darse en forma sobrevenida, luego de verificado el mismo. (Vid. Tratado de las Personas, pp. 57 y 58). El concepto de impotencia relativa que nos da don Alberto Brenes, a principios del siglo pasado, implica que el cónyuge puede tener relaciones sexuales con otra persona pero no con su esposo o esposa. Por ejemplo el numeral 220 del Código Civil argentino, solo contempla la impotencia absoluta y no la relativa, y el autor Aspíri comenta al respecto que: “...La imposibilidad de mantener relaciones sexuales debe existir entre los cónyuges, porque el hecho de que uno o ambos puedan llevar a cabo el coito con un tercero ajeno al matrimonio carece de toda relevancia jurídica frente a esta causal de nulidad. Otra cuestión es que la imposibilidad debe ser absoluta, es decir que, si existe la aptitud para mantener esporádicamente relaciones sexuales, no podrá demandarse la nulidad de las nupcias; lo mismo puede decirse respecto de la mayor o menor gratificación que produzcan esas relaciones e, inclusive, en referencia a la esterilidad, porque estas últimas son cuestiones totalmente ajenas a la causa de nulidad de matrimonio que nos ocupa...” Esto nos lleva a cómo debe comprenderse a inicios del siglo XXI esta causal concretamente a la impotencia relativa, lo que nos lleva al análisis de si comprende la imposibilidad ocasional para sostener relaciones sexuales. El mismo autor, nos señala lo siguiente: “...De igual modo, carece de relevancia que el cónyuge sea apto para realizar el acto con otras personas, pues lo que interesa es que no lo es con su esposo o esposa. En suma, *basta la impotencia para el ayuntamiento con el cónyuge, sin que importe si la deficiencia tiene carácter orgánico o psíquico. Más aún: los tribunales han declarado con toda razón que es inadmisibles la prueba de potencia respecto de otras personas, desde que las relaciones fuera del matrimonio están prohibidas.*” Entonces, encontramos, que para esta legislación la impotencia sexual ha de presentarse entre los esposos y no interesa que se presente con otras personas, lo que parece razonable, pues una de las bases del matrimonio es precisamente la exclusividad. Así que corresponde buscar una diferente diferenciación entre la impotencia absoluta y la impotencia relativa que se defina dentro de la misma relación de los esposos y no en cuanto a otras personas. A juicio de la mayoría de esta integración, la impotencia absoluta se refiere a aspectos físicos y la impotencia relativa, a aspectos psicológicos. De esta manera, la diferenciación adquiere una connotación razonable conforme a la misma naturaleza del matrimonio y a la doble caracterización que puede presentar la impotencia. Pasando a otras condiciones que exige el inciso en cuestión está que esa impotencia sea de carácter incurable, que se refiere a que exista un tratamiento médico que se encuentre al alcance de los esposos y que no resulte peligroso. El otro requisito que se impone es que la impotencia debe ser anterior al matrimonio. Por tanto, la impotencia sobrevenida o accidental posterior al matrimonio, no afectaría formalmente la validez de las nupcias. En nuestro caso, el dictamen médico legal concluye que nos encontramos ante un paciente que clínicamente y documentalmente presenta una disfunción sexual eréctil caracterizada por una disminución de sus capacidades sexuales la cual es permanente e incurable al ser una secuela neurológica post traumática. Esto nos lleva a que existe una base de carácter física para esta causal, y que desde luego, no tiene ni tendrá ninguna oportunidad de evolucionar en una relación de pareja, pues los cónyuges se separaron a menos de un mes de contraído el matrimonio conforme consta en convenio ante Notario Público que se ha presentado en el expediente. Y si bien, en la contestación de la demanda, el accionado se opuso, ante la evidencia de la pericia médica el cónyuge accionado pidió que la demanda se declarara con lugar, e incluso cuando en la sentencia, dicha demanda se

declaró sin lugar, el cónyuge accionado presentó recurso de apelación. Entonces la mayoría de esta integración considera que se dan los presupuestos para pedir la nulidad de matrimonio, pues el perito oficial ha determinado que estamos en presencia de una disminución de las capacidades sexuales que es “permanente e incurable”, aunado a la actitud que se tomó a los pocos días del matrimonio incurriéndose en una separación, nos encontramos ante una inviabilidad tanto física como psíquica, que implica que se configuren los supuestos del numeral 15 inciso 4 del Código de Familia, por lo que procede la nulidad del matrimonio, y en ese sentido debe revocarse la sentencia recurrida, resolviéndose sin especial condenatoria en costas pues se trata de una actuación por parte del accionado de evidente buena fe, pues al conocer el resultado de la pericia pidió que la demanda se declarara con lugar.”

b) Nulidad del matrimonio: Concepto y clasificación de impedimentos

Análisis sobre los vicios en el consentimiento, anulabilidad e inexistencia de la causal por falta de consumación

[Tribunal de Familia]⁶

Voto de mayoría

I.- En la sentencia que es objeto de esta instancia, se declaró sin lugar la demanda y condenó en costas personales y procesales a la actora. Contra dicha sentencia presentó recurso vertical de apelación la accionante Villalobos Mena. Señala que hubo error en la apreciación de la prueba, pues es claro que el actor montó todo un engaño de lo cual fue víctima, y se demostró que el matrimonio no se consumó. Que no existe ninguna razón para continuar ligada en matrimonio con el demandado y que por economía procesal debió ser aplicado el artículo 48 inciso 6 del Código de Familia y disolver el matrimonio, o bien aplicar el 58 inciso 2.

II.- Se avala el elenco de hechos demostrados así como el de no demostrados por corresponder al mérito de los autos y a una adecuada valoración de los elementos de los mismos. Lo mismo ocurre con el elenco de hechos no probados.

III.- Son los artículos 14, 15, 16, 18, 19, 20, 41, 64 a 68 del Código de Familia, las normas que en forma más específica se refieren a la nulidad matrimonio. El artículo 420 inciso 1 del Código Procesal Civil señala que es mediante la vía abreviada que se tramita la pretensión de nulidad de matrimonio. El artículo 14 del Código de Familia se refiere a los matrimonios imposibles estarían los de las personas que no se encuentran en libertad de estado, o en el caso que medie el parentesco, o casos específicos cuando haya habido adopción, estaría el impedimento denominado en doctrina “crimen”, y también se elenca como tal al matrimonio de personas del mismo sexo. En el artículo 15 se enlista una serie de situaciones convalidables por el transcurso del tiempo: ciertos vicios en el consentimiento, incapacidad mental, impotencia, impubertad, y la incompetencia del funcionario. En el numeral 16 también se describen algunos supuestos de prohibiciones que no implican la nulidad del matrimonio sino la sanción disciplinaria a la autoridad que celebre el matrimonio.

