

NATURALEZA JURÍDICA DEL APODERAMIENTO EN LA CELEBRACIÓN MATRIMONIAL

SUELY PUMAR SANTANA

SUMARIO

I • CONSIDERACIONES GENERALES. II • REGULACIÓN POSITIVA VIGENTE. a. Legislación canónica. b. Legislación civil española. III • LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD POR REPRESENTANTE Y POR NUNCIO. IV • EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA Y DE LA CAPACIDAD DEL APODERADO PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. V • CONSIDERACIONES DOCTRINALES ACERCA DEL APODERAMIENTO EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. a. En el Derecho Civil español. b. En el Derecho Canónico. VI • IDENTIFICACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA APLICABLE.

I. CONSIDERACIONES GENERALES ¹

La celebración del matrimonio entre ausentes fue originariamente conocida y practicada por los romanos: al admitir en su

1. Con ocasión de la codificación canónica de 1983, la Prof.^a Camarero Suárez desarrolló ese mismo año un trabajo acerca de las «*Novedades introducidas por el Código de Derecho Canónico en la regulación del matrimonio celebrado por procurador*», publicado en *Ius Canonicum*, vol. XXIII, pp. 635 ss. Además de realizar un detenido análisis de los elementos esenciales y requisitos de forma recogidos en este cuerpo legal, la A. desarrolla sobre todo y con cierta amplitud el tema de la autenticidad del documento a tenor del Derecho Civil que la codificación de 1983 introduce como forma válida de otorgamiento del poder para contraer matrimonio. Partiendo de este presupuesto doctrinal, el objetivo de nuestro trabajo se ciñe a la pretensión de delimitar y clarificar la naturaleza jurídica del sujeto que emite el consentimiento matrimonial en nombre del contrayente ausente, aunque para esto sea necesaria una breve alusión a la normativa canónica y civil como referencia imprescindible para la elaboración de este trabajo.

ordenamiento jurídico el inicio del matrimonio por medio de la *deductio in domum mariti*, hacía también posible el traslado de la mujer a la casa del marido ausente. En cualquier caso, el Derecho Romano no contemplará otra modalidad de manifestación del consentimiento, para celebrar el matrimonio de la mujer con el marido ausente, que no corresponda al matrimonio por carta o por nuncio. Tampoco le será permitido a la mujer ausente hacer uso de esta forma de celebración matrimonial, reservada exclusivamente al varón romano, una vez que el matrimonio se constituía con la entrada de la mujer en la casa de su futuro esposo. Si aquélla estaba ausente no podría darse el matrimonio, aunque hubiese consentido favorablemente en ello.

El matrimonio celebrado por medio de procurador —como particular y nueva modalidad del matrimonio contraído entre personas ausentes—, tuvo su origen en el Derecho Canónico y coexistió con las otras formas de manifestación del consentimiento *per litteram* y *per nuntium* introducidas por el ordenamiento jurídico romano y vigentes hasta la codificación del Derecho Canónico. El Derecho de la Iglesia no privó a la mujer de recurrir a estas formas de emisión del consentimiento matrimonial, e incluso admitió que las dos partes contratantes estuviesen representadas en la misma celebración ².

El Derecho Civil español, que reconoció íntegramente la aplicabilidad de las normas canónicas en materia matrimonial, recogió el instituto del matrimonio por medio de mandatario introduciendo *a posteriori* algunos requisitos y condiciones divergentes de la concepción canónica.

2. Sin embargo, el Código de los cánones de las Iglesias Orientales —promulgado por Juan Pablo II el 18 de octubre de 1990— prohíbe la celebración del matrimonio por procurador, a no ser que el derecho particular de la propia Iglesia *sui iuris* establezca lo contrario, en cuyo caso se han de proveer las condiciones bajo las cuales puede celebrarse el matrimonio (c. 837 del CCEO: § 1. *Ad matrimonium valide celebrandum necesse est, ut partes sint praesentes una simul et consensum matrimonialem mutuo exprimant.* § 2. *Matrimonium per procuratorem valide celebrari non potest, nisi iure particulari propriae Ecclesiae sui iuris aliud statuitur, quo in casu etiam de condicionibus, sub quibus tale matrimonium celebrari potest, providendum est).*

II. REGULACIÓN POSITIVA VIGENTE

a. *Legislación canónica*

De acuerdo con lo expuesto, en el Libro IV (Capítulo IV, Título VII) del vigente Código de Derecho Canónico establece el legislador las condiciones legales del consentimiento matrimonial en su validez y licitud. Entre ellas, el c. 1.104, §1 otorga a los contrayentes la facultad para emitir su consentimiento valiéndose de la presencia de un procurador que hará sus veces en la celebración del matrimonio. De modo que —como explica la doctrina canónica— «el matrimonio por procurador es el celebrado sin la presencia física de uno o los dos contrayentes, presencia que es suplida por otra persona que transmite el consentimiento por mandato»³. Admitida esta posibilidad, el Código pasa a enumerar en el c. 1.105 los requisitos necesarios para que el matrimonio por procurador pueda ser contraído válidamente.

Siguiendo la sistemática del Código actual, se puede interrogar sobre *quién* está habilitado por la vigente ley canónica para contraer nupcias mediante la intervención de un procurador. La previsión establecida es la de permitir a una o a las dos partes interesadas —es decir, varón y mujer ausentes— la manifestación de su consentimiento matrimonial por mediación de un representante, previa y debidamente constituido para este fin.

Se puede decir también que la condición de aptitud reclamada por este ordenamiento jurídico al sujeto ausente que desea contraer matrimonio por procurador es meramente formal, considerando que no se le exigirá más capacidad que la propia para contraer matrimo-

3. FORNÉS, J., *Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid, 1990, p. 99; *Vid. et.*, BANCAREL, J., *Le mariage entre absents en droit canonique*, Toulouse, 1919, p. 63; BONNET, P. A., *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano, 1985, p. 189: «Con il principio sancito nel can. 1.104, § 1 CIC si afferma la necessità della presenza simultanea dei contraenti al momento in cui questi debbono esprimere il proprio consenso. Una tale presenza però non è indispensabile che sia personale, potendosi anche realizzare a mezzo di un "procuratore", ai sensi del can. 1.105 CIC»; LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO-VALLS, R., *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*, 5.ª ed., Madrid, 1994, p. 140; GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., *Derecho Canónico Matrimonial según el Código de 1983*, Pamplona, 1983, p. 112; SCHOUPE, J. P., *Le droit canonique*, Bruxelles, 1991, p. 189; VITALI, E., *Il matrimonio, Diritto matrimoniale canonico*, Milano, 1989, p. 162.

nio válido. Al contrario de otras legislaciones que expresamente atribuyen esta facultad a una categoría o número restringido de personas, a ejemplo de la ley italiana ⁴.

En su larga tradición, el Derecho Canónico aseguró el ejercicio del matrimonio por procurador a los dos contrayentes, siempre y cuando las circunstancias así lo exigiesen y las razones aducidas como justa causa fuesen acogidas por el Ordinario en la concesión de la respectiva licencia. Así, tenemos que tanto la mujer como el varón, o los dos, pueden otorgar un mandato especial a una persona determinada para que les represente en la celebración del matrimonio y manifieste formalmente el consentimiento prestado por aquellos. Acerca de la posibilidad legal de que sean representados ambos contrayentes, el Derecho Canónico no establece restricciones. Es más, atendiendo a la formulación literal, podemos afirmar que se trata de un supuesto admitido de modo expreso: deben hallarse presentes ambos contrayente «en un mismo lugar o en persona o por medio de procurador» (c. 1.104, § 1). Lo único que se exige es la unidad de acto en la expresión formal de los consentimientos para que exista el matrimonio. No obstante, la excepcionalidad de este supuesto da lugar incluso a una interpretación restrictiva, como, por ejemplo, se produce en la Sentencia c. Doheny al afirmar que, cuando urge la celebración y *uno de los contrayentes* legítimamente impedido no puede estar presente, la Iglesia dispuso benignamente que le fuese lícito manifestar el consentimiento mediante procurador ⁵.

