



NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL CODIGO DE DERECHO CANONICO EN LA REGULACION DEL MATRIMONIO CELEBRADO POR PROCURADOR

MARITA CAMARERO SUAREZ

SUMARIO: 1.—*Regulación canónica del matrimonio por procurador*. a). Visión general de los requisitos de la celebración del matrimonio por procurador. b). Distinción de requisitos de fondo y requisitos de forma en la celebración de dichos matrimonios. c). Reflexiones acerca de la celebración material y formal de esta clase de matrimonios. 2.—*Remisión canónica a los documentos auténticos civiles*. a). Planteamiento general. b). Problemática en torno a este tema. 3.—*Concepto canónico de documento auténtico*. a). Las diversas acepciones del término auténtico. b). La autenticidad exigida en el matrimonio por procurador. 4.—*Regulación civil del matrimonio celebrado por procurador*. a). Líneas fundamentales de dicha regulación. b). Concepto de documento público y auténtico en el Derecho civil.

1. *Regulación canónica del matrimonio por procurador*

De todos es conocido que el matrimonio por procurador es una creación del Derecho de la Iglesia¹, fue Bonifacio VIII quien dio consagración legislativa al principio en una Decretal de 1298 recogida en el *Liber sextus*² en la que se establecían tres condiciones para la

1. Así lo afirman los autores, entre otros podemos citar a G. GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid, 1959), p. 213; G. BO, *Il matrimonio per procura* (Padova, 1934), p. 7; D. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. 4, 7.ª ed. (Madrid, 1982), pp. 49 y ss.; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, Tomo 1.º, 7.ª ed. (Madrid 1956), revisada por P. MARÍN PÉREZ, pp. 607 y ss.; A. ESMEIN, *Le mariage en Droit canonique*, 2.ª ed., puesta al día por R. GENESTAL y J. DAUVILIER, tomo 2.º (París, 1935), pp. 240-244.

2. In VIº, 1,19,9. Decreto de Bonifacio VIII.

validez del matrimonio contraído por procurador: un mandato especial, la ejecución de ese mandato por parte del mismo mandatario y la necesidad de perseverancia del consentimiento matrimonial³.

Como señala Dauvilier el Derecho clásico de la Iglesia no se oponía a la conclusión del matrimonio entre ausentes y se admitía la figura del procurador. Pueden encontrarse algunos ejemplos en esa época de matrimonios así celebrados, así, una Decretal de Inocencio III en la que una mujer contrata por palabras de presente *mediantibus internunciis* (X,3,32,14)⁴.

En la actualidad el Código de Derecho canónico regula el matrimonio celebrado por procurador en los cánones 1104 y 1105 en términos similares a los establecidos en los anteriores cánones 1088 y 1089⁵.

Este matrimonio se realiza en el momento mismo en que el apoderado otorga el consentimiento en nombre de su poderdante, no siendo necesaria la ratificación ulterior de éste. Es decir, como señala Quezada Toruño, recogiendo la opinión de los autores, el matrimonio se celebra cuando el procurador ejecuta el mandato y el otro contratante manifiesta a su vez el propio consentimiento. En ese momento el consentimiento es mutuo, moralmente simultáneo y produce el vínculo

3. Ibidem, de procuratoribus: Procurator non aliter censetur idoneus ad matrimonium contrahendum, quam si ad hoc mandatum habuerit speciale. El quamvis alias is, qui consuitur ad negotia procurator, alium dare possit; in hoc tamen casu, propter magnum quod ex facto tam arduo poset periculo imminere, non poterit deputare alium nisi hoc eidem specialiter sit commissum. Sane si procurator, antequam contraxerit, a domino fuerit revocatus, contractum postmodum matrimonium ab eodem, licet tam ipse quam ea, cum qua contraxerit, revocationem huiusmodi penitus ingorarent, nullius momenti existit, quam illius consensus defecerit, sin quo firmitatem habere nequivit».

4. J. DAUVILIER, *Le mariage dans le Droit classique de L'Eglise* (París, 1933), p. 100.

5. Cfr. Canon 1105 del nuevo *Codex Iuris Canonici* promulgado el 25 de enero de 1983: «§ 1. Matrimonium per procuratorem valide ineundum requiritur: 1.º ut adsit mandatum speciale ad contrahendum cum certa persona; 2.º ut procurator ab ipso mandante designetur, et munere suo per se ipse fungatur.

§ 2. Mandatum, ut valea, subscribendum est a mandante et praeterea a parrocho vel Ordinario loci in quo mandatum datur, aut a sacerdote ab alterutro delegado, aut a duobus saltem testibus, aut confici debet per documentum ad normam iuris civilis authenticum.

§ 3. Si mandans, scribere nequeat, id in ipso mandato adnotetur et alius testis addatur qui scripturam ipse quoque subsignet, secus mandatum irritum est.

§ 4. Si mandans, antequam procurator eius nomine contrahat, mandatum revocaverit aut in amentiam inciderit, invalidum est matrimonium, licet sive procurator sive altera pars contrahens haec ignoraverit.

matrimonial⁶. Continúa diciendo este autor que el consentimiento del mandante debe perseverar, ya que de lo contrario el matrimonio será nulo. No se trata de una perseverancia psicológica del consentimiento, sino que basta una perseverancia jurídica, que consiste en la no retractación del consentimiento, pues el efecto que se quiere producir es solamente un efecto jurídico-moral⁷.

a) *Visión general de los requisitos de la celebración del matrimonio por procurador*

El *Codex* regula en el canon 1105 minuciosamente las características o requisitos necesarios del poder para contraer matrimonio. Así, se requiere un poder especial para contraer con persona determinada, designación del procurador por el mandante y desempeño personal de su oficio. El poder deberá estar firmado por el mandante, el párroco u Ordinario del lugar donde se otorga, o por un sacerdote delegado por uno de ellos, o al menos por dos testigos, o bien puede ser otorgado por documento auténtico según las normas del Derecho civil. Si el mandante no sabe escribir, esto deberá constar en el poder y se añadirá otro testigo más, el cual firmará también el documento. Si antes de la celebración del matrimonio, el mandante revoca el poder o cae en amencia, el matrimonio será inválido aunque el procurador o la otra parte lo ignoren.

Como puede apreciarse, existe alguna alteración en la actual regulación de este tipo de matrimonios en relación con la anterior normativa establecida en el canon 1089 del derogado *Codex*. En efecto, en la actualidad el canon 1105 exige en el párrafo 1, número 2 la designación del procurador por el propio mandante, cosa a la que anteriormente no se hacía referencia. Además, se establece la posibilidad de otorgar el poder por documento auténtico según las normas del Derecho civil, hecho que constituye una auténtica novedad en la regulación de estos matrimonios.

b) *Distinción de requisitos de fondo y requisitos de forma en la celebración de dichos matrimonios*

Es usual la distinción entre requisitos de fondo y requisitos de

6. Vid. R. QUEZADA TORUÑO, *La perseverancia del consentimiento matrimonial en la sanatio in radice* (Roma, 1962), p. 60.

7. *Ibidem*, p. 64.

forma en la celebración del matrimonio por poder. En este sentido se manifiesta Vallet de Goytisolo en un artículo publicado en la Revista Española de Derecho Canónico relativo al poder para contraer matrimonio, en el que establece como requisitos de fondo: ser especial el poder para contraer con persona determinada, y como requisitos de forma: ir firmado por el poderdante, y que se acompañe a su firma la del párroco, Ordinario del lugar, sacerdote delegado por uno de ellos, o al menos por dos testigos. Hoy habría que incluir dentro de los requisitos de forma, la novedad introducida por el nuevo *Codex Iuris Canonici* relativa a la posibilidad de otorgamiento del poder en documento auténtico según las normas del Derecho civil⁸.