IV.- IMPEDIMENTOS: Los impedimentos son “aquellas prohibiciones de la ley que afectan a personas para contraer un determinado matrimonio. Tales prohibiciones tienen sustento, por



supuesto en hechos o situaciones jurídicas preexistentes que afectan al sujeto. Sin embargo, el impedimento no es en sí mismo, el hecho o la situación jurídica preexistente, sino la prohibición que en consideración a ellos formula la ley” (Zannoni, Eduardo, p.169). Los franceses Mazeaud los define como los “requisitos negativos de fondo, es decir las situaciones en las cuales está prohibido el matrimonio”. Debemos indicar también que los impedimentos se clasifican en absolutos y relativos, o en perpetuos y temporales; o bien en dispensables o no dispensables; o en dirimentes o impeditivos. **IMPEDIMENTOS ABSOLUTOS E IMPEDIMENTOS RELATIVOS:** Impedimentos absolutos son aquellos que prohíben el matrimonio con cualquier persona, casos de los impedimentos por la edad o la demencia. Los impedimentos relativos, vedan el matrimonio únicamente con personas determinadas, caso de los impedimentos por parentesco. **IMPEDIMENTOS PERPETUOS Y TEMPORALES:** La clasificación obedece a la subsistencia en el tiempo. Los perpetuos no están destinados a desaparecer por el transcurso del tiempo, como los derivados del parentesco; los temporales si están sujetos a la extinción por el tiempo, caso precisamente de la edad. **IMPEDIMENTOS DISPENSABLES Y NO DISPENSABLES:** Hemos de señalar que la dispensa es la facultad otorgada por el legislador a la autoridad competente para autorizar la celebración del matrimonio a pesar de que medien impedimentos entre quienes pretenden contraerlo. **IMPEDIMENTOS DIRIMENTES E IMPEDITIVOS:** Los impedimentos dirimentes son aquellos obstáculos para la celebración del matrimonio, y que ante lo cual queda habilitada la acción de nulidad del matrimonio. Los impeditivos son aquellas prohibiciones cuya violación no da lugar a la nulidad sino que se resuelven en sanciones de otro tipo. Es importante destacar que si bien existe una relación entre los impedimentos y el régimen específico de nulidades del matrimonio, lo cierto es que no debe asemejarse uno con el otro.-

V.- SOBRE LAS NULIDADES MATRIMONIALES: Ha de señalarse que por los especiales intereses que concurren en el derecho de familia, la invalidez del acto matrimonial se da por texto expreso, siguiendo el principio jurisprudencial francés de l “pas de nullité pour le mariage sans un texte qui la prononce expressement” (no hay nulidad de matrimonio sin un texto que la pronuncie expresamente). Debemos señalar que podríamos hablar de la inexistencia del matrimonio, de su nulidad absoluta y de la nulidad relativa o anulabilidad. La inexistencia se da cuando el negocio carece de objeto, sujeto o formalidades sustanciales, caso por ejemplo de una representación teatral de un matrimonio. Este supuesto no está expresamente contemplado en la mayoría de las legislaciones no obstante, la naturaleza misma de las cosas la impone. Anulable es el negocio jurídico que está viciado en uno de sus elementos esenciales o en uno de los presupuestos necesarios para su constitución, por ejemplo los casos previstos en el numeral 836 del Código Civil. La nulidad absoluta se presenta por la falta de algún elemento esencial y por ende es inapto.

VI.- SOBRE LA CONSUMACION DEL MATRIMONIO Y LA NULIDAD DEL MATRIMONIO: Salvo que se enfoque un caso por la causal de impotencia, el hecho de que se consume o no el matrimonio, en el sentido de que se hayan dado relaciones sexuales, no tiene relación alguna con el tema de las nulidades del matrimonio. No existe ningún texto en nuestra legislación familiar, que de por sí establezca la nulidad del matrimonio por la no consumación del mismo. Por ende, en nuestro caso la alusión que se ha hecho a la no consumación del matrimonio ninguna importancia jurídica tiene. Por esa circunstancia no es nulo o anulable el matrimonio. Así, que a nada lleva la apreciación de la prueba en un caso concreto que tenga esa perspectiva, por más que se concluya de la prueba que esto es lo que se presenta, la nulidad del matrimonio no se va a dar.

VII.- LOS VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO Y LA ANULABILIDAD DEL MATRIMONIO: El artículo 15 del Código de Familia establece cuáles matrimonios resultaría anulables. La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha desarrollado lo siguiente: “... **V.- EL RÉGIMEN DE NULIDAD DEL MATRIMONIO:** El artículo 15 del Código de Familia establece varios supuestos en los que puede declararse la nulidad del matrimonio. En forma expresa, dicha norma dispone: “Es



anulable el matrimonio: 1) En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro; / 2) De quien carezca, en el acto de celebrarlo, de capacidad volitiva o cognoscitiva. / 3) De la persona menor de quince años; / 4) Del incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio; y / 5) Cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente.”

