

PODER PARA EL MATRIMONIO

¿PUEDE OTORGARSE ANTE NOTARIO O CONSUL EN FUNCIONES NOTARIALES, SIN CONCURRENCIA DE TESTIGO ALGUNO, EL PODER PARA CONTRAER MATRIMONIO CANONICO?

DICTAMEN

Sal Terrae (1), hace algo más de dos años, resolvía la consulta formulada por un dignísimo, culto y escrupuloso sacerdote, con cuya amistad me honro. La pregunta fué planteada en estos términos:

“Me presentan un mandato para contraer matrimonio canónico; no tiene sino la firma del poderdante y la de un cónsul en funciones notariales. Mientras que yo, compartiendo el criterio de *Sal Terrae*, 36 (1948), 447 y 669, lo tengo por inválido, dos buenos amigos y jurisconsultos eminentes, A y B, juzgan lo contrario, porque, a su juicio, la enumeración del canon 1.089, párrafo 1, no es taxativa. B lo razona diciendo: La firma del poderdante, con el párroco, etc., o bien con dos testigos, según los casos, es *ad probationem tantum* y no *ad solemnitatem actus*. De donde se sigue que el Código eclesiástico no ha de exigir más firmas, con la del poderdante, que las necesarias *ad probationem*; y la firma notarial es mucho mayor prueba que la de dos testigos, que hasta pueden ser impúberes.”

Confieso previamente que soy uno de esos dos buenos amigos del consultante, concretamente B., gran aficionado al Derecho, aunque me hallo muy lejos de merecer el elogioso calificativo allí dedicado.

El caso sometido a dictamen no era un supuesto puramente hipotético; no era un problema incubado en laboratorio o seminario jurídico. Muy al contrario, respondía a hechos reales, a la novela de la vida de una simpática mecanógrafa riojana.

Trabajaba en nuestra oficina. Estaba enamoradísima de un navarro ribereño, que pocos meses antes había marchado a Francia con la espe-

(1) *Sal Terrae*, 37 (1949), pp. 105-108.

ranza de abrirse un porvenir. La madre de ella siempre se opuso a aquel matrimonio que se habían prometido. Le negó el consejo que oficialmente se le solicitó y despidió a la hija de su casa. Vivió ésta unos meses con las monjitas del Servicio Doméstico, pendiente siempre de arreglar sus papeles para poder franquear la frontera a fin de unirse a su novio. Los trámites eran largos. Eso la desesperaba. Para ella resultaba doloroso e insostenible el ver, casi diariamente, cómo su madre le volvía la cara cuando se la cruzaba por la calle. Por fin llegaron los papeles de Francia y la familia del novio le facilitó dinero para el viaje. Mas, ¡ay!, el poder para contraer matrimonio lo había otorgado su prometido ante un cónsul de España, sin concurrencia de testigo alguno. Por eso fué rechazado por mi buen amigo el abad. Ella, no queriendo alargar más su situación, y temiendo que su prometido considerase como desconfianza o falta de deseo el pedirle un nuevo poder, proyectó pasar a Francia clandestinamente, sin casarse (pensaba hacerlo apenas llegase allí) ni arreglar su documentación (cosa que no le era viable en aquellas fechas si no contraía matrimonio con un residente en el extranjero).

A fuerza de reflexiones, logramos que aplazase su proyecto, pero no pudimos disuadirla. Nos pusimos al habla con el sacerdote para convencerle de que aceptase el poder. Amable, por fin nos ofreció acudir al docto juicio de *Sal Terrae*. Este fué desfavorable. Y pocas noches después, aquella mecanógrafa atravesaba clandestinamente el Bidasoa y entraba, sin haber contraído matrimonio, en la vecina Francia, donde, sin dinero ni conocer una palabra de francés, quedaba a merced de la caballería del hombre al que amaba.