De estos requisitos se deduce que en la regulación del apoderamiento del *Codex* establece:

1. La posibilidad de designar procurador para el matrimonio. La designación deberá ser hecha por el propio mandante. En este punto el nuevo Código de Derecho canónico, con la exigencia en el apartado 2, del párrafo 1, del canon 1105, de la designación del procurador por el propio mandante, sale al paso de los problemas que anteriormente se planteaban respecto al silencio de la ley canónica sobre la posibilidad de otorgar la escritura de poder en blanco. Ante lo cual la mayoría de los autores sostenían que el poder otorgado en esa forma adolecía del vicio de nulidad⁹.

2. Cualquiera podrá ser designado procurador para el matrimonio sin que obste su edad o sexo, siempre que tenga la discreción de juicio suficiente para ejercer el cargo.

3. El mandato para su validez ha de reunir varias condiciones. La primera de ellas es que deberá ser especial para contraer con una persona determinada. Deberá ser otorgado por escritura y deberá llevar la firma del mandante, y además la del párroco u Ordinario del lugar, o la de un sacerdote delegado o la de dos testigos, y si el mandante no sabe escribir deberá firmar la escritura otro testigo más. En la actualidad en este punto el *Codex* introduce una variación respecto

8. Vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, «Poder para el matrimonio. ¿Puede otorgarse ante notario o cónsul en funciones notariales, sin concurrencia de testigo alguno, el poder para contraer matrimonio canónico?», en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 7.º (1952), pp. 333-340.

9. La Comisión Pontificia de Intérpretes de 31 de mayo de 1948 estableció que el procurador debía ser designado por el mandante y que no podía subdelegar ni hacerse sustituir por otro. AAS. 40 (1948), p. 302.

a la regulación anterior, ya que se admite la posibilidad de que el poder se otorgue por documento auténtico según las normas del Derecho civil. Por lo que cuando la escritura de poder se otorgue ante notario o ante un funcionario de la carrera consular y la legislación civil del país exima a estos de la obligación de hacer uso de testigos en la autorización de esta clase de documentos, esa disposición civil tendrá eficacia en el fuero canónico¹⁰.

4. El mandato procuratorio si se ha otorgado sin limitación de tiempo, subsiste en tanto no sea revocado por el mandante. La voluntad del poderdante deberá subsistir, al menos virtualmente, en el momento en que el procurador manifieste esa voluntad en forma legítima. Por ello el matrimonio será nulo si en el momento en que se celebra el poderdante ha revocado la representación otorgada a su procurador o ha revocado su voluntad de contraer matrimonio y lo mismo ocurre si antes de celebrarse el casamiento hubiera caído en amencia el mandante, ya que con ella se entiende que cae también su voluntad¹¹.

También la muerte sobrevenida del mandante rinde absolutamen-

10. Opinión contraria sostenían hasta la fecha L. MIGUÉLEZ, «El matrimonio por procurador», en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 3.º (1948), pp. 1033-1036; y A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico* (Madrid 1981), 4.ª ed., p. 189; que establecen que el cumplimiento de la forma canónica en la celebración del matrimonio por procurador es necesaria para la validez y no sería suficiente el mandato expedido, de acuerdo con las normas civiles al efecto. Sin embargo, J. VALLET DE GOYTISOLO, «Poder para el matrimonio», en *Revista Española de Derecho Canónico*, 7 (1952), pp. 333-340, apuntaba ya esta posibilidad en los siguientes términos: «no hay duda que la presencia de un notario en el ejercicio de su cargo, o de un cónsul en funciones notariales, cumple mejor los fines probatorios que la firma de dos simples testigos». Para este autor, esto no supone ninguna remisión del Derecho canónico a la forma civil, únicamente significa que entre la forma preferente y la mínima exigidas por el *Codex*, son aceptables otras formas con más fehaciencia que esta última y cuya valoración ha de quedar al recto arbitrio del sacerdote instructor del expediente matrimonial.

11. Sobre este punto pueden consultarse a V. REINA, *El consentimiento matrimonial. Sus anomalías y vicios como causas de nulidad* (Barcelona, 1974), p. 51; J. HERVADA y P. LOMBARDÍA, *El Derecho del pueblo de Dios*, III, Derecho matrimonial (Pamplona 1973), pp. 383 y ss.; E. TEJERO, «La calificación jurídica de la amencia en el sistema matrimonial canónico», en *Ius Canonicum*, 18 (1978), pp. 152-220; J. H. KEATING, *The bearing of mental impairment on the validity of marriage* (Roma, 1973), p. 22; O. FUMAGALLI, *Intellecto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico* (Milano 1974), pp. 271-273; A. REINA, *La incidencia de las perturbaciones psíquicas en el consentimiento matrimonial* (Jaén, 1979), pp. 119 y ss.

te ineficaz el matrimonio celebrado por el procurador en un momento sucesivo. Esta condición de vida del poderdante se encuentra recogida implícitamente en el *Codex* y la doctrina anterior y reciente es unánime en esta interpretación.

Por último, señalaremos que la ejecución del encargo por parte del procurador deberá ser tenida en cuenta para decidir sobre la validez del matrimonio por poder. Es decir, el procurador como representante deberá desarrollar su facultad dentro de los límites del mandato recibido. Porque si ha habido *excesus mandati*, el matrimonio resulta *inutiliter celebratur* o mejor *nihil valet*.

c) *Reflexiones acerca de la celebración material y formal de esta clase de matrimonios*

En toda celebración matrimonial pueden distinguirse dos acepciones del término celebración: la celebración material y la celebración formal. La celebración material supone el acuerdo de voluntades en el negocio jurídico por parte de quienes lo celebren. Así, en el caso del matrimonio, el vínculo jurídico surge como consecuencia de la conjunción de las declaraciones de voluntad de los dos contrayentes. La conjunción se inicia con el ofrecimiento de uno de los contrayentes al otro como cónyuge y concluye cuando el otro lo acepta como tal. Por tanto, la celebración material del negocio jurídico consiste en la coincidencia de las voluntades de quienes en él intervienen.

Pero el legislador tiende a rodear de formalidades la celebración de los negocios jurídicos y especialmente el matrimonio. Con ello se tiende a asegurar una efectiva coincidencia de ambas voluntades en el mismo negocio, en la medida en que se exige la llamada unidad formal de acto, que consiste en que las declaraciones de voluntad se lleven a cabo en el mismo lugar y tiempo. Sin embargo, el principio de unidad formal de acto admite excepciones, y la más significativa deriva de la posibilidad de celebrar matrimonio a través de procurador. En este tipo de celebración el primer declarante lleva a cabo su declaración de querer contraer matrimonio en un lugar y tiempo distintos que el segundo contrayente. En tal supuesto, la celebración del matrimonio continúa siendo un único acto o negocio jurídico, pero formalmente esa celebración consta de dos actos: el del otorgamiento del poder y el del uso posterior de ese poder. Cada uno de esos actos formales exige, a su vez, unidad de acto. Esta unidad de acto deberá observarse tanto en el otorgamiento del poder, como en el posterior uso de ese poder, consistiendo la celebración en dos actos formalmente diversos, en cada uno de los cuales debe observarse una

unidad formal de acto. Y como consecuencia de la exigencia de esa unidad formal de acto, se excluye la posibilidad de utilización de medios de comunicación a distancia, como vías de suplir la inmediatez que la unidad formal de acto exige.

En este sentido es la doctrina propia del Derecho notarial la que mejor distingue entre celebración material y celebración formal. Lo que desde el punto de vista material es un único acto jurídico, puede desglosarse en muchos actos desde el punto de vista formal¹².

La unidad formal de acto, exigida generalmente por el legislador, está al servicio y tutela de la unidad material del acto, de forma que no se planteen problemas acerca de la perseverancia del consentimiento matrimonial del primer declarante. La distinción entre celebración material y celebración formal es importante y necesaria porque el aspecto formal y el aspecto material de la celebración del matrimonio plantean problemas de naturaleza diversa; así, la problemática de la celebración material es la de apreciar si se produce y en qué momento la conjunción de las voluntades de los contrayentes en el negocio matrimonial; en cambio, la problemática de la celebración formal, consiste en apreciar si se observan o no las formalidades de carácter constitutivo establecidas por el legislador como necesarias para que las declaraciones de voluntad produzcan el vínculo matrimonial.