En el caso bajo estudio, la accionante pretende la declaratoria de nulidad de su matrimonio, por considerar que consintió por miedo grave. El consentimiento constituye un elemento esencial para que se constituya el acto jurídico del matrimonio y, en ese sentido, el artículo 13 del citado Código, señala que *“para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe manifestarse de modo legal y expreso.”* Esto es así, porque uno de los elementos esenciales de todo acto jurídico lo constituye la voluntad, cuya manifestación debe expresarse clara y libremente. No obstante, existen diferentes situaciones que pueden viciar el elemento voluntad de un determinado acto jurídico, situación que genera su invalidez. Entre los vicios que afectan la voluntad normalmente se enumeran la falsedad, la violencia, el error, el dolo e inclusive el miedo grave. Al caso interesan la violencia y el miedo grave. La primera puede ser tanto física como moral y, al respecto, se ha señalado: *“La violencia, en términos generales comprende el miedo y la fuerza (violencia moral y física). Siempre se trata de una presión que se ejerce sobre un individuo para determinarle a ejecutar un acto. Pero la violencia física reduce a la víctima a un estado puramente pasivo, pues actúa sobre los medios materiales de que debe valerse para realizar el acto mientras que la violencia moral opera sobre el ánimo. La fuerza, violencia física o absoluta es la coacción material o constreñimiento para forzar a alguien a una manifestación. En este caso no existe del todo voluntad, mientras que en la violencia moral la voluntad existe pero está viciada... La violencia moral es la presión que se ejerce sobre un individuo para determinarle a ejecutar un acto, en la forma de amenazas que producen un temor insuperable; ... No destruye la voluntad, pues el amenazado puede optar entre varias determinaciones rebelarse, ejecutar el acto, o sufrir el daño. La declaración es real, pero la voluntad está viciada; la amenaza actuó como un motivo esencial en su formación. El mal que la amenaza anuncia debe ser futuro, injusto, e importante. La 'importancia' hace referencia al juicio de la influencia que la violencia produce, en el cual debe considerarse una persona media sensata, en atención a la edad, sexo y condición (art. 1018 C.C.) El mal debe ser injusto, es decir, que no se tenga derecho a infringirlo.”* (Énfasis suplidos. PÉREZ VARGAS, Víctor. *Derecho Privado*, San José, tercera edición, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1.994, pp. 259, 266). Por su parte, el *miedo grave* se ha indicado que se asemeja mucho a la violencia moral, mas no requiere que la intimidación sea producida por una amenaza, **sino que bastan factores objetivos o subjetivos que produzcan el miedo y que éste sea determinante.** (Ibid., p. 268. La negrita y el subrayado no están en el original). Por su parte, Trejos Salas y Ramírez explican el miedo grave, de la siguiente manera: *“El miedo, en cambio, es una coacción del ánimo interno del sujeto causada por la presión psicológica, para librarse de la cual el sujeto se ve obligado a elegir el matrimonio. El miedo para que sea causa de nulidad, ha de ser grave y provocado externamente.”* (TREJOS SALAS (Gerardo) y RAMÍREZ (Marina). *Derecho de Familia Costarricense*, San José, segunda edición, Editorial Juricentro, 1.998, p. 92). Con base en las premisas expuestas, procede entonces determinar si, en el caso bajo estudio, medió algún vicio en la voluntad de la contrayente...” (Voto 748-2003 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia dictado a las nueve horas cuarenta minutos del veintiocho de noviembre de dos mil tres). En nuestro caso, lo que se plantea es que se ha dado un engaño, por lo que a contrario sensu, pareciera que se debe entender que lo que se dio fue un error. El error es el falso o equivocado concepto respecto de una cosa, de una persona, de un hecho, o bien incluso de la ley. La causal de anulabilidad no abre la posibilidad de que sea cualquier tipo de error, sino el error en cuanto a la identidad del otro. Ha de señalarse también que nuestro Código no alude al otro tradicional tipo de vicio en el consentimiento como lo es el dolo. En nuestro caso entonces, hemos de observar claramente, que no existe error en la identidad de la persona, ni tampoco violencia o miedo grave,

que son los casos de vicios en el consentimiento que prevé nuestra ley. La prueba ha sido correctamente apreciada por el Juzgador de primera instancia, y lo que es patente es que no concurre ninguna causal para anular el matrimonio en nuestra legislación familiar, por lo que ha de llegarse a la conclusión como se hizo en primera instancia de que debe declararse sin lugar la demanda. No es el momento procesal para cambiar la causa de pedir ni la petitoria, como para disolver el matrimonio por la causal prevista en el artículo 48 inciso 6 o de declarar la separación judicial por el motivo previsto en el inciso 2 del artículo 58, en todos los casos del Código de Familia. Ello es absolutamente imposible por las reglas del contradictorio, y en general del debido proceso. Por todo lo dicho lo que procede es confirmar la sentencia recurrida."

c) Acción de inconstitucionalidad en relación a la Nulidad por Impotencia

[Sala Constitucional]⁷

Res: 1999-08990

Acción de inconstitucionalidad promovida por ALSV, mayor, secretaria, portadora de la cédula de identidad número 1-771-790, vecina de Desamparados; contra el artículo 20 del Código de Familia.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 14:17 horas del 3 de noviembre de 1999 (folio 1), la accionante indicó que según la Constitución Política, el matrimonio es base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges. El matrimonio es un *consortium omnis vitae* afectivo, material y sexual, al cual se han señalado diversos fines como la procreación, la ayuda entre los cónyuges y la satisfacción sexual. Considera en este contexto inconstitucional que el artículo 20 del Código de Familia estipule un plazo tan breve para la convalidación del matrimonio, nulo en principio, del impotente. Por una parte, el problema de la impotencia es bastante complejo, pudiendo ser relativo, con posibilidades de recuperación o absoluto e incurable. Además, un lapso tan efímero se contrapone a otros elementos del matrimonio como son el cariño, paciencia y dedicación. Contrario al derecho de familia, el canónico regula más claramente el conflicto al aludir a la consumación del matrimonio, pues tal omisión puede tener causas distintas de la impotencia. El artículo 20 citado no hace mención de del tipo de nulidad a que refiere el artículo 15 inciso 4) del Código de Familia, y se contrapone al concepto de familia protegido en los artículos 51 y 52 de la Constitución, al fijar plazo de caducidad a una acción que desde un inicio es nula y puede interponerse en cualquier momento, siempre que la impotencia subsista y se demuestre que causa un daño moral. Al establecerse la impotencia absoluta como un error en las cualidades personales y no haber norma que regule lo referente a la no consumación del matrimonio, se debe aplicar las normas del contrato y los plazos de los artículos 837 y 838 del Código Civil.

2.- El párrafo segundo del artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a esta Sala a rechazar por el fondo las gestiones promovidas ante ella, en cualquier momento, incluso desde su presentación, cuando considere que existen elementos de juicio suficientes, o que se

trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada, no encontrándose motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión.