Para no dar tonos melodramáticos al caso que exponemos, y que debe ser fría y objetivamente estudiado, diré que estoy convencido de que entrambos recibieron prontamente el santo sacramento del Matrimonio. La firmeza moral de la muchacha me hace suponerlo así. De él carezco de informes objetivos.

La parte resolutoria del dictamen con que el padre F. LODOS, S. I., evacuó en *Sal Terrae* la consulta de referencia, literalmente, en la parte que nos interesa, dice así:

“El mandato para contraer matrimonio canónico que no tiene sino la firma del poderdante y la del cónsul en funciones notariales, es inválido porque no reviste la forma que *ad solemnitatem* impone la Iglesia” (2).

(2) Confesemos que el criterio del padre LODOS, S. I., coincide con la común opinión de los autores posteriores al *Coдекс*. Además del padre CAPPELLO (*De Sacramentis*, t. V, n. 619), 3, 2.º, p. 599), citado por aquél, y del dictamen del padre REGATILLO, S. I. (*Sal Terrae*, 36,

Pero, ¿puede afirmarse que todos los requisitos de forma exigidos en el canon 1.089, párrafo 1.º, tienen carácter solemne? ¿Son de carácter substancial, o sólo probatorios? Y, en este último caso, ¿cabe sustituir tales requisitos por otros de mayor fehaciencia?

La contestación requiere que nos detengamos previamente en el examen de las distintas especies que se observan entre las formas jurídicas, así como su finalidad e intercambiabilidad.

Forma, en sentido amplio, jurídicamente hablando, es la exteriorización o expresión del hecho; es la figura, contorno o perfil con que el hecho se hace perceptible en el mundo jurídico. Estrictamente, no obstante, se reduce este concepto limitándolo a aquellas formas a las que, con exclusión de las demás, se les reserva la fuerza generatriz de determinados efectos jurídicos y la maternidad de algunas relaciones de derecho. Entonces, *forma* equivale a fórmula, a rito. Son las palabras mágicas o la frase, dichas o escritas; la ceremonia prefijada, la intervención del funcionario investido de ese poder creador. Con la forma se crea el vínculo, nace el derecho, se forja la obligación (3).

Pero *la forma*, en este sentido de fórmula sustancialmente necesaria, pocas veces se exige. Cualquier forma de expresión, en su sentido más lato, gramatical o mímico, pantomímico u onomatopéyico, puede ser suficiente para provocar efectos jurídicos. No obstante, de todas esas exteriorizaciones, suficientes para el nacimiento del derecho, sólo alguna tiene bastante fuerza probatoria para el funcionario, ministro, juez, registrador, etc., ante quien se presente el hecho jurídico. O bien para surtir determinados efectos, o para ser oponible en ciertos términos, es necesario que ese hecho vaya revestido de determinada forma.

Lo expuesto nos permite diferenciar como tres especies distintas: la forma del ser o substancial, la forma *ad probationem* y la forma *ad valorem*. Cualquiera de ellas, a sus respectivos efectos—nacimiento, prueba o eficacia específica—, puede ser necesaria (legal o convencionalmente) o ser voluntaria. Asimismo la forma *ad valorem* puede referirse al nacimiento de la relación, a su fijación o a su prueba; de modo que puede entrecruzarse con la forma creadora o con la probatoria (4).

(1948), pp. 447 y 669), aludido en la consulta, podemos citar a MUNIZ (*Procedimientos eclesiásticos*, ed. Sevilla, s. f., II, p. 582), CAVIGLIOLI (*Manual de Derecho Canónico*, trad. esp., I, p. 289), CERATO (*Matrimonium*, Padova, 1929, p. 114) y al profesor GIORGIO BO (*Il matrimonio per procura*, Cedan, Padova, 1934, pp. 34 y ss.).

(3) Ver NÚÑEZ LAGOS: *Documento público y autenticidad de fondo*, en "Revista del Notariado" (Buenos Aires, mayo 1947), reproducido en "La Notaría", órgano del Colegio Notarial de Barcelona, 83 (1948), pp. 69 y ss.