Además, la importancia de la distinción también aparece reflejada en el hecho de que el principio *locus regit actum* hace referencia al aspecto formal de la celebración de los negocios jurídicos, es decir, a las solemnidades de los actos y no a su dimensión material¹³. Así, entendemos que las cuestiones formales de la celebración del matrimonio por procurador en el extranjero se regirán por el principio *locus regit actum* y ello vendrá encuadrado dentro de la categoría de forma de recepción del consentimiento. Mientras que las cuestiones de fondo se regirán por el estatuto personal o ley nacional de los con-

12. Sobre esta cuestión es interesante el estudio de A. Díez GÓMEZ, «La unidad de acto», en *Revista de Derecho Notarial*, XIX (1972), pp. 65-73, en el que define la *unidad de acto material* como la coexistencia efectiva de las voluntades que informan el negocio. Y la *unidad de acto formal*, consiste para este autor en la intermediación entre autorizantes y comparecientes desde que se produce la primera exteriorización de la voluntad hasta la última.

Así, la escritura es un acto plurilateral que precisa por lo menos de dos exteriorizaciones de voluntad para existir —la del autorizante y la del otorgante—. En efecto, la unidad de acto no se termina con el otorgamiento sino que alcanza a la autorización.

13. Cfr. canon 13 § 2, n.º 2.

trayentes y ello deberá encuadrarse dentro de la categoría de celebración material del matrimonio¹⁴.

Por otra parte, en la celebración material del matrimonio, puede plantearse un problema, desde el punto de vista práctico, consistente en apreciar si en la celebración del matrimonio por procurador hay o no perseverancia en el consentimiento por parte de quien en su día otorgó poder para el matrimonio¹⁵.

Es admitido unánimemente que en el matrimonio por procurador el mandante pueda estar durmiendo o practicando cualquier actividad, que nada tenga que ver con la celebración del matrimonio, una vez otorgado el poder y en el momento en que surge el vínculo matrimonial, como consecuencia de la celebración del matrimonio por el mandatario en nombre del mandante, sin que ello afecte a la validez del matrimonio. Sin embargo, entendemos que dado que el sacramento de matrimonio lo administran los contrayentes en el momento de declarar su voluntad, es lógico, que al efectuar esa declaración ha de estar presente una intención, al menos virtual, de contraer matrimonio. De ahí que como unánimemente se admite en el momento de declarar la voluntad, el declarante deberá ser consciente de la actividad que realiza, de tal modo que situaciones de embriedad, etc. impiden que la declaración de voluntad se haga con intención, al menos virtual. Pero una vez efectuada la declaración —con intención virtual— ya no se exige otra intención que la habitual, es decir, la no revocación del consentimiento. Como es evidente no se trata de una perseverancia psicológica del consentimiento, sino que basta la simplemente jurídica, que consiste en la no retractación del consentimiento, ya que el efecto que se quiere producir es un efecto jurídico-moral.

Todas esas formalidades que rodean a las declaraciones de voluntad en la celebración del matrimonio, más que enfocarlas desde el punto de vista de la distinción entre forma de emisión y forma de recepción del consentimiento —como hace Lalaguna—, se trata de la exigencia del principio de unidad formal de acto, que supone la inme-

14. Véanse en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo, S. 12-7-1889; G. 15-91889; C.L.; vol. 3.º, p. 247; y S. 9 de febrero de 1934, sobre la validez del matrimonio contraído en el extranjero por españoles según la *lex loci*.

15. En este punto señala R. QUEZADA TORUÑO, *La perseverancia...*, op. cit., pp. 61-64, que el consentimiento del mandante debe perseverar, ya que de lo contrario el matrimonio será nulo. Es decir, si el mandante se retracta en su consentimiento, aún cuando sólo sea mentalmente, aunque no lo comuniqué al procurador o al otro contrayente el matrimonio será nulo. No hay un solo autor que afirme la validez del matrimonio si el mandante revoca el consentimiento.

diatez del lugar, lo que excluye el uso de la radio, la televisión, etc.¹⁶.

Esas formalidades son distintas, según la declaración de voluntad se preste en presencia del otro contrayente o sin que esté presente. Nos referimos a continuación a este último caso, es decir, a las formalidades de recepción de la declaración de voluntad en ausencia del otro contrayente.

En este supuesto están limitadas las formas de recepción del consentimiento, que sólo puede recogerse en un documento escrito por el que se otorgue mandato procuratorio. Las formas de recepción del consentimiento se limitan a las diversas formas que puede revestir el mandato, y que deberán ser, en cualquier caso, formas escritas. Tales formas consistirán: en que el documento esté firmado por un legítimo representante de la jerarquía eclesiástica, el poderdante y dos testigos; y también se permite que el mandato se otorgue en documento auténtico según las normas del Derecho civil.

Se ha discutido entre los internacionalistas a qué legislación civil debe sujetarse la forma de otorgamiento del poder, si a la del lugar en que el poder se otorga, si a la del lugar donde el matrimonio se celebra, si a la de la nacionalidad del poderdante, etc. En este tema entendemos con Pålsson que se trata de una forma concreta de celebración del matrimonio que supone una excepción alternativa a la forma usual de celebración, por lo que será necesario traer a colación respecto a ella la aplicación de la *lex loci*; es decir, el autor coincidiendo con la opinión mayoritaria, señala que este tipo de matrimonios se registrarán por la ley del lugar donde se celebren, ya que una postura contraria entrañaría una gran complicación en ciertos casos¹⁷.

Tal discusión carece de sentido para el Derecho canónico, ya que no hace depender la forma de celebración del matrimonio de que éste se celebre en territorio perteneciente a esta o aquella nación, ni tampoco toma en consideración la nacionalidad de los contrayentes.

16. En este punto E. LALAGUNA, «Función de la forma jurídica en el matrimonio canónico», en *Ius Canonicum*, I (1961), pp. 215-227, manifiesta que en sentido técnico la forma es un instrumento receptivo del consentimiento manifestado por las partes. Diferencia el autor entre «forma del acto» como instrumento receptivo del consentimiento manifestado, y «forma de la declaración consensual» como medio de emisión del consentimiento.

En el mismo sentido se manifiesta J. GUASP, *Derecho procesal civil* (Madrid, 1979) a propósito de la forma de los actos procesales, donde la exigencia de forma tiene un campo distinto de aplicación, según se refiera al momento de recepción o de producción de la actividad procesal.

17. Vid. L. PALSSON, *Mariage and divorce comparative conflict of Laws* (Leiden, 1974), pp. 218-226; y también Vid. L. PALSSON, «Mariage and divorce», en *International Encyclopedia of comparative Law*, 3, cap. 16 (Tubinga, 1978), p. 30.

En el matrimonio por poder, la celebración tiene lugar mediante dos actos distintos, que se realizan en tiempos y lugares moralmente diferentes. Uno es el acto de apoderamiento y otro el acto mediante el cual se intercambian las declaraciones de voluntad. A cada uno de esos actos es aplicable el principio *locus regit acum*. De forma que aunque el Derecho canónico oriental no permite que el poder se otorgue de acuerdo a la forma prevista por la ley civil, tal forma valdrá para la declaración de un fiel oriental, si se encuentra fuera del territorio de su propio rito, y a la inversa, si un fiel de rito latino se encuentra en territorio oriental habrá de sujetarse a ese Derecho.

Por todo ello entendemos que la ley civil a que se refiere el nuevo canon 1105, párrafo 3.º del *Codex*, es la ley civil del lugar donde se otorga el poder y no la ley de la nación donde el matrimonio se celebra.