Redacta el Magistrado **Piza Escalante**; y,

Considerando:

I.- Sobre la posibilidad de pedir la nulidad del matrimonio, estipula el artículo 15 del Código de Familia, lo siguiente:

"Es anulable el matrimonio:

- 1.- En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro;*
- 2.- De quien carezca, en el acto de celebrarlo, de capacidad volitiva o cognoscitiva;*
- 3.- De la persona menor de quince años;*
- 4.- Del incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio; y*
- 5.- Cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente."*

Tratándose del matrimonio, la anulabilidad, es decir, de nulidad relativa, generalmente se establece para causales vinculadas al interés de las partes intervinientes en el acto, pues para la vulneración del orden público, se reserva la sanción de la nulidad absoluta. Así, las normas subsiguientes del Código de Familia se dedican a fijar plazos, transcurridos los cuales las causales reseñadas quedan saneadas. Por ejemplo, en el 18 se hace referencia a los supuestos de los incisos 1) y 2) del artículo 15 y al plazo de un mes con el que se cuenta, a partir del descubrimiento del error, del cese del miedo grave o la violencia, o de que la persona recupere su capacidad volitiva o cognoscitiva, para pedir la nulidad. En el artículo 19 se alude también a un mes, contado después de que el cónyuge menor cumpla la edad de quince años. Finalmente, la norma que aquí interesa, el artículo 20, dispone:

"El matrimonio del impotente quedará revalidado cuando se dejaren transcurrir dos años sin reclamar la nulidad."

Parte de los argumentos de la actora se centran en reclamar la brevedad del plazo fijado. Sin embargo, si se le compara con el determinado para las otras causas de nulidad relativa, salta a la vista que es, por mucho, más amplio. También debe tenerse en cuenta que el problema físico que determina la invoación de la causal, es fácil y rápidamente detectable en el seno de una relación matrimonial, proporcionándose un lapso adicional para que el otro cónyuge pueda, con un margen holgado, decidir si desea llevar adelante la relación o pedir la anulación del vínculo.

II.- Los fines del matrimonio, se omiten en la Constitución Política, pero se enuncian legalmente, en el artículo 11 del Código de Familia: vida en común, cooperación y mutuo auxilio. Lleva razón la actora al apuntar que tales conceptos, por su formulación ambigua, pueden dar lugar a múltiples concepciones de la figura matrimonial. Ello, sin embargo, no es un defecto, sino una virtud de la regulación jurídica, que difícilmente podría de manera válida agotar o restringir el tema. Se concluye con claridad que ni la Constitución ni el Código propugnan por la vida sexual de los esposos como único fin posible del matrimonio, de manera tal que su ausencia determine inexorablemente su nulidad en cualquier momento. En cambio, sí le da importancia a la aptitud para desarrollar esa vida sexual en el momento en que se contraen nupcias y pone en manos de

uno de los cónyuges un instrumento que le permite, por espacio de dos años, hacer desaparecer el vínculo, en caso de sufrir impotencia su pareja. Nada de esto parece a la Sala irrazonable o contradictorio con la declaración Constitucional del matrimonio como base esencial de la familia. Casi de más está decir que casos en que concurren circunstancias totalmente extraordinarias podrían admitir que se exceptúe la regla del artículo 20. Sin embargo este análisis, por supuesto, atañe solo al juez al cual se plantea la petición de anulación, quien, como cualquier juez, deberá atenerse, al resolver, a los principios generales del Derecho y las reglas de interpretación de esa ciencia.

Por tanto:

Se rechaza por el fondo la acción.-

5 Consulta Judicial de Constitucionalidad

[Procuraduría General de la República]⁸

Expediente número 05-009324-0007-CO.

Informante: Julio Jurado Fernández

Yo, **Licenciada ANA LORENA BRENES ESQUIVEL**, mayor, casada, abogada, vecina de Curridabat, con cédula de identidad número 4-127-782, **Procuradora General de la República**, según acuerdo único, artículo tercero, tomado por el Consejo de Gobierno, en sesión ordinaria número 93 del 23 de marzo del 2004, publicado en La Gaceta número 82 del 28 de abril del mismo año y ratificado según acuerdo de la Asamblea Legislativa número 6189-04-05, sesión ordinaria del 21 de julio del 2004, publicado en La Gaceta número 158 del 13 de agosto del mismo año, contesto en tiempo la audiencia otorgada a la Procuraduría General de la República por auto de las trece horas treinta minutos del veintiséis de octubre de dos mil cinco, respecto de la consulta judicial de constitucionalidad promovida por el juzgado segundo de familia del primer circuito judicial de San José, acerca de la inconstitucionalidad del inciso 4) del artículo 15 del código de familia en relación con los artículos 33, 51 y 52 de la constitución política.

Normativa consultada.

El juzgado segundo de familia del primer circuito judicial de San José consulta acerca de la constitucionalidad del inciso 4) del artículo 15 del código de familia, el cual dispone:

ARTICULO 15.- Es anulable el matrimonio:

- 1) En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro;*
- 2) De quien carezca, en el acto de celebrarlo, de capacidad volitiva o cognoscitiva. (Así reformado este inciso por el artículo 80 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad No.7600 de 2 de mayo de 1996)*
- 3) De la persona menor de quince años;*
- 4) Del incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio; y*
- 5) Cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente.*

La duda de constitucionalidad .

En resolución de las 9:30 horas del 14 de julio de 2005, el juzgado segundo de familia del primer circuito judicial de San José sometió a consideración de la Sala Constitucional, su opinión acerca de la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el inciso 4) del artículo 15 del código de familia. Al respecto, consideró que la impotencia como motivo de anulación del matrimonio no es conforme con los fines del matrimonio entre lo cuales ya no se contempla la procreación. Indica que, en la situación actual de Costa Rica, donde no es legalmente posible la fecundación in vitro, esta causal remite a la imposibilidad de procreación. Estima que, aunque pueda ser de interés de la mujer el tener descendencia cuando contrae matrimonio, el legislador no puede establecer una causal para anularlo que contravenga los fines esenciales del matrimonio, protegidos por la constitución.

Por otra parte, considera el juzgado que la causal en cuestión discrimina en forma contraria a la dignidad humana. Al respecto, estima que por estar referida la impotencia únicamente al hombre, se configura una discriminación contraria a la dignidad humana. Señala que su invocación en un proceso judicial lo expone al varón a la deshonra al convertir a una enfermedad en un defecto que cuestiona su virilidad.

Finalmente, señala que su calificación como absoluta o relativa o las condiciones que esta debe revestir para que pueda operar como causal, relativas a su origen anterior al matrimonio o su carácter incurable, así como aquellas de tipo procesal respecto a la legitimación activa o la caducidad de la acción, son aspectos que no modifican o excusan las violaciones constitucionales apuntadas.

El objeto de la consulta.

De conformidad con la duda de constitucionalidad formulada en la consulta, esta tiene por objeto determinar si la anulación del matrimonio en razón de la impotencia incurable de uno de los cónyuges, cuyo origen sea anterior al matrimonio, es inconstitucional por ser contraria a lo que disponen los numerales 33, 51 y 52 de la constitución, por los siguientes motivos:

- 1) En relación con los numerales 51 y 52, por permitir la anulación del matrimonio con base en una causal no conforme sus fines esenciales, tal y como los tutela la constitución.

- 2) En relación con el numeral 33, por configurar la causal una discriminación hacia el hombre violatoria de su dignidad en cuanto ser humano.

Sobre de la procedencia de la consulta.

a) Acerca de la legitimación .

El artículo 102 de la ley de la jurisdicción constitucional (LJC) legitima a los jueces para consultar acerca de la constitucionalidad de una norma que deban aplicar en un caso sometido a su conocimiento. El juzgado segundo de familia del primero circuito judicial de San José, conoce de un proceso sobre nulidad de matrimonio que se tramita bajo expediente 04-000982-187-FA, en el cual debe resolver sobre la aplicación de lo que dispone el inciso 4) del artículo 15 del código de familia, que es la norma sobre cuya constitucionalidad formula la presente consulta.

En consecuencia, y con base en lo señalado, esta procuraduría no tiene reparos que hacer en relación con la legitimación del consultante.

b) Acerca de la duda de constitucionalidad .

Esta Sala ha determinado como requisito de procedencia de la consulta judicial, el que esta verse sobre un aspecto no resuelto por ella, pues en tal caso el juzgador debe atenerse al carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional (artículo 13, LJC). Así, en sentencia número 11001-00 de 13 de diciembre de 2000, reiteró lo dicho en su jurisprudencia acerca de los requisitos de admisibilidad de las consultas judiciales de constitucionalidad:

“ Único.- Sobre la admisibilidad de la consulta.- En relación con el tema de los requisitos de las consultas facultativas de constitucionalidad, esta Sala señaló en la sentencia número 1617-97 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y siete, lo siguiente:

"De conformidad con lo que dispone el párrafo primero del numeral 102 de la Ley de esta jurisdicción, la consulta judicial facultativa procede cuando el juez tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento. Desagregando los elementos contenidos en ese precepto, se puede indicar que la admisibilidad de la consulta -en las hipótesis de ese párrafo- está condicionada a la concurrencia de los cuatro elementos siguientes:

A. Que la formule un "juez", término genérico que -desde luego- se aplica tanto a los juzgadores unipersonales como a los tribunales colegiados, y sobre lo cual es innecesario precisar más que: a) que debe tratarse de autoridades dotadas de poder jurisdiccional, lo cual excluye las consultas formuladas por tribunales administrativos, pero sí incluye las que hagan los árbitros en el marco de los asuntos sujetos a su decisión (nótese que lo relevante en todos los casos es que se esté ante el trámite de un proceso conducente al dictado de una sentencia o laudo arbitral, dotados de la autoridad de la cosa juzgada); y, b) que el juzgador debe estar, al momento de formular la consulta, debidamente habilitado para ejercer esa competencia (ya que mal podría pensarse que una resolución que sea inválida en el proceso en cuestión pueda surtir el efecto de dar inicio a un trámite que, como éste, posee un carácter puramente incidental).

B. Que existan "dudas fundadas" sobre la constitucionalidad de la norma, acto, conducta u omisión que se deba aplicar o juzgar. Esto quiere decir que el cuestionamiento debe ser razonable y ponderado. Además implica que no puede versar sobre aspectos sobre cuya constitucionalidad la Sala ya se haya pronunciado. Ello es así no sólo porque aceptar lo contrario implicaría desconocer la eficacia erga omnes de las resoluciones de esta jurisdicción, sino también dado que una consulta bajo esas circunstancias evidentemente carecería de interés actual. Pero subráyese, por su relevancia para el sub examine, que la explicada circunstancia sólo deriva de aquéllos pronunciamientos en que la Sala haya validado expresamente la adecuación de la norma, acto, conducta u omisión a los parámetros constitucionales. En consecuencia, si una norma ha superado anteriormente el examen explícito de



constitucionalidad (en vía de acción o consulta), no sería viable un nuevo cuestionamiento sobre el mismo punto, pero sí podría serlo respecto de un acto, conducta u omisión basados en la misma norma, particularmente porque -en este caso- siempre existe la posibilidad de un quebranto constitucional, ya no en la norma en sí, sino en su interpretación o aplicación. A la inversa, el hecho de que un acto, conducta u omisión haya sido refrendado anteriormente (quizás en vía de amparo o hábeas corpus) no significa que no puedan existir dudas sobre la constitucionalidad de la norma misma en que aquéllos se fundamenten. Y, en esta hipótesis, la consulta judicial es pertinente.

C. Que exista un caso sometido al conocimiento del juzgador o tribunal. Al igual que en la acción de inconstitucionalidad, la consulta judicial nunca se da en el vacío o por mero afán académico, sino que ella debe ser relevante para la decisión o resolución del llamado "asunto previo" o "principal". Finalmente,

D. Que, en ese asunto previo, deba aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión que suscite la duda de constitucionalidad, aspecto que -por su relevancia para el caso- resulta conveniente precisar. En efecto, la expresión "deba aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión", conlleva un sentido actual muy definido y totalmente distinto a que si la ley hablara en términos de que "pueda aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión". La consulta judicial no procede ante la mera eventualidad de que acaezcan esas circunstancias, ya que -como se explicó arriba- esta concepción equivaldría a que se inviertan los recursos de la jurisdicción constitucional en un simple ejercicio académico o doctrinario. Para que la consulta sea viable, el juzgador debe estar enfrentado, con certidumbre y en tiempo presente, a la aplicación de la norma o al juzgamiento del acto, conducta u omisión que le suscite una duda de constitucionalidad." " (El subrayado no es del original).