(4) Ver NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos en el instrumento público* (Madrid, 1950), pp. 20 y ss. y 39 y ss.

Es frecuente que, en un mismo acto, aparezcan confundidas y enlazadas las formas substanciales y la prueba preconstituída. Y que coincidan la creación del hecho jurídico y la narración de dicho nacimiento. Pero esa mezcla y esa coincidencia no siempre impiden que sin análisis cuidadoso pueda permitir la diferenciación de los elementos respectivos.

Así, en un testamento abierto, cuando el Notario autorizante no conozca al testador, pueden separarse perfectamente las formalidades puramente probatorias de la identidad del testador, de las solemnidades del otorgamiento. En nuestro Código Civil, v. gr., es válido el testamento que se otorgue sin las formalidades del artículo 685; pero el dato de la identificación del testador no queda probado, como resulta del párrafo segundo del artículo 686.

Es importantísimo averiguar la naturaleza de determinada forma y de cada uno de sus elementos, si fuere compleja, para concretar los efectos de su cumplimiento y de su defecto. Una forma *del ser* documental de carácter substancial será imprescindible para dar nacimiento a la relación; pero la circunstancia de una posterior desaparición del documento en que obtuvo su forma no impedirá la posibilidad de probarlo de otro modo. En cambio, una forma *ad probationem*, que tenga, a este fin, carácter necesario e inintercambiable no podrá ser sustituida de otro modo, y con la imposibilidad de su prueba adecuada caducará el derecho. E igualmente, una forma *ad valorem*, esencial para obtener determinado efecto (sea ejecutivo, de prelación, probatorio, etc.), podrá resultar insustituible por la prueba de haberse llenado, mientras no logre reconstruirse aquélla.

Para determinar esa naturaleza, cuando la ley no la exprese, deberá acudirse al examen de su fin y de los efectos que de su realización, de su falta y de la desaparición de su signo se deriven.

Como posibles fines de la exigencia por la ley de una forma dada, señala HUPKA (5) los siguientes:

1. Hacer que quien vaya a disponer sobre su esfera jurídica reflexione acerca de la importancia de su decisión, influyendo de este modo en la sensatez de su resolución de voluntad.
2. Garantizar la autenticidad de la voluntad de las partes.
3. Poner fuera de duda la seriedad de la voluntad de disposición.
4. Señalar la perfección del negocio o fijar de un modo claro e inatacable el hecho de la conclusión del negocio o el contenido del mismo.

(5) *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, trad. esp. por Sancho Seral (Madrid, 1930), pp. 115 y ss.

5. Conseguir determinadas ventajas procesales.

El primer fin va ligado a la exigencia de la forma *ad solemnitatem* o substancial. El segundo y el tercer fin se logran con formalidades *ad probationem*, que, a su vez, pueden tener un significado *ad valorem*. El cuarto oscila entre la forma propiamente dicha y la prueba, y el último supone una forma *ad valorem*.

Efecto de la forma *del ser* es el nacimiento de la relación jurídica. De su falta lo es la inexistencia del acto, cuando aquélla se exija *ad solemnitatem*. *Forma dat esse rei*. Su desaparición no afecta a la relación ni al derecho creado, con tal que pueda probarse por cualquier medio que tuvo lugar, en caso de que fuere discutido.

Efecto de las formas *ad probationem* y *ad valorem* son la prueba, la eficacia procesal, administrativa, registral o ejecutiva del acto revestido de la forma exigida. Su falta producirá distintos efectos, según la exigencia, necesidad y fungibilidad de la dicha forma.

Después de ese preámbulo, que hemos creído necesario, y teniendo en cuenta los conceptos examinados, vamos a entrar en el análisis de las formalidades exigidas en el párrafo primero del canon 1.089.