2. Remisión canónica a los documentos auténticos civiles

a) Planteamiento general

Como desde el comienzo hemos señalado el nuevo *Codex Iuris Canonici* al regular en el canon 1105 la celebración del matrimonio por procurador incluye una novedad importante respecto a la derogada Legislación canónica en esta materia. Concretamente el párrafo 2.º del citado canon establece la posibilidad de que el poder para contraer matrimonio sea otorgado en documento auténtico según las normas del Derecho civil. El nuevo canon 1105 dice textualmente: «...aut confici debet per documentum ad normam iuris civilis authenticum».

Como puede apreciarse esto supone una cierta remisión a los documentos civiles en cuanto a la validez del poder para celebrar matrimonio. En este punto entendemos que la remisión se refiere a los requisitos de forma del otorgamiento del poder para contraer matrimonio.

b) Problemática en torno a este tema

El principal problema que se plantea es el de saber si se trata de un mandato procuratorio hecho según las normas del Derecho civil,

o si por el contrario lo que se exige es que el documento sea auténtico según el Derecho canónico, pero se haga con arreglo a las formalidades civiles de otorgamiento del poder. Como se verá a lo largo de la exposición, somos partidarios de la segunda postura.

Otro problema que se plantea aquí, es el de la necesidad de precisar qué debe entenderse por documento auténtico, es decir, cuál es el significado de auténtico en el documento. Para ello será necesario el estudio del concepto tanto en el Derecho canónico, como en el Derecho civil. En este sentido, el Derecho civil en la regulación de los matrimonios contraídos por procurador exige el otorgamiento del poder en forma auténtica, lo que supone en opinión de la doctrina, escritura pública notarial. A propósito de esta cuestión, estudiaremos el concepto de autenticidad en el Derecho civil español, no porque el canon 1105 del *Codex* haya de ser interpretado conforme al Derecho español, sino porque el citado canon se remite, en cierta medida, a las normas civiles sobre el mandato procuratorio.

3. *Concepto canónico de documento auténtico*

a) *Las diversas acepciones del término auténtico*

El término auténtico reviste múltiples significaciones que a continuación vamos a exponer:

1. Auténtico en el sentido de que el artículo concuerda con la firma del documento. En este sentido no es relevante que el documento sea público o privado; y de esta forma se distingue entre documento auténtico y documento falso, siendo el auténtico el que emana de aquél al que se atribuye, o que es el portavoz de la firma¹⁸. Es interesante la afirmación al respecto de Carnelutti de que la certeza de la procedencia del documento del autor indicado se llama autenticidad y este autor llama autenticidad no sólo a lo que un sector doctrinal califica de genuinidad, sino también a la constatación probatoria de la atribución del documento a su propio autor, o lo que es lo mismo, la autenticación de su origen. Así, Carnelutti sostiene que la certeza de la

18. A esto también se refiere F. DELLA ROCCA, *Manual de Derecho canónico*, 2 (Madrid), pp. 86 y 87 a propósito de la prueba instrumental en el proceso canónico.

procedencia del documento, en razón del autor indicado, es lo que se llama autenticidad. Pero observa que hay documentos que llevan en sí la prueba de su procedencia o de su formación, tales son los documentos públicos, los cuales se llaman también auténticos, ya que no es necesaria otra prueba fuera del documento mismo para producir la certeza en cuanto a su autor¹⁹.

2. Auténtico en el sentido de que el contenido del documento sea verdadero. A esto también se le ha llamado documento genuino, así se habla de documentos públicos genuinos que hacen fe plena sobre aquello que en los mismos directa y principalmente se afirma. En este sentido se han manifestado los comentaristas del *Codex* que dicen que los documentos públicos se presumen que son del autor a quien se atribuyen, mientras no se demuestre lo contrario con argumentos evidentes. Sin embargo, esta postura no es compartida por Miguélez que piensa que es un error creer que la palabra latina *genuinus* no tiene más significación que la anteriormente expuesta, y dice que la forma más correcta de expresar que un escrito es del autor al que se atribuye, es la palabra *authenticus*, y no *genuinus*; de tal forma que será más correcto afirmar que los documentos públicos se presume que expresan la verdad, mientras con argumentos evidentes no se demuestre lo contrario. Así, el funcionario público que, por razón de su oficio y haciendo uso de unas facultades legítimas que le competen, extiende o autoriza un documento, se presume que dice la verdad en aquellas materias que oficialmente certifica²⁰.

También se ha referido a este punto De Diego-Lora a propósito de la apreciación de las pruebas y de la fuerza probatoria del documento, diciendo que atribuir al documento público una fuerza probatoria plena no es debido al simple hecho de su naturaleza pública, sino a la autenticidad con que acredita su otorgamiento²¹.

Es significativo el esfuerzo que en España, en sede jurisdiccional civil, viene haciendo el Tribunal Supremo en aplicación del n.º 7 del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratar de determinar en cada hipótesis qué es lo que puede afirmarse como auténtico

19. Vid. F. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil*, 2, trad. de N. Alcalá-Zamora y S. Sentis Melendo (Buenos Aires, 1944), pp. 425 y 426.

20. Vid. L. MIGUÉLEZ, «Los documentos públicos: su genuinidad y fuerza probatoria», en *Revista Española de Derecho Canónico*, 1 (1953), pp. 309-318.

21. Vid. C. DE DIEGO-LORA, *Estudios de Derecho procesal canónico*, 2 (Pamplona, 1973), pp. 19-30.

de un documento público, a efectos del recurso de casación por infracción de ley²².

En el sentido que Miguélez criticaba, se pronunciaron Wernz-Vidal al entender por documento genuino, aquél que procede de la persona pública a quien se atribuye, se trata pues de una presunción de procedencia en razón del autor del mismo²³.

En el documento público la forma es lo que se presenta como auténtico, y no siempre la sustancia ha de gozar de igual autenticidad. Es decir, un documento público a pesar de la autenticidad formal que suele acompañarle, puede quedar desacreditado en el proceso cuando se evidencie en él no ser veraz su contenido. De ordinario el documento público constatará con fuerza auténtica el hecho de la concurrencia de los otorgantes ante el funcionario fedatario, el hecho mismo del otorgamiento en presencia de éste, que las declaraciones en él contenidas fueron fidedignamente expuestas, del día, hora y lugar del otorgamiento; pero no podrá autenticar que esas declaraciones fueron verdaderas o responden a una voluntad real. En este sentido se ha manifestado Núñez Lagos al decir que en el documento público normal hay dos autores de la declaración en ellos contenida: la verdad que dice el funcionario público, y la verdad que dice la parte. La primera garantizada por la ley se llama autenticidad de fondo o contenido. La segunda, sin garantía legal alguna, se llama veracidad. Así, la calidad de público, la da la autoría del documento —funcionario público—, en cambio, la calidad de auténtico en cuanto a su contenido, la da la autoría pública de la declaración: menciones auténticas emanadas de funcionario público. De esta forma se puede apreciar que en todo documento público hay dos partes auténticas: la autoría del documento, y las menciones acerca de la propia actuación del funcionario. Pero no todo el contenido del documento público es normalmente documento auténtico, así, a pesar de la unidad formal del documento, en cuanto a su contenido, hay realmente dos documentos dentro de un mismo documento público, según la autoría de la declaración del funcionario público y declaración de los particulares²⁴.

22. Vid. en este tema a M. FENECH y J. CARRERAS, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, 1.º de abril de 1881 a 31 de diciembre de 1953, 5 (Madrid, 1959), pp. 8.586-9.757. Confróntese entre otras también las siguientes obras: M. DE LA PLAZA, *La casación civil* (Madrid, 1944), pp. 235-253; R. NÚÑEZ LAGOS, «Documento auténtico en la casación civil», en *Revista de Derecho Notarial*, 9 (1961), pp. 7-246.

23. Vid. F. X. WERNZ-VIDAL, *Ius Canonicum*, 6 (Roma, 1927), p. 456.

24. Vid. R. NÚÑEZ LAGOS, *Documento auténtico...*, op. cit., pp. 7-246.

Entendemos que el autor citado incurre en una imprecisión al afirmar que dentro de un mismo documento hay dos documentos según la autoría de la de-

Es de destacar que en el Derecho procesal común la genuinidad y autenticidad se presentan como efectos derivados de la naturaleza pública del documento, es decir, esta naturaleza determina aquella característica.