La constitucionalidad de lo dispuesto en el inciso 4) del artículo 15 de código de familia ya ha sido abordada y resuelta por la Sala Constitucional. En efecto, en sentencia número 1999-08990 de 17 de noviembre de 1999, dijo:

" II.- Los fines del matrimonio, se omiten en la Constitución Política, pero se enuncian legalmente, en el artículo 11 del Código de Familia: vida en común, cooperación y mutuo auxilio. Lleva razón la actora al apuntar que tales conceptos, por su formulación ambigua, pueden dar lugar a múltiples concepciones de la figura matrimonial. Ello, sin embargo, no es un defecto, sino una virtud de la regulación jurídica, que difícilmente podría de manera válida agotar o restringir el tema. Se concluye con claridad que ni la Constitución ni el Código propugnan por la vida sexual de los esposos como único fin posible del matrimonio, de manera tal que su ausencia determine inexorablemente su nulidad en cualquier momento. En cambio, sí le da importancia a la aptitud para desarrollar esa vida sexual en el momento en que se contraen nupcias y pone en

manos de uno de los cónyuges un instrumento que le permite, por espacio de dos años, hacer desaparecer el vínculo, en caso de sufrir impotencia su pareja. Nada de esto parece a la Sala irrazonable o contradictorio con la declaración Constitucional del matrimonio como base esencial de la familia. Casi de más está decir que casos en que concurren circunstancias totalmente extraordinarias podrían admitir que se exceptúe la regla del artículo 20. Sin embargo este análisis, por supuesto, atañe solo al juez al cual se plantea la petición de anulación, quien, como cualquier juez, deberá atenerse, al resolver, a los principios generales del Derecho y las reglas de interpretación de esa ciencia. “

En la sentencia transcrita, la Sala resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el plazo de caducidad para demandar la anulación del matrimonio con base en la causal cuya constitucionalidad se valora en esta consulta. El artículo 20 del código de familia establece un plazo de dos años para reclamar la anulación con base en la impotencia del otro cónyuge (artículo 15, inciso 4) y la accionante consideraba que la estipulación de un plazo después del cual el matrimonio se convalidaba atentaba contra los fines del matrimonio. Aunque la norma cuestionada no era la que establecía la causal, la Sala no dejó de referirse a la misma, tal y como se colige de la parte transcrita de la sentencia. Lo cierto es que la Sala valoró la constitucionalidad de la impotencia de uno de los cónyuges como motivo para invalidar el matrimonio, tal y como está regulado en el inciso 4) del código de familia, y señaló que ello no era inconstitucional de cara a lo que dispone el artículo 51 constitucional.

En razón de lo anterior, esta procuraduría considera que la consulta es inadmisibles por improcedente respecto de lo que disponen los artículos 51 y 52 constitucionales.

Ahora bien, la constitucionalidad de una norma puede ser valorada en relación con varias disposiciones constitucionales. La improcedencia que aquí alegamos es específicamente en relación con lo dispuesto en los numerales 51 y 52 constitucionales. La constitucionalidad de lo dispuesto en el inciso 4) del artículo 15 del código de familia en relación con lo establecido en el 33 constitucional, no ha sido ni valorada ni resuelta en la sentencia transcrita, ni en ninguna otra, hasta donde tiene conocimiento este órgano asesor. En consecuencia, esta procuraduría estima que la consulta si es admisible en relación con lo que dispone el artículo 33 constitucional.

Sobre el fondo.

a) Acerca de los fines del matrimonio.

Aunque consideramos inadmisibles la consulta en relación con este alegato, estimamos conveniente hacer algunas consideraciones al respecto para el caso de que esta Sala decida abordarlo.

En primer lugar, hemos de señalar que la jurisprudencia constitucional ha dicho que no es la constitución la que señala fines al matrimonio, sino la ley, específicamente el artículo 11 de código de familia, tal y como se expresa en la sentencia número 1999-08990, citada *supra* .

En segundo lugar, esa Sala, en reiterada jurisprudencia y a partir de lo que disponen instrumentos y convenciones internacionales sobre derechos humanos, ha desarrollado el concepto de libertad de matrimonio en virtud del cual la constitución del matrimonio cae dentro de la esfera de la autonomía de la voluntad. Al respecto, ha señalado la Sala:

VIII.- b) Por otra parte, considerados en sí mismos, el presupuesto y el objetivo de la investigación resultan contrarios a la libertad de matrimonio . Nótese que cuando se insiste en la “materialidad” del



vínculo como fin de la indagación de las autoridades de migración, ello implica que de no constatarse tal supuesto, no se extenderá el permiso para ingresar al país al cónyuge extranjero. Y, si bien es cierto, la ley -el Código de Familia- se refiere a los objetivos del matrimonio y entre ellos incluye la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio (artículo 11 del Código dicho), lo único que sanciona de nulidad es la estipulación de condiciones contrarias a esas finalidades, pero no el vínculo propiamente dicho, en caso de constatarse que los fines no se estén satisfaciendo (artículo 12 *ibidem*). Solamente se puede declarar -en sede jurisdiccional- la nulidad del matrimonio legalmente imposible y del anulable, entre cuyas causales no se incluye el emplearlo con objetivos distintos de los estipulados por el artículo 11 arriba mencionado (artículos 14, 15, 64 y 65 *ibidem*). Ciertamente, la decisión de las autoridades de migración no persigue -ni podría tener como efecto- la anulación del matrimonio de una persona costarricense con una extranjera, que se ha celebrado con el fin de facilitar a la segunda el ingreso a Costa Rica. Pero el anterior repaso de las normas del Código de Familia y de la Ley General de Migración y Extranjería permite concluir que un matrimonio que se celebre con el propósito dicho es válido (no contraviene el ordenamiento jurídico, no está expresamente prohibido); mientras que la investigación objetada busca sancionar -sin sustento alguno en el derecho positivo nacional- los matrimonios celebrados con tal intención, impidiendo que el cónyuge foráneo entre legalmente al país.