4. CHIAPPETTA, L., *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma, 1990, p. 259: «I militari e le persone che per ragioni di servizio si trovano al seguito delle forze armate, possono, in tempo di guerra, celebrare il matrimonio per procura. Questo può anche essere celebrato nel caso in cui uno degli sposi risieda all'estero, su autorizzazione del Tribunale nella cui circoscrizione risiede l'altro sposo che deve accertare la presenza di gravi motivi». Vid. et., FINOCCHIARO, F., *Il Diritto Ecclesiastico*, 3.ª ed., Bologna, 1990, p. 332; GANGI, C., *Derecho Matrimonial*, Madrid, 1960, p. 138; BARASSI, L., *La famiglia legittima nel nuovo Codice civile*, Milano, 1947, pp. 85 ss; JEMOLO, A. C., *El matrimonio*, Buenos Aires, 1954, p. 161; BELLANTONI, L. y PONTORIERI, F., *La riforma del diritto di famiglia*, Napoli, 1976, p. 29; PINO A., *Il diritto di famiglia*, 2.ª ed., Padova, 1984; ONDEI, E., *Il matrimonio con effetti civili nella giurisprudenza*, Vicenza, 1971, p. 214; LIPARI, N., *Comentario alla riforma del diritto di famiglia*, t. I, Padova, 1977, p. 104; TRABUCCHI, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1967, p. 284; TAMBURRINO, G., *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, 2.ª ed., Torino, 1978, p. 160; PRADER, G., *Il matrimonio nel mondo*, 2.ª ed., Padova, 1986, p. 220: En Francia, el matrimonio por procurador está excepcionalmente admitido para los militares en servicio; BENABENT, A., *Droit Civile, La Famille*, Paris, 1982, p. 58; MAZEAUD, H. y LEÓN ET MAZEAUD, J., *Leçons de Droit Civil*, 6.ª ed., t. I, vol. III, Paris, 1976, pp. 87-88.

5. S. R. R. *Decisiones*, vol. XLIX (1957), p. 114: «Cum matrimonium unice utriusque partis consensu, qui a nulla humana potestate suppleri valet, constiuatur (can. 1081, § 1), benigne

A pesar de que algunos ordenamientos jurídicos estatales tutelen esta forma de manifestación del consentimiento entre ausentes tal y como lo hace el Derecho Canónico⁶, otros países admiten solamente el matrimonio por procurador bajo la condición de que por lo menos uno de los contrayentes comparezca personalmente a la celebración del acto⁷. A nuestro modo de ver, esta es una traba que imponen algunas legislaciones al matrimonio por procurador sin que exista una razón justificativa para no permitir la representación de ambos contrayentes que acrediten —con todas las exigencias legales— su imposibilidad de hacerse presentes, salvo por medio de un procurador⁸. En todo caso, el incumplimiento de la norma referente a esta materia implica la invalidez del matrimonio, considerando la importancia que emana del consentimiento —tanto en sus exigencias internas, como en sus expresiones formales— para la propia existencia del matrimonio.

Una vez conocida la legitimidad de los sujetos aptos para emitir el consentimiento matrimonial por medio de un procurador, cabe preguntarse por la persona a *quién* se le puede otorgar —según la ley canónica— un mandato específico para contraer nupcias en nombre de otro. Sin adentrarnos por los caminos de la capacidad y de su naturaleza jurídica —que, en todo caso, serán analizados en otro momento— nos ceñiremos ahora a reiterar lo que dice la ley. El mandato especial expedido por cualquiera de los contrayentes o

Ecclesia disposuit quod, cum celebratio urgeat, et aliunde, ob legitimum impedimentum, unus e contrahentibus physice comparece nequeat, isti fas sit consensum exprimere per procuratorem certis normis constitutum».

6. La anterior Checoslovaquia, Cuba, México, Nicaragua, Países Bajos, Túnez, Bolivia, Chile, Polonia, Panamá, Ecuador, Venezuela, etc.

7. Código civil español, art. 55; Código civil brasileiro, art. 201; Código civil portugués, arts. 1.620-1.621; Código civil de Cabo Verde, art. 7; Código civil de Guatemala, art. 85; Código civil de Honduras, art. 131; anterior Yugoslavia, art. 26 del Código civil; Uruguay, art. 100 del Código civil, etc. Otros países, en su mayoría europeos, no reconocen la validez del matrimonio por procurador bajo ninguna condición, a ejemplo de Dinamarca (§ 20), Alemania, Gran Bretaña, Noruega, Rumanía, Suiza, EUA, Austria, Bélgica, Canadá, Haití, Hungría (§ 12b l. m.), Luxemburgo, etc.

8. BO, G., *Il matrimonio per procura*, Padova, 1934, XII, p. 25: «Una soluzione diversa vale per alcuna legislazioni contemporanea, le quali richiedono la comparizione personale di uno almeno degli sposi. Ma (a meno di non pensare a una superstite diffidenza contro il matrimonio per procura) riesce difficile trovare una ragione sostanziale che giustifichi simile atteggiamento».

los dos, debe ser otorgado a una persona concreta, no siendo estimado por válido aquel mandato con carácter general, tampoco el dirigido a una persona indeterminada. El procurador está obligado a cumplir personalmente los fines de su cometido, sin que le sea permitida la transmisión del mandato a tercera persona, aun en el caso de que exista previa autorización del mandante (c. 1.105, §1, 2.º) ⁹.

No obstante, nada impide —y de hecho el ordenamiento canónico prevé— la posibilidad de que sean constituidos varios procuradores en un único mandato, con la indicación personal de cada uno de ellos. Aunque la ley canónica no prohíbe expresamente la designación del mismo procurador por las dos partes contrayentes, sin embargo no parece aceptable o congruente y, por eso, la doctrina se inclina por el rechazo de esta posibilidad, que sólo tendría el amparo del silencio legal.

9. A.A.S., 1948, p. 302; *Vid. et.*, MIGUÉLEZ, L., *Documentos de la Santa Sede en materia matrimonial*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. III, 1948, pp. 1034 ss; *Vid.* LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO-VALS, R., o. cit., p. 141; GÓMEZ SALAZAR, F.-DE LA FUENTE, V., *Tratado Teórico-Práctico de Procedimientos Eclesiásticos*, t. I, Madrid, 1868, p. 206; LAMAS LOURIDO, R., *Forma sustancial del matrimonio canónico*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, t. X, 1960, p. 83; MONTERO Y GUTIÉRREZ, E., *El matrimonio y las causas matrimoniales*, 7.ª ed., Madrid, 1965, p. 313; DAUVILLIER, J., *Le mariage dans le droit classique de l'Église*, Paris, 1933, p. 101; BO, G., o. cit., pp. 70 ss; CHELODI, J., *El Derecho Matrimonial*, traducción al español de José Angel Fernández Arruty, Barcelona, 1959, p. 231; ESMEIN, A., *Le mariage en droit canonique*, t. I, 2.ª ed., Paris, 1929, p. 190; BANCAREL, J., o. cit., p. 77; BADII, C., *La rappresentanza per il matrimonio*, en *Il Diritto Ecclesiastico*, vol. VII, 1932, p. 546: «Il procuratore è tenuto ad adempire il mandato personalmente; non potrebbe perciò compierlo a mezzo di altri, anche se a ciò fosse stato facoltizzato dal mandante, essendo la concessione di delega ad altro espressamente vietata, giusta il prescritto del § 4 del canone in discorso: "ut matrimonium validum sit procurator debet munere suo per se ipse fungi". L'esecuzione quindi del mandato è un atto personalissimo del procuratore»; ABATE, A. M., *La forma della celebrazione del matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, en *Apollinaris*, vol. LIX, 1986, p. 131; SALAZAR, J., *Nuevo Derecho Canónico, Derecho Matrimonial*, Madrid, 1983, p. 187. CHIAPPETTA, L., o. cit., p. 257; BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*, 8.ª ed., Madrid, 1994, p. 189; MAYOR GIMENO, V., *Comentarios Canónico-civiles al tratado «De matrimonio»*, Cartagena, 1926, p. 104; LE BRAS, G., *La doctrine du mariage chez les theologiens et les canonistes depuis l'an mille*, en *Dictionnaire de Theologie Catholique*, t. IX, Paris, 1927, p. 2191; JEMOLO, A. C., o. cit., p. 292; cfr. Sentencia de la Sagrada Rota Española, de 10 de julio de 1968, *coram* Pérez Mier. *Vid.* comentario a la sentencia por León del Amo, *Designación de procurador para contraer matrimonio*, en *Revista de Derecho Privado*, t. LIII, 1969, p. 811: «Tanto los jueces de la primera instancia como los de la apelación resolvieron que constaba la nulidad por haber habido suplantación del procurador, ejerciendo este oficio quien no había sido designado por el poderdante».