En esta segunda acepción del término auténtico y teniendo en cuenta las diversas posiciones expuestas al respecto, sostenemos que en todo documento deberá distinguirse de un lado, la autoría del documento, y de otro lado, la autoría del acto jurídico que en el documento se contiene. En este sentido, el mandato procuratorio es un acto jurídico privado del que no se presume su genuinidad en cuanto veracidad, y lo público será el documento en el que se contiene dicho acto.

3. Auténtico en el sentido de que hace fe pública. Todo documento público hace fe pública, y estos documentos podrán ser notariales y no notariales, ya que caben otros funcionarios públicos distintos de los notarios. En este punto el Código de Derecho canónico, al legislar acerca del matrimonio por procurador, establece como requisito esencial para la validez del matrimonio que el poder sea otorgado mediante escritura firmada por el poderdante, párroco u Ordinario, sacerdote delegado por alguno de ellos, o al menos por dos testigos; y en este sentido el Derecho canónico recoge el concepto de documento público y diferencia entre documentos públicos eclesiásticos y documentos públicos civiles. Así, el anterior canon 1813 señalaba entre los principales documentos públicos eclesiásticos, los documentos del Sumo Pontífice, de los Ordinarios, los autos judiciales eclesiásticos, las partidas de bautismo, confirmación, matrimonio, defunción, etc., y las escrituras otorgadas por notarios eclesiásticos. Además, se señalaba en el citado canon que eran documentos públicos civiles los reconocidos en Derecho como tales por las leyes de cada país. En la actualidad el canon 1540 § 2 del nuevo *Codex* se refiere a estos documentos diciendo que «son documentos públicos eclesiásticos aquellos que han sido redactados por una persona pública en el ejercicio de su

claración. Por documento hay que entender la materialidad del papel y en tal sentido en modo alguno puede hablarse de una duplicidad de documentos, cosa distinta es que dentro de un mismo documento puedan distinguirse diversas autorías que ciertamente son más de dos. Autor del documento es el notario, porque él es quien lo titula y firma, a tal clase de autoría lo denomina la diplomática alemana «Urheber», pero el autor del documento no es necesariamente el autor del acto jurídico que en él se contiene, ya que normalmente el autor del acto jurídico que se contiene en un documento notarial es una persona privada. Y en tal sentido el acto jurídico es materialmente privado y formalmente público.

función en la Iglesia y observando las solemnidades prescritas por el derecho»²⁵.

En el Derecho español los documentos públicos civiles se hallan determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 596 de la misma, entre los que se recogen las escrituras públicas otorgadas con arreglo a Derecho²⁶.

En el sentido canónico un documento público eclesiástico o secular es tenido por auténtico salvo prueba en contrario. La contestación de la autenticidad de un acto público puede ser objeto de una demanda principal o constituir un incidente en el curso de una instancia pendiente. Deberá tenerse en cuenta que en el Derecho canónico el valor de un acto jurídico, de un contrato de matrimonio por ejemplo, no depende nunca del instrumento que lo constata. Por otra parte, como ya hemos señalado, el Derecho canónico tiene por documentos públicos civiles, los actos que la legislación del lugar declare como tales²⁷. Mans señala que para la lícita celebración del matrimonio por procurador se requiere la constancia de la autenticidad del documento del poder, lo cual podrá comprobarse si se han observado en la escritura de mandato las formalidades extrínsecas, así como las condiciones personales del apoderado, que excluyan toda duda sobre la posible falsedad del documento²⁸. De igual forma se pronuncia Jemolo cuando señala que el matrimonio por procurador es visto por el *Codex* como un cierto favor, hasta el punto que el anterior canon 1091 establecía que el párroco no debía consentir tal forma de matrimonio si se abrigaba alguna duda sobre la autenticidad del poder²⁹. Es de destacar que en la actualidad el nuevo Código de Derecho canónico señala en el canon 1071 párrafo 1, número 7.º, la necesidad de licencia del Ordinario para asistir a la celebración del matrimonio por procurador³⁰.

25. Cfr. canon 1813 del *Codex* anterior; Cfr. canon 1540 § 2 del C.I.C.: «Documenta publica civilia ea sunt, quae secundum uniuscuiusque loci leges talia iure censentur».

Vid. también al respecto: A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 455; L. MIGUÉLEZ, *El matrimonio por procurador...*, op. cit., pp. 1.033-1.036.

26. Cfr. artículo 596 n.º 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

27. Vid. P. TORQUEBLAU, *Traité de Droit Canonique*, publié sous la direction de Raoul NAZ, Tomo 4, libros 4 y 5, 2.ª ed. revisada (París, 1954), pp. 281-283.

28. Vid. J. MANS PUIGARNAU, *Derecho matrimonial canónico*, 2 (Barcelona, 1956), p. 232.

29. Vid. A. C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico* (Milano, 1941), p. 293; G. BO, *Il matrimonio per procura* (Padova, 1934).

30. Cfr. Canon 1071 § 7, n.º 7 del C.I.C.

Desde el punto de vista procesal se señalan varias clases de instrumentos —en sentido estricto, como señala Della Rocca, la palabra instrumento es sinónima de documento y puede referirse a cualquier tipo de escritura³¹—; así se habla de instrumentos públicos y privados, según emanen de una persona privada o de un funcionario público. Pero como anteriormente señalamos, la persona pública cuya participación en la escritura caracteriza al instrumento público no siempre es el notario, en la práctica se usa para tales documentos el sello del funcionario público o el de su oficio.

También en la anterior regulación de los procesos especiales se hacía referencia a esta acepción del término auténtico en el sentido de que hace fe pública. La norma fundamental referente al procedimiento sumario de nulidad se encontraba formulada en el anterior canon 1990 que regulaba los casos exceptuados de las reglas generales. El Código exigía un documento de cuya veracidad y autenticidad no pudiera dudarse, es decir, que hiciera fe pública, y en el mismo sentido el Motu Proprio «Causas Matrimoniales» de 28 de marzo de 1971, por el que se daban las normas para la tramitación de los procesos matrimoniales, se refería a las reglas que debían observarse en los casos especiales; así la regla X establecía: «Cuando por un documento auténtico y cierto, que no admite contradicción ni excepción de ninguna clase, consta de la existencia de impedimento dirimente...», y la regla XI extendía el procedimiento especial a las nulidades que resultarán de la falta de forma canónica en la celebración del matrimonio o a la carencia del mandato válido en el matrimonio celebrado por procurador.

Sobre este particular se manifestó López Alarcón señalando que en el proceso sumario de nulidad era condición de procedibilidad que la causa de nulidad alegada constara en documento cierto y auténtico que no admitiera contradicción de ninguna clase³². Por lo que debía tratarse de un documento propiamente dicho, preconstituido, y exento de defectos formales apreciables.

Con referencia al procedimiento extraordinario en las causas matrimoniales, Miguélez al hablar de los registros civiles sostiene que las inscripciones que en ellos se hacen tienen en todas las naciones el carácter de documentos públicos, los cuales cuando la legislación del país les reconoce ese carácter hacen fe en el fuero eclesiástico³³.

31. Vid. F. DELLA ROCCA, *Instituciones de Derecho procesal canónico* (Buenos Aires), pp. 253-258.

32. Vid. M. LÓPEZ ALARCÓN, «Derecho procesal canónico», en *Derecho canónico*, 2, Eunsa (Pamplona, 1974), p. 223.

33. Vid. L. MIGUÉLEZ, «Procedimiento extraordinario en las causas matrimoniales», en *Revista Española de Derecho Canónico* (1946), pp. 175-191.

En el mismo sentido se ha manifestado Bonnet al considerar como público aquel documento capaz de dar curso al rito previsto para los casos especiales, y desde esa óptica considera suficientes no sólo los documentos públicos eclesiásticos, sino también los documentos públicos civiles³⁴.

Toda la temática relativa a los casos especiales ha sido estudiada con detenimiento por De Diego-Lora en un artículo publicado en «*Ius Canonicum*» sobre la «Naturaleza y supuesto documental del proceso *in casibus specialibus*», al cual nos remitimos en todo aquello que se refiere a la característica de auténtico del documento. Y lo mismo hacemos con Cabreros que también se ha ocupado de este tema³⁵.

Es interesante en este punto el concepto de hecho notorio que por definición de Della Rocca será aquél cuya existencia queda acreditada auténtica y públicamente ante la sociedad y ante el órgano que ha de emitir un juicio sobre él mediante sentencia. Así, desde este punto de vista la llamada *notorietas iuris*, constatada documentalmente puede servir de presupuesto a un proceso documental, ya que la notoriedad del hecho se apoya en un documento fehaciente que acredita su existencia³⁶.

El nuevo *Codex* en el canon 1686 regula el proceso documental sin hacer referencia alguna al carácter de auténtico del documento, por lo que este tema deja de tener la relevancia anterior, y podrá apreciarse que el citado canon 1686 recoge el contenido de las reglas X y XI del Motu Proprio «Causas matrimoniales», cosa que no hacía el viejo canon 1990 que sólo se refería a ciertos impedimentos³⁷.

Como ya se dijo, el citado Motu Proprio prescribe en la norma X las características del documento acreditativo de las causas de nulidad: «Certo et authenticum... quod nulli contradictioni obnoxium sit», con lo que se evita la necesidad de que el documento sea público. En

34. Vid. P. A. BONNET, *Il giudizio di nullità matrimoniale nei casi speciali* (Roma, 1979), pp. 127 y 129, 114-127.

35. Vid. C. DE DIEGO-LORA, «Naturaleza y supuesto documental del proceso 'in casibus specialibus'», en *Ius Canonicum* (1974), pp. 221-347. También Vid. M. CABREROS, *Comentarios al Código de Derecho canónico*, 3 (Madrid, 1964), pp. 703 y 573; y también M. CABREROS, «Reforma del proceso en las causas matrimoniales según la Carta Apostólica 'Causas Matrimoniales' de Pablo VI», en *Ius Canonicum*, 12 (1972), pp. 225-255.

36. Vid. F. DELLA ROCCA, *Appunti sul processo canonico* (Milano, 1960), pp. 74-76; Vid. también sobre el tema J. I. TELLECHEA e IDÍGORAS, «La notoriedad de hecho en el Derecho canónico», en *Revista Española de Derecho Canónico*, 4 (1949), pp. 651-657, que señala necesario recomendar cautela al tratar de enmarcar un hecho dentro del encasillado de notorio.

37. Cfr. canon 1686 C.I.C.

este sentido el Código distingue entre documentos públicos eclesiásticos y civiles; y la Instrucción P. M. E. en el artículo 159 § 3 señala al respecto, cuando debe entenderse auténtica la copia del documento público civil, ordenando se siga en tal caso el criterio: «Quam civiles leges prefiniunt»³⁸.

En este punto Carnelutti recuerda que la noción de documento público tiene mayor amplitud que la que suelen atribuirle los civilistas, puesto que, en ella se comprenden todos los documentos formados en el ejercicio de una actividad pública. Por lo que, a su vez, los documentos públicos se pueden distinguir en documentos públicos en sentido estricto, cuya formación representa el ejercicio de una actividad pública dirigida a la documentación, y en documentos públicos en sentido amplio, los cuales se forman en el ejercicio de una actividad pública diversa de aquella³⁹.

En este sentido, tiene importancia en España la doctrina de Núñez Lagos sobre el documento. Este autor se muestra partidario de un concepto restringido de documento público, según el cual no todo documento oficial es al mismo tiempo un documento público. Públicos serán aquellos documentos que están creados, en cuanto a su forma, por una autoridad pública o por una persona dotada de fe pública dentro de su competencia y que tiene por objeto hacer prueba en favor o en contra de cualquiera⁴⁰. Como se puede apreciar tal postura hace coincidir el concepto de documento público con el de documento auténtico en el tercer sentido que expusimos, en cuanto que hace fe pública. Así, deberá tenerse en cuenta que en muchos casos el documento cierto y auténtico podrá coincidir con un documento público, sea eclesiástico o civil.

De la exposición anterior puede extraerse la conclusión de que ni el *Codex*, ni el *Motu proprio* «Causas Matrimoniales» dan un concepto de documento auténtico, sólo la Instrucción P. M. E. en su artículo 159 § 2, con relación a las copias de documentos, hace referencia al tema al establecer que serán auténticas cuando, reuniendo determinadas solemnidades formales en su expedición, fueron autorizadas por notario eclesiástico. Con ello resulta que copias auténticas coinciden

38. A lo mismo se refiere R. NAZ, *La procédure des actions en nullité de mariage* (París, 1938), p. 93, cuando señala: «s'il s'agit d'un acte civil, son authenticité doit être appréciée d'après les règles fixées par la loi du pays d'ou il vient».

39. Vid. F. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil*, 2, trad. de N. ALCALÁ-ZAMORA, y S. SENTÍS MELERO (Buenos Aires, 1944), p. 416.

40. Vid. R. NÚÑEZ LAGOS, *Documento auténtico en la casación* (Madrid, 1960), p. 90.

con copias expedidas por persona pública que tiene fehaciencia, es decir, que también la Instrucción P.M.E. hace coincidir el concepto de documento público con el de documento auténtico en esta tercera acepción.

En sentido distinto se ha manifestado De La Plaza al decir que auténtico no es sólo lo que hace fe pública, sino lo que se acredita de cierto y positivo, es decir, lo que de por sí basta para justificar inequívocamente un hecho. Por ello cuando la Ley Procesal Civil habla de autenticidad, no alude a la condición pública o privada del documento, sino a su efecto de probar sin más ⁴¹.

El documento auténtico ha sido definido por la jurisprudencia como aquél que por sí mismo hace prueba o da fe de su contenido ⁴². Según esto, el concepto de documento auténtico coincidiría con el de copia auténtica del artículo 159 de la Instrucción citada, es decir, un documento expedido por un notario o persona encargada del archivo público. De este modo, los requisitos de solemnidad que han de acompañar al documento para ser llamado auténtico, se corresponden con los establecidos para las copias auténticas en el artículo 159 § 2 de la Instrucción P. M. E., es decir, que el documento sea manuscrito y a su vez suscrito por el funcionario que da fe ⁴³. Sin embargo, será necesario sostener con Núñez Lagos y el Tribunal Supremo que no todo el contenido del documento público es normalmente documento auténtico ⁴⁴. Es decir, no hay por qué vincular la autenticidad del documento sólo al documento público, de forma que cabe concebir un documento público que no resulte auténtico por no ser verdadero, y cabe también pensar en un documento auténtico que no sea público ⁴⁵.

41. Vid. DE LA PLAZA, *La casación civil* (Madrid, 1944), pp. 236 y 237.

42. El Tribunal de la Rota de la Nunciatura Española en sentencia pronunciada el 4 de noviembre de 1971 se ha manifestado diciendo que la genuinidad es más amplia que la autenticidad. De ahí que a la autenticidad se opone directamente la falsedad material del instrumento, en cambio, a la genuinidad se opone todo lo que falte a la pureza completa del instrumento.

43. Esto parece corresponderse con las afirmaciones de J. GONZÁLEZ PALOMINO, *Negocio jurídico y documento*, Conferencia (Valencia, 1951), p. 96, de que lo característico del documento radica en que la función probatoria del mismo consiste en su imputabilidad a su autor y en la consiguiente responsabilidad.

44. Vid. R. NÚÑEZ LAGOS, *Documento auténtico...*, op. cit., pp. 76 y 77.

45. En la actualidad se entiende que no sólo son auténticas las escrituras originarias del acto jurídico representado bajo fe pública, sino también sus copias debidamente amparadas por esa fe. En este sentido se manifiesta el artículo 159 de la Instrucción P. M. E. y R. NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y Derechos en el documento público* (Madrid 1950), p. 393, que refiriéndose al proceso español dirá que los documentos no hace falta que vayan originales.

Como ya hemos señalado, el Ordenamiento Canónico no deja de tener en cuenta la relevancia del documento civil al que atribuye las mismas presunciones de genuinidad y fidelidad que concede a los propios, siempre que estén expedidos con las garantías exigidas por su respectiva ley civil. En esto es unánime la doctrina y así Eichmann dirá que son documentos civiles aquellos que sean reconocidos como tales por las leyes del país respectivo, así como los redactados por un organismo público o por una persona investida de fe pública, dentro de los límites y facultades de su cargo⁴⁶.

b) *La autenticidad exigida en el matrimonio por procurador*

Una vez distinguidos los tres conceptos de autenticidad pasamos a señalar en qué sentido el nuevo canon 1105 del *Codex Iuris Canonici* dice que el documento ha de ser auténtico para contraer matrimonio por procurador.

Pensamos que la segunda acepción del término auténtico, en el sentido de que el contenido del documento sea verdadero, deberá ser descartada aquí, ya que ni el párroco ni el Ordinario que deban examinar el documento, podrán entrar en el fondo del asunto para ver si hay simulación u otro vicio, cosa que sólo podrá comprobarse en juicio; por ello creemos que no se refiere el *Codex* a esta concepción de la autenticidad.

En cuanto a la primera acepción del término auténtico, en el sentido de que el título del documento concuerde con la firma, es lógico sostener que tal concepto de autenticidad del documento sea exigido en el *Codex* ya que, si no nos encontraríamos ante una falsificación del mismo.

También la tercera acepción del término auténtico parece exigirse en el nuevo canon 1105 del C.I.C., ya que deberá tratarse de un documento que haga fe pública y en este sentido sea un documento público que, como ya hemos visto, no tiene por qué ser notarial, pues caben otros funcionarios públicos.

46. Vid. E. EICHMANN, *Manual de Derecho Eclesiástico*, trad. de J. Gómez Pinau (Barcelona, 1931), p. 384; y también Vid. L. DEL AMO, *Valoración de los testimonios* (Salamanca, 1969), pp. 168 y 169, que dice que las actuaciones judiciales civiles tienen consideración civil y eclesiástica de documentos públicos.

Se entiende que esos documentos sólo serán públicos si en el lugar que se expidieron, conforme a la ley nacional vigente en dicho lugar, tienen ese carácter, en cuyo caso podrán ser calificados como *documenta publica civilia*.

Concluyendo diremos que la autenticidad exigida en la nueva regulación del Código de Derecho canónico en la celebración del matrimonio por procurador, será la relativa a la primera y tercera acepción del término auténtico, es decir, auténtico en el sentido de que el título concuerda con la firma, y auténtico en el sentido de que hace fe pública.

Para finalizar este punto expondremos la fórmula de De Diego-Lora que consideramos suficientemente expresiva y definitoria del documento cierto y auténtico: «Será aquel documento que, independientemente de cualquier valoración legal, se muestra cierto en su existencia, en cuanto representativo de un vicio de nulidad de matrimonio que afecta a determinada persona, y que en su procedencia se presenta como verdadero en cuanto al autor que lo suscribe, siempre que éste tenga, en el ámbito social en que actúa, la posibilidad jurídica apta para certificar del hecho representado en dicho documento»⁴⁷.

4. *Regulación civil del matrimonio celebrado por procurador*

a) *Líneas fundamentales de dicha regulación*

En la actualidad el Código civil español reformado por Ley de 7 de julio de 1981 regula la figura del matrimonio por procurador en el artículo 55⁴⁸.

En el estudio del matrimonio por poder dos cuestiones merecen especial consideración: los requisitos de validez o requisitos de fondo del poder, y los requisitos formales.

En primer lugar, el Código civil exige que el poder para contraer matrimonio sea expreso, especial y determinado. Además, teniendo en cuenta que el Derecho positivo exige una documentación en ciertos poderes de representación, bien concretada en la imposición de otorgamiento de un documento público, o bien en la imposición de que el poder de representación conste por escrito, diremos que conforme al número 5.º del artículo 1.280 del citado cuerpo legal, deberá constar en documento público el poder para contraer matrimonio. Si

47. Vid. C. DE DIEGO-LORA, *Naturaleza y supuesto documental...*, op. cit., p. 335.

48. Cfr. artículo 55 del Código civil español: «Podrá autorizarse... celebre el matrimonio por apoderado a quien haya concedido poder especial en forma auténtica...

bien como señala Albaladejo el sentido y alcance de este artículo no es el de establecer una exigencia de forma *ad substantiam*⁴⁹.

Se aprecia por tanto, que el Código civil español impone en este negocio de apoderamiento especial un requisito de forma, ya que el estado civil para cuya constitución el poder se otorga, supone una cuestión de orden público, que necesita de una cierta dosis de seguridad. Es de resaltar que el Derecho civil español, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho canónico, no autoriza la celebración de estos matrimonios si ambos cónyuges utilizan la representación, es decir, no es válido el poder *ex utroque parte*⁵⁰.

Por otra parte, el actual Código civil establece en su artículo 55 que la revocación del poder se manifieste en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio, no requiriéndose una notificación fehaciente de dicha revocación. De esta forma se aprecia un cierto acercamiento a la regulación canónica en esta materia, que era conflictiva, ya que podían darse casos en la práctica —conforme a la legislación anterior— de matrimonios no consentidos realmente en el momento de la celebración⁵¹.

Por último diremos que en la regulación civil actual del matrimonio por procurador se ha prescindido, en cuanto a las causas de extinción del poder, de una remisión general y se ha seguido el sistema de la enumeración exhaustiva, lo que parece dar a entender que se trata de un régimen especial⁵².

De la regulación que el Derecho civil tiene acerca del matrimonio celebrado por procurador puede extraerse la consecuencia de que la falta de los requisitos exigidos como necesarios para esta figura ocasiona distintos supuestos de nulidad en la realidad práctica. En efecto, en este tipo de matrimonios podrían deducirse una serie de nulidades virtuales; así, se darán supuestos de nulidad por insuficiencia del po-

49. Cfr. artículo 1280 del Código civil español y también M. ALBALADEJO, «La representación», en *Anuario de Derecho civil*, 2 (1958), pp. 767-803.

50. El Código en su artículo 55 exige entre los requisitos del matrimonio celebrado por procurador la asistencia personal del contrayente residente en el distrito del juez o funcionario que deba autorizar el casamiento.

En el mismo sentido se manifiesta la doctrina, así Vid. entre otros a D. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, 4, 7.º ed. (Madrid, 1982), p. 50, y G. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid, 1959), p. 216.

51. Cfr. el derogado artículo 87 del Código civil español, y D. ESPÍN, *Manual de Derecho...*, op. cit., pp. 52 y ss.

52. Vid en este sentido G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidas por M. ALBALADEJO, 3, 2.ª ed. (Madrid, 1982), pp. 119-127.

der, por extralimitación en el mismo, por no ser el poder especial y determinado, por revocación o por incidencia en amencia.

En la exposición de las irregularidades que en la celebración del matrimonio por procurador pueden surgir, García Cantero hace un brillante estudio distinguiendo de un lado, unos supuestos de nulidad por defecto de forma, y de otro lado, unos supuestos de nulidad por incapacidad o vicio del consentimiento⁵³.

Así, entre las irregularidades de carácter estrictamente formal pueden citarse:

- a. Matrimonio celebrado sin autorización expresa.
- b. Poder otorgado por el contrayente que reside en el discrito o demarcación del juez o funcionario autorizante.
- c. Poder otorgado en forma no auténtica. Es sabido que el poder deberá otorgarse por escritura pública notarial y en forma auténtica, lo que significa que su copia auténtica deberá tener todas las legalizaciones formales que son precisas, tanto para la validez del acto en sí, como para ser ópnible a terceros.
- d. Poder no especial.
- e. Poder *ex utraque parte*.
- f. Poder que no designa la persona del otro contrayente o que no tiene las indicaciones suficientes.
- g. Matrimonio celebrado con poder revocado tácitamente mediante designación de un mandatario distinto para casarse con el mismo contrayente.
- h. Revocación del poder en forma no auténtica o no notificada al juez o funcionario. En materia de revocación del poder el Código exige que se haga en forma auténtica, es decir, en documento público, de ordinario notarial.

Existen además, otro tipo de irregularidades que pueden acaecer en el matrimonio celebrado por poder y que no se deben ya a defectos puramente formales, sino a la falta del consentimiento matrimonial o a vicios del mismo. Podemos citar los siguientes:

- a. Matrimonio celebrado cuando el poderdante se había ya casado con distinta persona, o cuando por otra causa haya perdido su capacidad matrimonial.

53. Vid. G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 123.

b. Matrimonio celebrado con poder revocado tácitamente mediante designación de un mandatario distinto para casarse con distinta persona.

c. Poder revocado simultáneamente con la celebración del matrimonio.

d. Matrimonio celebrado cuando el poderdante ha perdido la aptitud de expresar un consentimiento válido.

b) *Concepto de documento público y auténtico en el Derecho civil español*

Anteriormente hemos hecho continuas alusiones y referencias a los conceptos manejados en el Derecho notarial y en el Derecho procesal civil acerca de los documentos públicos auténticos, por lo que a continuación nos detendremos especialmente en la concepción existente sobre los mismos en el Derecho civil español.

En líneas generales los comentadores del Código civil español hacen referencia a la exigencia legal del documento público en el poder para contraer matrimonio⁵⁴.

Díez Picazo y Castán Tobeñas señalan también la necesidad de que el poder para el matrimonio conste en escritura pública ante notario, si bien resaltan que en materia administrativa la representación podrá acreditarse mediante documento privado con la firma legalmente reconocida⁵⁵.

El documento notarial es definido por Manuel De La Cámara como un documento escrito, de donde se sigue que deberá ser redactado por alguien. Documento es de conformidad con su sentido etimo-

54. En este sentido pueden consultarse: J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, tomo 8, vol. 2.º, 6.ª ed. Revisada por M. MORENO MOCHOLI (Madrid, 1967), p. 678; y Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil Comentado y Concordado*, Revisado por P. MARÍN PÉREZ, 20 2.ª ed. Madrid, 1958), p. 856, que entre otras cosas señalan que en los documentos públicos se encuentran las escrituras públicas y los documentos notariales.

55. Vid. L. DÍEZ PICAZO, «Forma y voluntad en el negocio de apoderamiento», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2 (1970), pp. 1.117-1.145; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, tomo 4, vol. 1, 9.ª ed. revisada por G. García Cantero y J. M. Castán Vázquez (Madrid, 1976), p. 231; vid. también sobre el tema L. RIERA AISA, «El consentimiento en el negocio jurídico matrimonial», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1934), pp. 561-607. Consúltese el artículo 253 párrafo segundo del Reglamento del Registro Civil sobre las circunstancias de las actas de los matrimonios por poder.

lógico una cosa que *docet*, es decir, que lleva en sí la virtud de hacer conocer.

Según el artículo 144 del Reglamento Notarial español, el contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases. La redacción de las escrituras públicas corresponde al notario, quien tiene la potestad de establecer el texto de las declaraciones de voluntad que los comparecientes asumen en el instrumento y que constituyen el negocio jurídico.

Respecto a los negocios jurídicos del Derecho de familia —el autor señala— que deberá entenderse que la escritura pública cuando se exija es un requisito necesario para la validez del negocio⁵⁶.

Por su parte Castán señala que los documentos públicos autorizados por notario se clasifican por razón de su contenido en escrituras públicas y actas notariales. La escritura pública la define como: «el instrumento en el que se consignan un acto o un negocio jurídico, o como el instrumento público por el cual una o varias personas establecen, modifican o extinguen relaciones de Derecho». La escritura original estará redactada por el notario y firmada por los otorgantes y testigos, y signada y firmada por el notario⁵⁷.

Centrándonos ya en materia matrimonial nos interesa señalar aquí la postura de la doctrina civil española acerca de la concesión del poder para el matrimonio en forma auténtica, es decir, que entiende la doctrina española más reciente sobre la posibilidad de otorgamiento del poder en escritura pública. Así, podremos efectivamente comprender el contenido de la referencia canónica —en el canon 1105, n.º 2— a los documentos auténticos a tenor del Derecho civil en la celebración del matrimonio por procurador.

En este sentido García Cantero en los comentarios al reciente Código civil español señala, como ya dijimos, que el poder para contraer matrimonio deberá constar en escritura pública. Así, recuerda que entre las irregularidades en la celebración de estos matrimonios se encuentra el hecho de que el poder no haya sido otorgado en forma auténtica. Sin embargo, en el Derecho civil esta irregularidad es de carácter formal y a juicio del autor y de Luna Serrano —opinión

56. Vid. M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «El notario latino y su función», en *Revista de Derecho notarial*, 19 (1972), pp. 65-321.

57. Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, tomo 1, vol. 2, 12 ed. con adición de J. L. DE LOS MOZOS (Madrid, 1978), p. 883.

que compartimos— le será de aplicación la eficacia convalidante del artículo 78 del Código civil⁵⁸.

De igual forma se pronuncia Rubio al señalar que el poder para contraer matrimonio constará en documento público. Además, el poder deberá ser válido respecto de la declaración de voluntad interna y carecer de vicios. El autor especifica la forma en que deberá ser hecha la manifestación revocatoria del poder diciendo que constará en documento público de ordinario notarial⁵⁹.

Sin embargo, no parece existir acuerdo unánime en la doctrina acerca de este punto ya que mientras unos se pronuncian por la necesidad de documento público notarial, otros aceptan cualquier tipo de documento público. En efecto, Vázquez Iruzubieta sostiene —entre otros— que el poder ha de ser otorgado por escritura pública notarial y en forma auténtica, lo que significa que su copia auténtica debe tener todas las legalizaciones formales que son precisas, tanto para la validez del acto en sí, como para ser oponible a terceros como acta notarial ante la sede de cualquier juzgado⁶⁰.

Por el contrario, Entrena Klett manifiesta que entre los requisitos para la celebración del matrimonio por poder se encuentra que el mandato sea reflejado en documento público y ello no sólo por la prescripción de forma auténtica que se hace en el artículo 55 del Código civil, sino también porque lo ordena taxativamente el n.º 5 del artículo 1.280 del citado cuerpo legal. Quiere esto decir —se pregunta el autor— que el apoderamiento deberá hacerse en documento notarial? Su contestación es negativa, ya que ve suficiente cualquier documento público de los que reconoce el artículo 1.216 del Código civil, por lo que será válida la comparecencia del poderdante ante un encargado del Registro civil o ante un cónsul o canciller⁶¹.

58. Vid. G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Dirigidos por M. ALBALADEJO, 2, 2.º ed. (Madrid, 1982), pp. 122-125. A LUNA SERRANO, en *El nuevo régimen de la familia*, I, Matrimonio y divorcio (Madrid, 1982), p. 91; Cfr. artículo 78 del Código civil español: «El juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrae de buena fe, salvo lo dispuesto en el número 3 del artículo 73.

59. Vid. E. RUBIO, *Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código civil*. Coordinados por J. L. LACRUZ BERDEJO (Madrid, 1982), pp. 237-239.

60. Vid. C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio* (Madrid, 1981), p. 152.

61. Vid. C. M. ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio* (Pamplona, 1982), pp. 411-412.

Cfr. artículo 1216 del Código civil: «Son documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la Ley».



Creemos más congruente con el presente trabajo mantener esta segunda postura ya que como hemos dicho los documentos públicos pueden hacer fe y ser auténticos aunque no sean notariales, ya que existen otro tipo de funcionarios.