IX.- Pese a que la Constitución Política costarricense no prevé expresamente la libertad de matrimonio, ella está ampliamente regulada en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estatuye lo siguiente:

“Artículo 16.-

1. Todos los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

Asimismo, a través de su artículo 12 prohíbe las injerencias arbitrarias en la vida privada y la familia. Igual mandato recoge el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mientras que el 23.2 reconoce el “derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a



fundar una familia si tiene edad para ello”, sujetando la validez de su celebración al libre y pleno consentimiento de los contrayentes (artículo 23.3). La Convención Americana sobre Derechos Humanos protege de forma similar a las personas de las injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o en la de su familia (artículo 11.2) y su libertad para establecer una unión matrimonial, bajo la sola condición del libre y pleno consentimiento de los contrayentes (artículo 17). Finalmente, estima la Sala plausible la invocación de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 1985, pues aunque el amparado Rodríguez Carrillo no vive en Costa Rica, su petición está sometida a una autoridad pública costarricense y tiene como objetivo trasladarse a nuestro país. El artículo 5 de la Declaración enlista los derechos de los cuales gozarán los extranjeros, incluyendo la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad y la familia (inciso b) y el derecho a elegir cónyuge, a casarse, a fundar una familia (inciso d). La norma sujeta la vigencia de tales derechos a la legislación interna, lo cual en el caso costarricense no representa mayor problema, pues no se prohíbe el vínculo matrimonial en la forma y con el aparente propósito que, insinúan los recurridos, se constituyó el de los amparados. (Sentencia número 2004-13260 de 24 de noviembre de 2004).

Desde este punto de vista, el legislador configura el ejercicio de dicha libertad al establecer el régimen de nulidades del matrimonio sobre la base de los impedimentos para contraerlo (artículos 14 del código de familia) sancionando con la nulidad absoluta su trasgresión. En cuanto a los fines (artículo 11, ibídem) forma parte del marco regulatorio del ejercicio de la libertad de matrimonio, únicamente para sancionar con nulidad absoluta las condiciones pactadas contrarias a eso fines (artículo 12, ibídem), no en matrimonio en cuanto tal.

Lo anterior significa que las personas son libres de casarse por los motivos que sean, libertad que encuentra sus limitaciones en el régimen de nulidades del matrimonio. Pero, además, significa que el derecho constitucional lo que regula es el ejercicio de una libertad que, por su propia naturaleza jurídica, no tiene necesariamente que satisfacer determinados fines, estén o no contemplados en la constitución.

El parámetro de constitucionalidad de cualquiera de las causas de anulación del matrimonio no está contenido en los fines que el ordenamiento jurídico le señala. Si el matrimonio está configurado en los convenios e instrumentos internacionales sobre derechos humanos como una libertad, la constitucionalidad de las normas que lo regulan, entre ellas las que establecen el régimen jurídico para su anulación, ha de valorarse a partir de la legitimidad de las limitaciones que se le imponen a dicha libertad, lo que depende del respecto al núcleo básico o contenido esencial de dicha libertad, o a partir de la vulneración o no de otros derechos y libertades o valores y principios constitucionales.

De cara a lo que establece el artículo 15, inciso 4) del código de familia, lo dicho significa que su constitucionalidad no depende de que contraríe o no los fines del matrimonio. En este sentido, y en relación con lo que disponen los artículos 51 y 52 constitucionales, consideramos que no hay inconstitucionalidad en la disposición legal que establece como causa de anulación del matrimonio la impotencia de uno de los cónyuges en las condiciones que establece la norma cuestionada.

b) Acerca de la alegada discriminación contraria a la dignidad humana.

El otro argumento del consultante tiene que ver con el supuesto carácter denigrante y discriminatorio hacia el hombre de la causal de anulación consistente en la impotencia de uno de los cónyuges.

En primer lugar, y en relación con la discriminación en contra del hombre que señala el consultante, hay que señalar que ello depende de la interpretación que se haga del vocablo "impotencia". Por lo general, dicha expresión se refiere al hombre en el entendido de que implica la imposibilidad de lograr la erección de pene. Sin embargo, la norma puede ser entendida de manera tal que la impotencia se refiera a la incapacidad física o psicológica para realizar el acto sexual. En consecuencia, la pueden sufrir tanto los hombres como las mujeres. La doctrina y la jurisprudencia suelen entenderla en este último sentido (cfr. TREJOS, G. y RAMÍREZ, M., *Derecho de Familia Costarricense*, 1999, p.95).

Habría quebranto del numeral 33 de la constitución si se interpretara que sólo el hombre puede sufrir la impotencia. Pero lo sería porque ello implicaría que sólo la mujer puede pretender la anulación del matrimonio con base en esa causal, lo que constituiría una discriminación por razones de sexo. Pero como es un asunto de interpretación, el eventual vicio de inconstitucionalidad no está en la norma sino en el sentido que se atribuya a la expresión "impotencia". De modo tal que esta Sala Constitucional puede dictar una sentencia interpretativa estableciendo el sentido que ha de dársele al vocablo "impotencia" para evitar el quebranto al numeral 33 de la constitución.

La impotencia no se refiere a la capacidad de procreación. En la consulta formulada el juzgado erróneamente establece un vínculo entre la impotencia y la capacidad para procrear. La impotencia tiene que ver con la vida sexual de la pareja y se refiere a la incapacidad para la realización del acto sexual. Es en relación con este aspecto de la vida en pareja que ha de analizarse el carácter denigrante o no que tiene su inclusión entre los motivos que permiten su anulación.

Cuando se señala el carácter denigrante de la norma cuestionada se supone que esta quebranta la dignidad humana como valor constitucional. En tal condición, la dignidad humana es el valor constitucional básico del conjunto de los derechos fundamentales. Alude al concepto mismo de ser humano que está en la base de los derechos fundamentales y se refiere a su condición individual y social. En este sentido, es un concepto jurídico (pues está contenido en la constitución, que es una norma) que traspone en el plano del derecho positivo un concepto ético y filosófico acerca de la condición humana.

Sin pretender definir el concepto jurídico de dignidad humana, hay que señalar que este comprende e integra a los derechos fundamentales en la medida en que estos expresan a su vez distintas facetas del mismo. Por ejemplo, la dignidad humana implica el respeto a la integridad física y psíquica de las personas, lo que excluye el sometimiento a tratos crueles o degradantes (artículo 40 constitucional) así como el respeto al honor de las personas (artículo 41 constitucional) o a la vida y la salud (artículo 21 constitucional). La dignidad humana como valor supone la garantía constitucional de un ámbito de libertad individual así como un mínimo de condiciones sociales y económicas existenciales para todas las personas. Finalmente, pero sin agotar con ello el tema, habría que decir que la dignidad humana supone la igualdad, formal y material. De allí que se constituya en el límite infranqueable a cualquier trato discriminatorio que establezca el legislador (artículo 33 constitucional).