El siguiente requisito postulado por el Derecho Canónico para la validez del matrimonio celebrado por procurador es el cumplimiento de algunas formalidades exigidas para la correcta expedición del mandato. En definitiva, se trata de explicar cómo debe revestirse el mandato de las garantías establecidas por la ley para que alcance los efectos pretendidos. Estas medidas cautelares que aseguran la validez de tal modalidad de celebración matrimonial están recogidas por el c. 1.105, § 2 del CIC y se complementan con el c. 1.071, § 1, n.º 7, que reclama —excepto en el caso de necesidad— la licencia previa del Ordinario del lugar cuando se pretenda asistir a este tipo de celebración.

El mandato debe, por tanto, estar firmado por el contrayente que lo otorga y por el párroco o por el Ordinario del lugar donde ha sido emitido o por un sacerdote que haya recibido delegación de cualquiera de éstos. El precepto legal admite, además, la validez del mandato si el documento está firmado al menos por dos testigos. Como última hipótesis, admite también —y esta es la aportación innovadora del Código de Derecho Canónico a esta figura jurídica respecto a la codificación anterior— que el mandato específico para contraer matrimonio por procurador pueda «hacerse mediante documento auténtico a tenor del Derecho Civil». La exigencia de formalizar tal mandato en documento público (art. 1.280, 5.º del Código civil), al menos en el Derecho español, cumple los requisitos de garantía, en la certeza y en la seguridad, pretendidos por el legislador canónico. Una siguiente previsión legal que se hace, también con efecto *ad validitatem*, es la de manifestar en el mandato la imposibilidad de escribir del mandante, acudiendo a otro testigo para que también firme el documento.

Las expresiones taxativamente descritas en el c. 1.105 del CIC, como por ejemplo: «Para contraer válidamente matrimonio por procurador...» (§ 1), «Para la validez del mandato se requiere...» (§ 2), «en caso contrario, el mandato es nulo» (§ 3), o «el matrimonio es inválido...» (§ 4), indican la trascendencia jurídica que supone la falta de observancia del contenido formal de estas normas y la preocupación del legislador canónico en resguardar la integridad del consentimiento matrimonial en las peculiares circunstancias que dimanen de la ausencia física de uno o de los dos contrayentes.

b. *Legislación civil española*

La primera precisión hecha por el legislador civil pretende establecer los requisitos personales y circunstanciales del sujeto que desee contraer «matrimonio por apoderado». Según el Derecho español, está autorizado todo aquel —varón o mujer— que «no resida en el distrito o demarcación del Juez o funcionario autorizante»¹⁰. Pero su habilitación está directamente subordinada a la presencia del otro contrayente en la celebración del matrimonio (art. 55.1 C.c.)¹¹. Al parecer, esta determinación de que sólo un contrayente pueda beneficiarse de la facultad de manifestar su consentimiento mediante un apoderado, comprende la diferencia más significativa respecto a la normativa canónica, que, como hemos indicado, no hace una expresa mención de que se limite necesariamente a uno de los contrayentes¹².

10. Vid. RUBIO, E., *Matrimonio y Divorcio-Comentarios al Nuevo Título IV del Libro primero del Código Civil*, coordinado por José Luis Lacruz Berdejo, Madrid, 1994, p. 410; Vid. et., ALBACAR, J. L. y MARTÍN GRANIZO, M., *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, comentarios al art. 55 C.c., 2.ª ed., t. I, Madrid, 1991, p. 539; PUIG FERRIOL, L., *Comentarios del Código Civil, art. 55*, t. I, Ministerio de Justicia, dirigido por Cándido Paz-Ares, Madrid, 1991, p. 290; y *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, dirigido por Manuel Amorós Guardiola, vol. I, art. 55, Madrid, 1984, p. 243; GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II, dirigidos por Manuel Albaladejo, Madrid, 1982, p. 122; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. V, vol. I, 12.ª ed., Derecho de Familia, Madrid, 1994, p. 246.

11. Vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*, Madrid, 1981, p. 151.

12. Vid. GARCÍA CANTERO, G., *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Madrid, 1959, p. 216: Según el Derecho Civil, «pueden casarse por poder tanto el varón como la mujer, pero no podrá celebrarse el matrimonio si ambos cónyuges utilizan la representación, a diferencia del Derecho Canónico en que es válido el poder *ex utraque parte*»; Vid. et., ROMERO COLOMA, A. M., *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, Barcelona, 1990, p. 108; ABATE, A. M., *Il matrimonio nell'attuale legislazione canonica*, 2.ª ed., Brescia, 1982, p. 150; PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ, J., y MAGAZ y SANGRO, C., *Derecho Canónico Matrimonial para Juristas (con «modelos» para los procesos canónicos y civiles)*, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 204: En orden a la expresión personal, por cada contrayente, del consentimiento matrimonial, existe la posibilidad de realizar la manifestación simultánea de la voluntad de contraer, por palabras de presente, faltando físicamente al matrimonio *in fieri* una o ambas partes (normalmente una sola); CIPROTTI, P., *Il matrimonio nel diritto*, en *Nueva Enciclopedia del Matrimonio*, dirigido por Tullio Goffi, Brescia, 1975, p. 286; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, t. I, Madrid, 1956, p. 609.

Respecto a la persona del apoderado, la ley exige simplemente que sea portador de un «poder especial en forma auténtica», sin precisar ningún otro aspecto que le singularice. Para el Derecho Civil, también es indiferente que la persona del apoderado esté soltero o casado, que mantenga relación de parentesco o no con uno de los contrayentes, o incluso que él personalmente no tenga capacidad para contraer matrimonio. En el poder especial deben constar, en cualquier caso, todas las características que identifiquen la persona determinada con quien ha de celebrarse el matrimonio¹³.

El siguiente apartado recoge los principales casos en que se prevé la extinción del poder, sea por revocación, renuncia o por la muerte de cualquiera de ellos. En esta materia, el art. 55 supuso una ampliación respecto a la legislación anterior. No obstante, el tema de la revocación y de la necesidad de que fuese expresada en «forma auténtica» —en detrimento de cualquier otra manifestación revocatoria— suscitó una controversia acerca del formalismo de la ley civil que ignora toda revocación que no atienda al requisito de autenticidad formal¹⁴.

De lo que acabamos de mencionar, se pueden entrever dos cuestiones que parecen fundamentales en el análisis crítico de la regulación positiva del matrimonio por procurador. En primer lugar, se revela una cierta prudencia del legislador civil que prohíbe a uno de los dos contrayentes estar ausente en la celebración de matrimonio, quizá con la intención de asegurar la integridad del consentimiento matrimonial y de evitar los abusos y fraudes posiblemente existentes en esta modalidad de matrimonios. Lo que nos parece contradictorio, sin embargo, es la actitud formalista de la ley que, al

13. Vid. p. ej., GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios...*, o. cit., p. 122. Vid. et., ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, 6.ª ed., vol. IV, Madrid, 1981, p. 53; ENTRENA KLETT, C. M., *Matrimonio, separación y divorcio*, 3.ª ed., Pamplona, 1990, p. 450; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil*, IV, Derecho de Familia, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 164.

14. Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., o. cit., pp. 247-248; Vid. et., PUIG FERRIOL, L., *Comentarios...*, o. cit., p. 291; RUBIO, E., o. cit., pp. 412-413: La nueva concepción del art. 55 respecto a la revocación, permitió un cierto acercamiento al tratamiento ofrecido por el Derecho Canónico en esta materia. Por otra parte, «no debe olvidarse que cualquier interpretación que haga prevalecer el consentimiento real frente a cualquier apariencia externa tendrá un punto de apoyo decisivo en el principio fundamental que recoge el art. 45.1: “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”».

supervalorar a continuación la autenticidad del documento revocatorio, deja sin plena protección la exigencia de verdadero consentimiento, que es el fundamento y finalidad de las garantías legales. En ese sentido entendemos que la legislación canónica se aproxima más a la conservación y tutela del principio *consensus facit nuptias*, dando sólo por válido aquel matrimonio que nace del pleno e insustituible consentimiento de las partes, existiendo éste, con esa eficacia constitutiva, en el momento de la celebración formal.

En orden a la correspondencia entre el consentimiento del contrayente-poderdante manifestado en el apoderamiento y aquél actualizado en el momento de la celebración del matrimonio por medio de una tercera persona, cabría extenderse algo más en el análisis de la voluntad que constituye el vínculo matrimonial y la forma en que se manifiesta: si mediante un representante o por medio de un nuncio.

III. LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD POR REPRESENTANTE Y POR NUNCIO

Hay representación cuando el apoderado actúa según las instrucciones recibidas del poderdante-representado, que delimitan a su vez la voluntad formada por el mismo representante a la hora de gestionar los intereses del representado. Pero, en este caso, no actúa como un mero transmisor de la declaración de voluntad, lo que es característico del nuncio¹⁵.

De ahí que la diferencia específica entre el representante y el nuncio —como recoge Bo de la doctrina dominante—, reside en que la voluntad del primero es necesaria para dar vida al negocio repre-

15. Vid. SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del Derecho Civil*, traducción de Luna Serrano, Madrid, 1964, p. 338: «En la noción amplia de la representación, explica el autor, se debe comprender también en ella la sustitución en la declaración de la voluntad negocial, siempre que, desde luego, se confíe a la voluntad del sustituto una iniciativa, aunque sólo sea para la emisión de la declaración». Y, por tanto, «únicamente cuando al sustituto se le niegue toda iniciativa y deba declarar sin más a un tercero la voluntad del interesado hay que entender que no estamos ante un caso de representación, sino de mensaje o embajada y que el sustituto es solamente un mensajero al que ni siquiera se exige una voluntad consciente de lo que hace»; CABREROS DE ANTA, M., *Estudios Canónicos*, Madrid, 1956, p. 172.

sentativo, mientras que la intervención del segundo tiene la sola finalidad de transmitir una declaración de voluntad completamente formada¹⁶. Desde esta perspectiva, resulta evidente la importante incidencia que la voluntad desempeña en ambas figuras.

Es doctrina comúnmente reconocida que la representación está formada por dos momentos distintos. En primer lugar, por una relación interna denominada apoderamiento, que consiste en la emisión del poder para celebrar negocios jurídicos en favor de otro. Y un segundo momento, que se caracteriza por una relación externa denominada negocio representativo, en el cual el apoderado-representante negocia frente a terceros con los intereses del representado, sobre el cual recaen todos los efectos conseguidos.

En ese sentido se entiende que el carácter peculiar de la representación no es sólo el ejercicio de una actividad jurídica por cuenta del *dominus*, sino también excluyendo que el resultado de tal actividad pueda recaer sobre el representante. La representación se caracteriza, en definitiva, por el uso del nombre del representado por parte del representante; es decir, por la *contemplatio domini*. Desde esta perspectiva, afirma Santoro Passarelli, «si falta la *contemplatio domini* el acto produce sus efectos para el agente —que, aun teniendo el poder de representación y queriendo obrar por el interesado, ha actuado en nombre propio—»¹⁷. Luego el ejercicio en el interés del representado equivale a que los resultados obtenidos con la actividad del representante sean similares a los que hubiese logrado el representado en el caso de que su actuación fuese directa, prescindiendo de cualquier intermediario¹⁸.

Para entender el papel que realiza la voluntad en ambos casos, es menester establecer la función que ejerce tanto el representante como el nuncio. En el primer caso, tenemos una voluntad formada

16. Cfr. BO, G., o. cit., p. 50.

17. SANTORO PASSARELLI, F., o. cit., p. 353.

18. Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Los efectos jurídicos de la gestión representativa*, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXI, fascículo III, julio-septiembre/1978, pp. 489 s; CABREROS DE ANTA, M., o. cit., p. 172: «La razón de que el acto puesto libre y legítimamente por el representante valga de la misma manera que si hubiera sido ejercido por el representado y de que los efectos del acto no afecten ni recaigan sobre el primero sino sobre el segundo, no hay que buscarla en hipótesis extrañas a la representación, sino que es menester sacarla del mismo concepto de representación».

y emitida por el mismo sujeto (representante) que la manifiesta y que debe respetar los límites e instrucciones recibidas del representado, ya que la elabora en nombre y por cuenta del mismo. En base a esto —explica Albaladejo—, «su labor comienza antes de que la voluntad se declare, si es representante activo; y, si lo es pasivo, consiste en recibir la declaración (recepticia), que con ello se perfecciona»¹⁹.

En el segundo caso, por nuncio comprendemos aquel que actúa como transmisor y portavoz de la voluntad ya formada y declarada por la persona que realmente celebra el negocio, que es el propio declarante. El nuncio realiza una función meramente instrumental de hacer llegar al destinatario la declaración que transmite, o de recibirla y transmitirla sucesivamente si su función es recepticia²⁰.

En cambio, para la doctrina italiana, el papel que desarrolla el nuncio no puede ser considerado simplemente material, ni tampoco comparado a un medio mecánico, una vez que su cooperación en una actividad jurídica conlleva la aportación de su propia voluntad. Eso sí, de distinta proporción y naturaleza que la de un representante. De este modo, observa D'Avanzo que, mientras la función del nuncio se limita a manifestar una voluntad previa y plenamente formada por otro sujeto, al representante, en cambio, se le reconoce un poder especial para declarar su voluntad con efectos jurídicos generados directamente en el ámbito de otro sujeto²¹.

19. ALBADALEJO, M., *La representación*, en *Anuario de Derecho Civil*, 2, t. XI, fascículo, III, 1958, p. 771.

20. Vid. CARMIGNANI CARIDI, S., *Rappresentanza*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, 1987, p. 487: «Istituto assai diverso dalla rappresentanza è quello relativo alla figura de nuncius, che è colui il quale manifesta a terzi la volontà di un altro, dando luogo, nel compimento dell'atto, ad una duplice dichiarazione dell'agente al nuncius, e la dichiarazione di questi a terzi. Il nuncius, quindi, a differenza del rappresentante, non esprime una volontà negoziale propria, relativamente all'atto da compiere per como del soggetto principale, bensì si pone come semplice portatore e manifestatore della volontà di quello». Vid. et., LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., o. cit., p. 86.

21. D'AVANZO, W., *Rappresentanza*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XIV, 1957, p. 802: «mentre il nuncius limita la propria attività di cooperazione a riferire una volontà —negoziale o no— che in un altro soggetto si era già formata e concretizzata in piena autonomia, al rappresentante, invece, deve essere riconosciuto questo singolare potere: quello, cioè, di determinare una sua volontà che è poi produttiva di effetti giuridici nei riguardi di altro soggetto».

La teoría de la representación más aceptada por la doctrina es aquella que considera que el negocio lo celebra el representante, formando y declarando la voluntad. Aunque también es cierto que los efectos del negocio se producen en el ámbito del representado. Este expresará su voluntad en el apoderamiento, determinando los límites en los que el representante debe actuar. En cuanto que la voluntad del representante incidirá sobre el mismo negocio representativo.

Al contrario de lo que se pueda suponer, la voluntad del representado no es algo inactivo frente a la diligente actuación del representante. Su función de apoderar, influye directamente en el negocio jurídico, de suerte que, al ser posible la invalidez del apoderamiento, su ejecución se verá ciertamente afectada.

En el caso concreto del poder especialísimo para contraer matrimonio, la voluntad del representado es el factor más importante en la configuración del vínculo jurídico, pues nadie puede suplirle en la expresión de su consentimiento matrimonial, aunque la voluntad del representante es indiscutiblemente necesaria para la manifestación de este consentimiento frente al otro contrayente. Por lo tanto, si existen vicios en la voluntad de cualquiera de ellos, intervienen directamente en la formación del negocio jurídico, aunque de distintas formas.

Dentro del ámbito del Derecho de familia, por su misma naturaleza, el mandatario está llamado a moverse a tenor de las directrices que le marca el mandante, de tal modo que la infracción de estas condiciones establecidas en el poder especial puede derivar en la invalidez del matrimonio celebrado²². El respeto a la voluntad del mandante expresada en este poder, no impide, por otra parte, la libre ejecución del mandatario que se obliga a seguir las instrucciones y atenerse a los límites de su encargo, sin perjuicio de su diligente desempeño en el cumplimiento del mismo. Se admite, además, que la voluntad del representante interfiera sustancialmente en la realización de su cometido en el caso de que se produzcan nuevas circunstancias que pudiesen cambiar o alterar la voluntad inicialmente manifestada por el representado.

22. Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979, p. 89; Vid. et., BANCAREL, J., o. cit., p. 79; BADI, C., o. cit., p. 546.

La doctrina italiana se ha expresado favorablemente concluyendo que se le debe reconocer al mandatario la facultad de desviarse de las instrucciones del mandante toda vez que, ante una situación imprevista, tenga el convencimiento de que los límites establecidos por el mandante serían otros si éste hubiera previsto aquella nueva circunstancia en la ejecución del mandato. La jurisprudencia ha confirmado la orientación doctrinal y ha atribuido esta facultad al mandatario bajo dos hipótesis: que éste tenga fundada y razonable previsión (excluida su culpa) de que el mandante, al ser informado de la nueva circunstancia, habría aprobado la eventual modificación propuesta por el mandatario, o cambiado las instrucciones originariamente conferidas. En otro sentido, que al mandatario no le haya sido posible comunicar a tiempo tales circunstancias al mandante²³. Esto, que es comúnmente reconocido en la figura típica de la representación, no se concibe en el papel desarrollado por el nuncio, teniendo en cuenta, sobre todo, la consideración que se le da de mero transmisor de la voluntad del que le encarga, sin que le sea permitido hacer cualquier modificación en las indicaciones recibidas.

IV. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA Y DE LA CAPACIDAD DEL APODERADO PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Después de considerar las principales características que definen al representante y al nuncio, se advierte con nitidez que son figuras a las que la ley exige una capacidad desigual, teniendo en cuenta la función también diferenciada que desempeña cada uno de

23. DOMINEDO, F., *Mandato*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. X, 1957, p. 125: «al mandatario è riconosciuta una facoltà di deviazione ogni qualvolta, in presenza di una situazione ricevute, egli si convinca che il mandante, ove avesse sentito quel comportamento del mandatario oltre i limiti originariamente stabiliti». En ese caso, debe atender a dos condiciones: «che il mandatario abbia la fondata e ragionevole previsione (determinata cioè senza sua colpa) che il mandante, informato dalle nuove circostanze, avrebbe approvato la eventuale modifica proposta dal mandatario, o mutato in tal senso le istruzioni originariamente conferite; che inoltre lo stesso mandatario no abbia potuto darne tempestiva comunicazione o istruzioni».

ellos. El nuncio —dice Albadalejo— «no precisa sino de la capacidad de hecho necesaria para poder transmitir la declaración. Puede ser un niño o un incapacitado; e incluso no es preciso que comprenda lo que transmite. El representante ha de tener, por lo menos, cierta capacidad negocial, aunque no se le exija la que necesitaría para celebrar para sí el negocio de que se trate»²⁴. En base a esto, a la persona del nuncio, por ejemplo, nunca se le exigirá un conocimiento de todas las circunstancias que envuelven el negocio jurídico, ni de las alteraciones a *posteriori* que puedan afectar o modificar la declaración que transmite, puesto que su función es la de mero instrumento transmisor y no le es dada la facultad de discutir los términos de la declaración. Sin embargo, el representante sí que puede hacerlo.

En contra de esta diferenciación de la capacidad entre el nuncio y el representante, disiente Díez-Picazo afirmando que «la asunción de la función de nuncio implica una determinada responsabilidad, para la cual se precisa (v. gr., responsabilidad por una fiel reproducción de la declaración) la capacidad de obrar necesaria para obligarse. Finalmente, que las consecuencias de la intervención de un nuncio incapaz no son distintas de las que se producen por la intervención de un representante incapaz»²⁵.

Como se puede advertir, aunque a primera vista la idea que se tiene es la de que los conceptos jurídicos de representante y nuncio están suficientemente delimitados por las fuentes del Derecho, en la práctica y en algunas particularidades legales, su definición y, en consecuencia, sus límites no parecen ser tan evidentes. Llamamos la atención especialmente para el ámbito del Derecho de familia, cuando se constata una difícil y secular polémica en torno al tema de la representación en la constitución del vínculo matrimonial, que afecta al núcleo mismo de nuestro estudio si no lo dejamos reducido a una mera cuestión del cumplimiento o no de una serie de requisitos o de formalidades legales.

Para un sector de la doctrina más común —sobre todo entre los civilistas— en el campo del derecho personalísimo de la familia

24. ALBADALEJO, M., *La representación...*, o. cit., p. 772.

25. Díez-PICAZO, L., *La representación...*, o. cit., p. 56.

no cabe acogerse a la representación. Y cuando la ley excepcionalmente la autoriza en algunos casos, estamos ante un nuncio, y no ante un representante, como, en cambio, sostienen otras posturas doctrinales, particularmente entre los canonistas ²⁶.

Es nuestra intención clarificar en este trabajo la naturaleza jurídica del sujeto que recibe el encargo de manifestar el consentimiento por otra persona que desea constituir el vínculo matrimonial, pero que —por una justa causa— se encuentra imposibilitado de hacerlo personalmente. En este sentido, se plantea la cuestión acerca del verdadero carácter del apoderado: «¿inos encontramos ante un representante o, por el contrario, ante un mero transmisor de una voluntad ajena, también llamado *nuntius*?» ²⁷.

V. CONSIDERACIONES DOCTRINALES ACERCA DEL APODERAMIENTO EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Puede afirmarse que todavía no existe una teoría consagrada y plenamente acogida por los legisladores, de forma que evite la imprecisión y dudas acerca de la correcta aplicación de las figuras del representante o del nuncio en la constitución del matrimonio entre ausentes. Lo más frecuente en los textos legales es la descripción o alusión a una figura desdibujada, que no refleja ni la naturaleza propia de un verdadero representante, ni la de un simple emisario o nuncio.

Por otra parte, los conceptos y aclaraciones aportadas por la doctrina, han tenido escaso resultado en el ámbito del Derecho matrimonial para determinar la verdadera naturaleza jurídica del apoderado que debe mantener la integridad del consentimiento matrimonial.

En orden a esta inalterabilidad del consentimiento otorgado por el poderdante para la constitución del vínculo conyugal valién-

26. Vid. SANTORO PASSARELLI, F., o. cit., p. 339: Los apoderamientos admitidos a veces por la ley para los negocios de carácter personalísimo, a ejemplo del negocio familiar, son, «en realidad, delegaciones, hechas a un mensajero, de la mera declaración de voluntad».

27. RUBIO, E., o. cit., p. 409.

dose de una tercera persona, debe esclaracerse bien la figura jurídica más adecuada al ejercicio de esta función.

a. *En el Derecho Civil español*

Para la doctrina civilista mayoritaria, la concepción que más se aproxima a la normativa legal —concretamente al art. 55 C.c.—, viene siendo la del apoderado como un nuncio, puesto que se limita a expresar una voluntad ajena predeterminada en su totalidad por el poderdante.

Además —explica Puig Ferriol en los comentarios a la reforma del Código Civil—, la previsión de que el apoderado actúe en virtud de un «poder especial» y que en ese poder se determine la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad, da a nuestro apoderado la condición de un *nuntius* y no la de un representante²⁸.

No cabe duda de que el poder especial exigido para la celebración del matrimonio entre ausentes delimita los actos realizados por el apoderado, restándole libertad en cualquier iniciativa que pueda tener en la ejecución del encargo que altere la voluntad del poderdante²⁹. Dada la nula influencia del nuncio en la formación de la voluntad negocial, dice Puig Ferriol, no se le puede exigir tampoco la capacidad general necesaria para contratar que, en cambio, será reclamada al representante y, evidentemente, al representado, sobre el cual recaerán todos los efectos del negocio representativo. Por consiguiente, los posibles vicios de la voluntad sólo tendrán trascendencia si se dan en el ámbito del poderdante³⁰.

28. PUIG FERRIOL, L., *Comentarios a las reformas...*, o. cit., pp. 242 ss.

29. Disiente MAZZINGHI alegando en su obra *Derecho de Familia-El matrimonio como acto jurídico*, T. I, Buenos Aires, 1971, p. 286, que: «por restringido que sea el mandato, y a pesar de su rigurosa especialidad, (...) no pierde su calidad de tal».

30. *Vid. et.*, FINOCCHIARO, F., *Matrimonio civile-formazione, validità, divorzio*, 2.ª ed., Milano, 1989, p. 45: «In questa vicenda negoziale, il procuratore non esprime una volontà propria per conto dello sposo assente, ma è un nuncius, un portavoce della volontà di costui. Onde sono del tutto irrilevanti i vizi di capacità o dell'intelletto del procuratore, mentre

Dentro de la exégesis doctrinal que reconoce al apoderado la función de un verdadero nuncio, es común encontrarse con una salvedad fundamentada en la propia norma codificada. Aunque la mayoría de los autores civilistas esté de acuerdo en que lo que hace el Código civil es permitir la celebración del matrimonio por medio de un nuncio y no de un representante, entiende también que no se trata de una función meramente material y mecánica. Ejemplifica Rubio diciendo que «si bien el apoderado no tiene campo de decisión alguno, deberá poner en conocimiento de su poderdante aquellos hechos que por su entidad indujeran razonablemente a considerar las nupcias como no deseables y, por tanto, a desistir de la voluntad de contraer matrimonio»³¹.

Otra cuestión que debe plantearse es la siguiente: si la figura del nuncio —con palabras de Santosuosso— sólo crea un mero trámite de transmisión de la voluntad afirmativa del esposo ausente, hallándose por lo tanto privada de una autonomía estructural y formal³², ¿cómo se explica la «inmunidad» concedida por el art. 55 C.c. a la actuación del apoderado, pese la anterior revocación del poder, que, sin embargo, no ha pasado por el requisito formal de autenticidad?

Para García Cantero, en el caso de que el apoderado celebre el matrimonio cuyo consentimiento sólo esté amparado en la declaración de su voluntad, la función desarrollada por el mismo es algo más que la de un simple nuncio³³.

Dentro de la flexibilidad admitida en la actividad desempeñada por el nuncio, un sector de la doctrina opina que su naturaleza no se vería alterada si gozase de iniciativas en la manifestación del consentimiento frente a circunstancias y situaciones imprevistas. Eso sería posible y lícito si el nuncio se limitase a actuar dentro de las instrucciones recibidas por el poderdante. Actuar de otra manera iría contra el principio de que, en el matrimonio por poder, la

assumono rilievo i vizi che colpiscono la capacità, l'intelletto o la volontà dello sposo che ha rilasciato la procura».

31. RUBIO, E, o. cit., p. 409.

32. SANTOSUOSSO, F., *Delle persone e della famiglia. Il matrimonio*, Libro I, t. I, Torino, 1981, p. 271.

33. Cfr. GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios...*, p. 227.

sustitución opera exclusivamente en la fase de emisión de la voluntad ya enteramente constituida por el poderdante y no en la formación de la misma ³⁴.

Por otra parte, en la representación el representante actúa siempre emitiendo su propia voluntad en la constitución del negocio jurídico, aunque ya se sabe que lo realiza en el interés del representado. Analizando la primera afirmación, nos preguntamos hasta qué punto es válido admitir el instituto jurídico de la representación en el ejercicio de los derechos con carácter eminentemente personal como es el Derecho matrimonial.

Los defensores de la aplicabilidad de la figura de la representación en el matrimonio entre ausentes fundamentan su postura en la validez del matrimonio constituido por la sola fuerza declaratoria del apoderado, no obstante la revocación antecedente del consentimiento por parte del poderdante que no la realiza en forma auténtica (art. 55 C.c.). Así lo afirma, por ejemplo, García Cantero: «no cabe duda que la única voluntad que mantiene el consentimiento emitido es la del apoderado, pues la del poderdante no existe ya» ³⁵. El otro argumento sobre el cual se fundamenta esta postura doctrinal se refiere al término «apoderado» empleado por el Código civil, y que, al parecer, podría expresar la intención del legislador de dirigirse a la figura de un representante, más que a la de un nuncio.

Tampoco entre los civilistas se rechaza la hipótesis de una representación impropia ³⁶, de un nuncio dotado de alguna representación ³⁷, o —de acuerdo con la opinión de Rubio— que «lo más correcto sea aceptar un concepto amplio de representación en el que quepa la figura comentada. Parece razonable pensar que no se trata tanto de excluir en nuestro caso el fenómeno de la representación cuanto de admitirlo dentro de unos límites, necesariamente estrechos en el Derecho de familia y, muy en particular, en el matrimonio» ³⁸.

34. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, 6.ª ed., T. IV, Madrid, 1992, p. 77.

35. GARCÍA-CANTERO, G., *El vínculo...*, o. cit., p. 216.

36. *Vid. et.*, RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4.ª ed., vol. II, Madrid, 1931, p. 734.

37. *Cfr.* ROMERO COLOMA, A. M., o. cit., p. 109.

38. RUBIO, E., o. cit., p. 410.

b. *En el Derecho Canónico*

Este ordenamiento jurídico al regular en los cc. 1104 y s. el matrimonio contraído por medio de un procurador, establece —entre otros requisitos— que se haga a través de un mandato especial.

Frente al Derecho civil, cabría analizar dos aspectos diferenciadores previstos para el mismo instituto jurídico. Mientras la ley civil trata de la figura del apoderado y de la emisión de un poder especial para la constitución del vínculo matrimonial, la ley canónica prevé la mediación de un procurador que actúa por fuerza de un mandato especial.

Esa controversia terminológica ha conducido a los estudiosos de la materia a una verdadera polémica en torno a la naturaleza del sujeto que es constituido para hacer las veces del cónyuge ausente en la celebración del matrimonio. Al contrario de la doctrina civilista predominante, la teoría más aceptada por los canonistas es aquella que ve en el mandatario un verdadero representante. No obstante, el actual Código canónico habla de un procurador —lo que nos lleva a concluir que lo asimila a la figura del mandatario— destinatario y portador de un mandato especial (c. 1.104, § 1 y c. 1.105, § 1, 1.º).

La anterior legislación (c. 1088, § 1 del CIC de 1917), que también preveía la figura del procurador, es interpretada con criterio reductor y taxativo: «el silencio sobre los abundamientos al exigir el canon 1088, § 1, como requisito *ad valorem*, que los contrayentes se hallen presentes personalmente o representados por procurador, da claramente a entender la nulidad del matrimonio celebrado de cualquier otro modo con persona ausente»³⁹. Considerando la exigencia de esos requisitos esenciales en la celebración del matrimonio entre ausentes, parece evidente la exclusión que hace el Código de 1917 del matrimonio contraído por carta o por nuncio, vigente hasta entonces⁴⁰.

39. MANS PUIGARNAU, J. M., *Derecho Matrimonial Canónico*, vol. I, Barcelona, 1959, p. 443. *Vid. et.*, SALAZAR, J., *o. cit.*, p. 186.

40. *Vid.* COVIAN, V., *Matrimonio por poder*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXII, Barcelona, 1910, p. 85: «El matrimonio contraído por medio de carta, que leída en el

Para aplicar esta figura al matrimonio, Bo define la procuración como aquella declaración de voluntad del representado por la cual deriva el poder de representación ⁴¹. En el caso de que se emita una procuración para contraer matrimonio, el autor menciona en páginas posteriores la necesidad de que se haga de forma especial. Dice: «en el poder para contraer matrimonio, en cambio, no es suficiente la autorización pura y simple para el cumplimiento de un negocio, sino que debe consistir en una declaración de voluntad específica para contraer matrimonio con una persona determinada. Es decir, el poder debe ser especialísimo» ⁴².

Entendida como aquel negocio jurídico a través del cual un sujeto con legitimación representativa cumple una actividad jurídica en nombre y por cuenta de otra persona, la actuación del procurador tiene efecto inmediato en la esfera jurídica del representado. Con la procuración o poder, surge, por tanto, el momento constitutivo de la representación. Y, como consecuencia natural de la decisión afirmativa por parte de su destinatario —procurador— que asume la gestión encomendada, nace la vinculación entre representado y representante.

La doctrina italiana aporta, en ese sentido, la idea de procurador frente al papel realizado por el nuncio. A diferencia de éste, el

momento de celebrarse el acto ante el otro contrayente, el párroco y testigos, suplía en cierto modo la ausencia del otro cónyuge, ha sido admitido por la mayoría de los canonistas y sancionado por los Tribunales; en sentencia de 19 de Enero de 1910, se decidió el Tribunal de la Rota por la validez de un matrimonio contraído por carta, a pesar de la enérgica oposición del marido, que era el que había expresado en aquella forma su consentimiento, fundado en que no la escribió con intención de casarse; entendiendo el Tribunal que del contexto de los documentos obrantes en autos, de la interpretación dada a los mismos por los propios contrayentes, que convivieron cinco años, y de otras varias circunstancias, resultaba la certeza del consentimiento y no justificada su revocación durante los cinco días que mediaron entre la fecha de la carta y la celebración del matrimonio, decidió que no constaba la nulidad del mismo» (*S. Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae*, vol. II, 1910, *Romae*, 1913, pp. 19-32).

41. BO, G., o. cit., p. 22.

42. *Ibid.*, p. 38. *Vid. et.*, MIGUÉLEZ, L., o. cit., pp. 1033 s.; CHIAPPETTA, L., o. cit., p. 257; BONNET, P. A., o. cit., p. 190; GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., o. cit., p. 113; ABATE, A. M., o. cit., p. 131: «Il procuratore, per rendere moralmente presente il coniuge assente fisicamente, deve ricevere da esso un "mandato speciale", distinto da qualsiasi altro, con il preciso incarico di manifestare a nome del mandante il suo consenso matrimoniale con la comparsa da lui prescelta e definitiva. L'incarico, quindi, non deve considerarsi compreso nel mandato "generale", che eventualmente il medesimo coniuge gli avesse affidato per curare, come suo rappresentante legale, tutti i negozi giuridici che lo riguardano».

procurador no se limita a presentar una declaración ante el párroco u oficial público; ni siquiera es su función expresar oralmente su contenido, como si se tratara de un portavoz o lector de una carta. Al contrario, el ordenamiento positivo cuenta con que el procurador emita una nueva declaración, como si suyo fuese el negocio celebrado, aunque, como es obvio, constituya un medio por el cual se hace presente la voluntad del esposo que no comparece a la celebración del matrimonio ⁴³.

Derogado el Derecho antiguo, en el que eran admitidas las formas expresas del consentimiento matrimonial mediante carta ⁴⁴ y también el matrimonio por nuncio, González del Valle habla del nuncio como una figura parecida al procurador, aunque afirma que difiere de éste, «entre otras cosas, porque carece de mandato, limitándose a manifestar la voluntad de quien lo envía como pudiera hacerlo una carta o un telegrama y no recibe la declaración de la otra parte» ⁴⁵. En cambio, el procurador en el matrimonio aparece como un verdadero y propio representante. Como observa Badii, esto no significa que el mandante sea considerado un sujeto extraño al contrato matrimonial celebrado con una persona determinada por él, sino que los efectos jurídicos conseguidos con la actuación del procurador recaen directamente sobre la persona del mandante ⁴⁶.

43. BO, G., o. cit., pp. 51 ss: «se il procuratore non adempisse altra funzione da quella consueta al nuncio, basterebbe che egli consegnasse la dichiarazione di procura al parroco o all'ufficiale di stato civile, oppure che ne riferisse oralmente il contenuto. Viceversa l'ordinamento positivo (dico tanto il diritto canonico quanto il diritto civile) non solo non consente che sia portata semplicemente la volontà scritta dello sposo, ma vuole che il procuratore emetta una nuova dichiarazione, si atteggi insomma come uno che dichiara la propria volontà: il procuratore non è concepito nè come il latore di una lettera, nè come un portavoce, ma costituisce (per raffigurarlo empiricamente) un mezzo per rendere presente la volontà dello sposo non comparso». El autor fundamenta su pensamiento en la glosa *uxor* al Decreto: «*dic quod ore dicuntur consentire cum procuratorem eorum nomine consentiunt*».

44. Vid. BADI, C., o. cit., p. 542: «Il matrimonio *per epistulam* fu espressamente riconosciuto dalla S. C. C. in data 30 sett. 1673 e per l'ultima volta trovasi ammesso dalla stessa S. R. Rota in data 19 gennaio 1910 (v. *Acta Apost. Sedis*, II, 297 sq.)»; SÁNCHEZ, *Disputationes de sancto matrimonii sacramento*, Venetiis, Edit. noviss., 1754, I.II, disp. XII, n.º 2.

45. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., o. cit., p. 112.

46. BADI, C., o. cit., pp. 540 s: «quindi mandante non rimane estraneo al matrimonio, che il procuratore va per conto suo ed in nome suo a contrarre con la parte dal mandante stesso indicata e bene individuata, ma è il mandante, che, a mezzo del suo procuratore,

En la defensa de la representación en la celebración del matrimonio —pese a tratarse de un derecho personalísimo e intransferible—, la flexibilidad en el cumplimiento del mandato concedida a los representantes y prohibitiva para el nuncio, no debe ser entendida como una facultad abierta a la modificación indiscriminada del consentimiento matrimonial, que no tendrá otro autor que el mismo contrayente-representado ⁴⁷.

Es aclaratorio lo que dice Bo con relación a este aspecto, al destacar que, para lograr el fiel cumplimiento del mandato, evidentemente el representante se servirá de su capacidad intelectual y discernimiento a la hora de actuar de acuerdo con la voluntad de aquél a quien representa. No obstante, advierte que solamente y con precisión se habla de inteligencia, de discernimiento, no de voluntad ⁴⁸.

Esta actitud intelectual del procurador en la expresión del consentimiento, es lo que hace posible la manifestación simultánea de la voluntad para contraer matrimonio, aunque una o ambas partes no se encuentren presentes. Razón de bastante fuerza como para suprimir otras modalidades de expresión del consentimiento ⁴⁹. Según el actual c. 1.104, 1 del CIC, la presencia moral de los contrayentes ausentes se da en la persona del procurador, quien ha de ser libremente elegido por ellos para manifestar el consentimiento en su nombre. Fuera de esta posibilidad, según el planteamiento que

contrae direttamente il matrimonio, e questo ha per il mandante tutti gli effetti come se da lui fosse personalmente celebrato».

47. *Ibid.*, o. cit., p. 541: «anche nel procuratore per il matrimonio vi è sempre una certa libertà nel dichiarare la propria volontà, in quanto agendo egli non solo nell'interesse, ma anche in nome dell'assente, è autorizzato a giudicare intorno alle varie circostanze di fatto che possono precedere, accompagnare o seguire l'esecuzione del mandato»; *Vid. et.*, LAMARTINE CORREA, J., *Direito de Família*, Porto Alegre, 1990, pp.142 s.

48. BO, G., o. cit., p. 50: «Che, in certi casi, il procuratore debba servirsi del suo discernimento, per agire conformemente alla volontà di chi l'ha investito del potere di rappresentanza, è non solo una verità, ma una verità che trova applicazione anche più larga di quel che forse non abbiano pensato i sostenitori di codesta dottrina. Ma si noti bene: qui si parla d'intelligenza, di discernimento, non di volontà. L'incarico di accertare il comportamento della sposa o le sue condizioni finanziarie (bastino questi esempi) richiedono da parte del procuratore soltanto un'operazione dell'intelletto, un giudizio logico».

49. *Cfr.*, GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., *La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia Católica*, Madrid, 1943, p. 216: «Por ello se ha suprimido (1.088, p.1) la posibilidad de celebrar el matrimonio mediante nuncio, admitida por Inocencio III (X,III,XXXIII,14), a la que la glosa (in c. 8, causa XXX, q. V.) añadió el matrimonio por carta».

hace Esmein, no parece haber ninguna otra forma que respete la simultaneidad del consentimiento delante del mismo párroco y de los mismos testigos ⁵⁰.

Para muchos autores, la representación en la celebración del matrimonio es la teoría que prevalece. Pero también es cierto que en la admisión del matrimonio por procurador se requieren dos condiciones que necesariamente deben darse. Por una parte, que el mandante-representado emita un mandato especialísimo al mandatario-representante, por el cual éste se obliga a cumplirlo respetando las pautas preestablecidas por el mandante. Y por otra parte —particularmente en el Derecho Canónico—, es considerado inválido aquel matrimonio que fue contraído a pesar de la anterior revocación del consentimiento. Como —con acierto, en nuestro parecer— dice Souto Paz, «la actuación del mandatario o procurador, como *alter ego* del mandante, que actúa en su nombre y representación personal, es jurídicamente tan efectivamente supletoria de la presencia y manifestación del poderdante, que si éste 'antes que el procurador haya contraído matrimonio en nombre de su mandante, revoca el poder o cae en demencia, es inválido el matrimonio aunque el procurador o la otra parte ignoren esto'» ⁵¹.

Ante todo lo expuesto, se entiende que la ley haya querido proteger el derecho personalísimo para contraer matrimonio, admitiendo la manifestación del consentimiento mediante procurador bajo estrictas garantías para aquellos aspectos que pudiesen alterar o sustituir la íntegra voluntad de los contrayentes. Sin embargo, tampoco deja de tener en cuenta que la actuación del procurador-representante, no es simplemente mecánica, sino activa, deliberada y responsable, aunque deba desarrollarla dentro de los límites del mandato recibido ⁵².

50. Cfr., ESMEIN, A., o. cit., p. 243.

51. SOUTO PAZ, J. A., *Derecho Canónico, Derecho Matrimonial*, vol. II, UNED, Madrid, 1984, p. 190. Vid. et, SALAZAR, J., o. cit., p. 188: «Basta la revocación interna, es decir, que entre el momento de dar el mandato y la celebración del matrimonio haya desistido de la voluntad de contraer; que en el momento de la celebración no quiera contraer, aunque no haya manifestado este acto positivo de no querer contraer matrimonio o no lo haya hecho llegar a conocimiento del procurador. Caso de que haya revocación sólo interna del consentimiento, tendrá que probarlo el mandante».

52. Cfr., CAMARERO SUÁREZ, M., o. cit., p. 640: «Porque si ha habido *excessus mandati*, el matrimonio resulta *inutiliter celebratum* o mejor *nihil valet*». De todas formas, creemos que

VI. IDENTIFICACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA APLICABLE

En la realización de este estudio del matrimonio celebrado en ausencia de uno o de los dos contrayentes, se comprueba cierta dificultad a la hora de precisar, con exactitud, la terminología más adecuada para identificar el sujeto que recibe el encargo de transmitir el consentimiento matrimonial en nombre del contrayente ausente. Como es obvio, la diversidad terminológica existente no corresponde sólo al uso indiscriminado de conceptos analógicos aplicados a una misma figura jurídica. Su diferenciación parece tener características más profundas, alcanzando incluso la naturaleza misma de cada figura, con todos los efectos jurídicos inherentes a la función que realiza.

Dos factores muy importantes que, a nuestro parecer, contribuyeron a esta diversidad conceptual son: a) el tratamiento legal prestado por cada ordenamiento jurídico en diferentes épocas; y b) la interpretación doctrinal desarrollada *a posteriori*. De hecho, comúnmente se comprueba en los distintos comentarios doctrinales la confrontación y análisis de otras figuras afines como forma de delimitar la que más se acerque a la del apoderado para contraer matrimonio. Y no es infrecuente el uso cambiante o alternativo, por el mismo autor, de diversos términos sin justificar expresamente su identidad o equivalencia.

En el Derecho actual, al definir la figura del nuncio se pretende, sobre todo, diferenciarlo del concepto de representante. De este modo, se suma a la definición conocida en el Derecho Romano el matiz de que el nuncio se limita a transmitir una voluntad negocial plenamente formada por la persona que le hace el encargo, mientras que en la actuación del representante, es éste el que manifiesta una voluntad propia, aunque se ciñe a las indicaciones del representado en el poder especial que delimitan su ejecución.

La naturaleza de la actividad realizada por el nuncio es de colaboración con el verdadero titular del negocio jurídico, diferen-

se debe precisar que no se trata de una inexistencia de matrimonio, sino de la celebración de un matrimonio nulo, con todas las consecuencias sustantivas y procesales que se derivan.

ciándose también de la función que cumple la carta en la transmisión de la voluntad negocial a través de un simple documento. Al nuncio se le exige, como es obvio, una capacidad mínima de entender y de querer cumplir el encargo recibido, aunque no tenga más obligación que la de manifestar expresamente la voluntad del principal, tal y como le ha indicado⁵³. Sin embargo, también puede negarse a hacerlo o, por otra parte, cumplirlo fuera de las condiciones impuestas por el que le otorga poder.

El encargo que se confía al nuncio no parece revestirse de ninguna formalidad específica, aunque nada se opone a que se haga bajo la misma forma establecida para el representante por medio de un apoderamiento. El hecho de que el nuncio y el representante —figuras sensiblemente distintas entre sí y con unos efectos jurídicos igualmente dispares— puedan contemplarse a partir de una misma estructura —el apoderamiento—, provoca una cierta perplejidad doctrinal a la hora de delimitar la existencia de una u otra figura en la conclusión de un negocio jurídico con base a un apoderamiento. Refiriéndose a la irrelevancia y dificultad natural de distinguir el nuncio del representante, Díez-Picazo afirma que «por lo pronto, es menester señalar que todo nuncio estará ligado con el *dominus negotii* por una relación jurídica idéntica a la que surge en la representación (v. gr., una relación de servicios de mandato, una relación familiar, etc.). No es posible establecer en este punto diferencia alguna»⁵⁴.

En relación con los efectos jurídicos provenientes de la función desempeñada por el nuncio, al estar completamente condicionada a la voluntad del *dominus*, los vicios pueden producirse tanto en el momento de su formación, como también en la falta de equivalencia de la voluntad del *dominus* con aquella declarada por el nuncio. Cuando hay coincidencia en ambas voluntades, los efectos jurídicos recaen sobre la persona del *dominus*.

53. Vid. MINERVINI, G., *El mandato*, trad. al español por Peré Raluy, Barcelona, 1959, p. 35 s: Observa que la actividad del nuncio es simplemente notificadora y considera que el entendimiento y la voluntad del mismo son indudablemente irrelevantes respecto a la eficacia de la actividad que desarrolla.

54. DÍEZ-PICAZO, L., *La representación...*, o. cit., p. 55.

Se plantea, asimismo, la cuestión que versa acerca de en quién deben recaer los efectos jurídicos cuando hay divergencia entre una y otra voluntad, por violencia, dolo o error. Por una parte, se considera que siendo el *dominus* el responsable de la voluntad declarada por el nuncio, los efectos de la actuación de éste pertenecen a su esfera jurídica, a pesar de la sobrevenida deformidad de la voluntad por él confiada. Otra interpretación se tiene al considerar que el nuncio posee una cierta capacidad natural de entender y querer realizar el encargo, y esto le hace de alguna manera responsable por los defectos que puedan surgir en la transmisión de la voluntad formada por el principal.

En cualquier caso, cabe detenerse en la consideración de que la función atribuida al nuncio es la de mero transmisor de una voluntad negocial enteramente formada por el *dominus*, sin que en su ejecución esté permitido realizar cualquier tipo de alteración. En esto parece radicar la diferencia más clara respecto a la actuación del representante que, aún siendo constituido con un poder especial que le obligue a actuar dentro de unos límites precisos, siempre será su voluntad la que concluye el negocio jurídico en nombre del representado.

Dentro del ámbito del matrimonio por apoderado, surge el interrogante sobre la existencia de una verdadera representación o si, en cambio, lo que hay es una declaración de la voluntad del poderdante por medio de un simple nuncio. En orden al carácter personalísimo que reviste el matrimonio por apoderado, la tendencia civilista a la hora de definirse por una de las dos figuras, se inclina mayoritariamente por la segunda hipótesis, resguardando la voluntad del poderdante de cualquier posible autonomía y movilidad del apoderado. No obstante, creemos que el apoderado se distancia de la figura del nuncio concebida por el Derecho Civil, en la medida en que implícitamente le reconoce más capacidad de intervención que la que encierra su propia naturaleza. A título ejemplificativo, mencionamos la validez del consentimiento mantenido solamente por la voluntad del nuncio, cuando el mismo poderdante lo haya revocado de forma no auténtica antes de la celebración matrimonial.

En todo caso, incluso en esta doctrina más común se puede apreciar, según nuestro parecer, que sólo mantienen la figura del

nuncio en su referencia a la función propia y directa de este peculiar apoderamiento para contraer matrimonio; pero es constituido y tiene facultades de intervención —o de no intervención— más adecuadas con la figura de la representación. Es decir, estamos ante una figura jurídica análoga y no equivalente.

En cambio, el Derecho Canónico no adopta la misma postura y recurre al representante como figura que cumple la función de manifestar el consentimiento matrimonial en nombre y por cuenta del poderdante, dentro de los límites específicos del poder de representación. Al menos implícitamente se destaca esta afirmación al ser suprimida por el Código la tradicional legitimidad de la expresión del consentimiento matrimonial mediante nuncio —con tantos siglos de vigencia en el Derecho Canónico— para dejar exclusivamente la figura del representante, aunque, como ya hemos indicado, no lo hace con la deseable precisión.

La dificultad para determinar la naturaleza jurídica del sujeto encargado de manifestar el consentimiento en nombre del esposo ausente surge de la conocida aproximación que existe entre el nuncio y el representante dentro del marco de los derechos personalísimos, a ejemplo de la celebración matrimonial.

La pretensión de limitar al máximo los poderes otorgados en el apoderamiento con la finalidad de ajustar la actuación del apoderado a la voluntad del poderdante, y, por otra parte, de tratar al nuncio como un colaborador del poderdante, con atribuciones más amplias que las propias de una carta o de un mero instrumento material de transmisión, ha permitido la existencia de una ligera distinción entre ambas figuras, de tal forma que una corriente doctrinal se inclina por la hipótesis de una combinación entre las dos figuras, por la cual se admitiría un concepto amplio de representación dentro de unos límites, necesariamente estrechos en el Derecho de familia y, muy en particular, en el matrimonio⁵⁵. Pero, en cualquier caso, estaríamos delante de una representación —aunque muy restringida por el carácter especialísimo del poder otorgado para un fin predeterminado— y no ante un nuncio, que, lejos de identificarse con la actuación descrita en el art. 55 del C.c., ha sido frecuen-

55. RUBIO, E., o. cit., p. 410.

temente usada por el Derecho Romano porque no se reconocían los efectos de la representación directa, lo que ya no sucede en los Derechos modernos.

Así, pues, consideramos que se puede —o debe— sostener que el apoderamiento para el matrimonio responde genéricamente a una representación, pero son tan determinantes los elementos o rasgos específicos que imponen una atipicidad de la figura o bien una representación *sui generis*.