En la forma exigida en el mismo debemos distinguir dos aspectos:

- a) Uno dirigido a garantizar la sensatez y madurez de la voluntad y a señalar de modo claro e inatacable la disposición y el contenido del poder.
- b) Otro encaminado a asegurar la autenticidad de la voluntad del poderdante, identificándole y comprobando la seriedad de su manifestación.

El primer aspecto tiene carácter predominantemente formal, *ad solemnitatem*, y se concreta a la firma por el poderdante o, caso de no saber, por otra persona, en su lugar, del documento escrito previamente. El segundo es de naturaleza *ad probationem* y abarca la firma por el párroco u Ordinario del lugar donde se otorga el poder, por un sacerdote delegado por uno de ellos, o al menos por dos testigos.

Vamos a intentar demostrar que es así. Pero para ello hemos de empezar por demostrar la separación de la forma del poder de la forma del matrimonio, y en segundo lugar, analizar *la ratio* del texto, relacionándolo con su letra.

Lo primero lo afirmó SÁNCHEZ (6): “*mandatum contrahendi non est ipse matrimonii contractus*”. Y lo corrobora el propio *Codex* vigente, si bien llegando a consecuencias muy distintas que el ilustre canonista es-

(6) *De sancto matrimonii sacramento*, XI (Venecla, 1625), Lib. II, Disp. XI, n. 23, citado por Bo.

pañol, al señalar para el apoderamiento, hecho a efectos matrimoniales, una forma distinta de la señalada en el canon 1.094 como forma del matrimonio mismo, y previa a ésta.

Lo segundo nos obliga a diferenciar en el párrafo primero del canon 1.089 los requisitos de fondo y los de forma, para luego hacer otra subdistinción con estos últimos. Exige dicho párrafo primero: "Ut matrimonium per procuratorem valide ineatur, requiritur mandatum speciale subscriptum a mandante et vel a parrocho aut Ordinario loci in quo mandatum fit, vel a sacerdote ab alterutro delegato, vel a duobus saltem testibus" (7).

Es requisito de fondo: ser especial el poder para contraer con persona determinada.

Son requisitos de forma: ir firmado por el poderdante (o por otra persona distinta de las designadas en el párrafo primero, según añade el párrafo segundo) y que acompañen a su firma la del párroco, Ordinario del lugar, sacerdote delegado por uno de ellos, o al menos por dos testigos.

La firma del interesado (o a su ruego, si él no sabe, de otra persona) es requisito cuya finalidad no puede ser otra que la de comprobar la seriedad y sensatez de su resolución. Igual sentido hay que dar a la rogación que él haga a las demás personas que, con él, firmen el poder. En cambio, la firma de éstos no puede garantizar esa madurez ni esa seriedad interna del poderdante. Tanto menos cuanto que los testigos pueden ser impúberes (8). Su firma sólo puede servir para constatar el requerimiento del poderdante, para identificar la persona y la firma del mismo, y para probar su asunción del contenido del documento. Finalidades probatorias todas ellas.

Ahora bien, ese elemento *ad probationem*, contenido en los requisitos del párrafo primero del canon 1.089, ¿tiene el carácter necesario e inintercambiable del contenido formal *ad solemnitatem*?

La palabra *requiritur*, referida a que el matrimonio por procurador *valide ineatur*—es decir, el *requiritur* conjugado con el *valide*—, supone, con toda seguridad, la ineficacia o *nulidad textual* por la falta de los re-

(7) El canon 1.089 modifica el criterio sustentado, antes del *Codex*, por la generalidad de los canonistas que, aun después del Concilio de Trento, siguieron defendiendo la validez del mandato para contraer matrimonio, aun dado de modo clandestino. Así opinaron nuestros SÁNCHEZ, GUTIÉRREZ, etc. Ver al efecto la exposición que hace GIORGIO BO (op. cit., no 8, pp. 32 a 34).