En relación con el objeto de esta consulta, y ya aclarado que no estamos ante una norma en sí misma discriminatoria, la alegada violación a la dignidad humana como valor constitucional tiene que ver con el honor. Este se vería afectado por una norma que hace de la incapacidad para tener

relaciones sexuales una causa de anulación del matrimonio, tomando en cuenta que dicha incapacidad es una enfermedad cuyo padecimiento o no escapa a la voluntad de quien lo sufre.

El inciso 4) del artículo 15 del código de familia establece una causal para anular el matrimonio por error en relación con una característica o condición personal de una de las partes. Esto es así en nuestro derecho de familia porque el inciso 1) de ese mismo numeral limita el error como casual de anulación únicamente a la identidad del otro cónyuge. En otras legislaciones, o como estaba redactado el artículo 56.1 del código civil, el error puede serlo en relación con otras circunstancias, distintas a la identidad del otro contrayente, como por ejemplo, a sus condiciones y características personales, lo que comprende la impotencia sexual.

En razón de lo anterior, el código de familia establece una causal en relación con una condición o característica específica: la capacidad para tener relaciones sexuales, en el entendido de que esta se configura cuando el acto de entendimiento esta viciado por que hay un error en la apreciación de esta condición o característica por el otro cónyuge. Es decir, que habiendo conocido esta característica el otro cónyuge no hubiese consentido en el matrimonio. De allí que el artículo 15, inciso 4) del código de familia establece que la impotencia será causa de anulación del matrimonio si es preexistente a este y si, además, es de carácter incurable.

La *ratio iuris* de esta disposición es que las relaciones sexuales son un competente o elemento propio y característico de la vida en pareja y, en este tanto, del matrimonio. No es un fin del matrimonio ni un elemento esencial sin el cual este no se daría, pero si propio y característico del mismo hasta el punto de que, consentir en el matrimonio sin conocer la incapacidad del otro cónyuge para mantener relaciones sexuales, y sin posibilidad de que haya cura, le permite a quien no la padece, en el caso de la absoluta, accionar para anularlo. Tan propio y característico del matrimonio lo consideró el legislador que incluso permitió al cónyuge que la padece en forma relativa (cuando lo es sólo en relación con una persona en particular) accionar para anularlo, tal y como lo dispone el artículo 65, inciso d) del código de familia.

La decisión de considerar a las relaciones sexuales como elemento o componente característico y propio del matrimonio, la toma el legislador como parte de la discrecionalidad propia de la potestad legislativa. No es una decisión arbitraria y resulta razonable a la luz de lo que el matrimonio como relación jurídica supone. En la medida en que el matrimonio se configura como una libertad, esta decisión necesariamente tiene que traducirse en una causal o motivo para anular el matrimonio, o como causa para el divorcio o separación judicial o como simple ilicitud.

En el caso de nuestro derecho de familia, el legislador consideró que la vida sexual de la pareja era un componente del matrimonio lo suficientemente importante como para hacer de su ausencia en razón de la impotencia de uno de los cónyuges una causal de anulación. No hay en ello, por lo dicho, ofensa o afectación al honor de quien la padece. La causal en cuanto tal no contiene ofensa o afectación al honor como para señalar que constituye una violación a la dignidad humana en cuanto valor constitucional. La afectación al honor puede producirse por la forma en que judicialmente se invoque dicha incapacidad por quién pretenda la anulación de un matrimonio, pero eso no es un vicio de la norma ni se da en razón de un vicio que contenga la norma. Si hay ofensas en este sentido, el ordenamiento jurídico contempla los remedios para resarcirse.

Conclusiones.

Con fundamento en lo dicho, este Órgano Asesor recomienda a la Honorable Sala Constitucional no admitir la consulta respecto de lo que disponen los artículos 51 y 52 constitucionales por ser este un asunto ya resuelto por la Sala Constitucional. En caso contrario, desestimarla en relación con estos artículo así como en relación con la alegada violación al artículo 33 constitucional, con base en las siguientes consideraciones:

1) La jurisprudencia constitucional ha señalado que la constitución no establece determinados fines al matrimonio. Que este supone el ejercicio de una libertad regida por el principio de autonomía de la voluntad, por lo que los contrayentes no tiene que satisfacer fines establecidos por el ordenamiento jurídico. De allí que para valorar la constitucionalidad de una causal de anulación del matrimonio, carece de relevancia su conformidad o no con los fines que una norma de rango legal atribuye al matrimonio.

2) El artículo 15, inciso 4) del código de familia no contiene discriminación alguna pues el término o vocablo "impotencia" es aplicable tanto al hombre como a la mujer.

3) Finalmente, este órgano asesor considera que la causal impugnada no afecta el honor del contrayente que la sufre. Simplemente refleja la importancia que el legislador da las relaciones sexuales dentro del matrimonio, por lo que no atenta contra la dignidad humana como valor constitucional.



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Zannoni, E. A. (1981). Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo I. Reimpresión. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. Argentina. 305-314.
- 2 Belluscio, A. C. (1979). Derecho de Familia. Tomo II. Matrimonio. Reimpresión. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina. 138-148.
- 3 Belluscio, A. C. (1998). Manual de Derecho de Familia. Tomo I. Sexta Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina. 292-294.
- 4 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 5476 del veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y tres. CÓDIGO DE FAMILIA. Fecha de vigencia desde cinco de agosto de mil novecientos setenta y cuatro. Versión de la norma: 15 de 15 once de noviembre de dos mil nueve. Datos de la Publicación N° Gaceta: 24 del: 05/02/1974. Alcance: 20 Colección de leyes y decretos: Año: 1973 Semestre: 2 Tomo: 4 Página: 1816. Artículo 173.
- 5 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 415 de las once horas diez minutos del seis de marzo de dos mil ocho. Expediente: 04-001185-0187-FA.
- 6 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 863 de las nueve horas veinte minutos del dos de junio de dos mil cuatro. Expediente: 03-400267-0187-FA.
- 7 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 8990 de las quince horas con cuarenta y ocho minutos del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y nueve. Exp: 99-008081-0007-CO.
- 8 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Consulta Judicial de Constitucionalidad promovida por el Juzgado Segundo de Familia del Primer Circuito Judicial de San José, acerca de la Inconstitucionalidad del inciso 4) del artículo 15 del Código de Familia en relación con los Artículos 33, 51 y 52 de la Constitución Política. Expediente: 05-009324-0007-CO. Fecha de entrada: 22/07/2005.