(8) Así lo reconoce el P. REGATILLO, S. I., en su citado dictamen.

quisitos exigidos en el canon (9). Ahora bien, no debemos olvidar la redacción literal del último requisito del apartado que estudiamos: “et vel a parochi aut Ordinario loci in quo mandatum fit vel a sacerdote ab alterutro delegato vel a duobus *saltem* testibus.”

La palabra *saltem* (por lo menos, al menos) es aquí de especial interés. La conjunción *vel* y el adverbio *saltem* nos separan la forma probatoria preferente de la forma probatoria mínima. Forma probatoria preferente: que el documento vaya firmado por el párroco o el Ordinario del lugar donde se otorgue el poder, o por un sacerdote delegado por uno de ellos. Forma probatoria mínima: “vel a duobus *saltem* testibus” (o *al menos* por dos testigos).

El *quid* de la cuestión está en determinar si este adverbio *saltem* significa que esa forma probatoria mínima es la única que puede sustituir a la forma probatoria preferente, o bien si señala simplemente el peldaño mínimo de una escala que puede presentar varios escalones intermedios entre aquellas formas preferidas y esa otra mínima. En realidad, si se hubiera querido ordenar lo primero, se hubiese expresado claramente (el *Codex* es, justamente, presentado como un modelo de claridad) que es la forma mínima determinada para todo supuesto de no hacerse el poder en la forma preferentemente ordenada; o, por lo menos, se habría omitido el adverbio *saltem*, conformándose con usar la conjunción *vel*. La utilización de aquél nos inclina—como dato literal a añadir—a aceptar la interpretación que a mayor abundamiento resulta más lógica, teniendo en cuenta la naturaleza probatoria de ese requisito de suscripción por párroco, Ordinario, sacerdote delegado o testigos, en sus casos, y la *ratio* de su intervención, que hemos pretendido explicar.

En efecto, no hay duda que la presencia de un Notario, en el ejercicio de su cargo, o de un Cónsul, en funciones notariales, cumple mucho mejor estos fines que la exhibición de la firma de dos simples testigos (10).

Demuestra mejor la seriedad y la madurez de la voluntad del poderdante el hecho de que éste la exprese, ratifique y firme ante Notario, o funcionario diplomático en funciones notariales, que no su manifestación ante dos testigos, a los que ni siquiera se les obliga a juzgar de la identi-

(9) Ver OLIS ROBLEDA, S. I.: *La nulidad del acto jurídico (Su teoría en los Códigos civiles francés, alemán, italiano, español, especialmente en el Código de Derecho canónico)* (Comillas, 1947), segunda parte, cap. IV, en el que estudia los cánones 11 y 1.680, y, especialmente, al estudiar las fórmulas del *aequivalenter*, pp. 148 y ss.

(10) La ley de 1.º de abril de 1939, en su artículo 1.º, abolió el requisito de la presencia de testigos en los otorgamientos a título *inter vivos* ante Notario cuando sepa firmar el otorgante y ni éste ni el Notario lo exijan; criterio recogido en el artículo 180 del Reglamento de 21 de junio de 1944.

dad ni del estado de capacidad del poderdante, en el acto del otorgamiento. La identidad de éste, la fehaciencia de su disposición y la valoración de su alcance son indiscutiblemente más evidentes cuando autoriza un Notario que cuando sólo van acompañadas de la firma de dos testigos, sin que conste ni si éstos eran capaces o estaban en estado normal o ebrios, o si una misma persona estampó dos firmas distintas.

La solución dada no supone ninguna remisión del Derecho canónico a la forma civil. En absoluto. Únicamente significa que entre la forma preferente y la mínima, exigidas en el canon 1.089, párrafo primero, son aceptables otras formas con más fehaciencia que esta última, y cuya valoración, en cada caso, ha de quedar, sin duda, al recto arbitrio y buen sentido del sacerdote instructor del expediente matrimonial.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid