

MATRIMONIO INFORMAL
«BY COHABITATION WITH HABIT
AND REPUTE» EN ESCOCIA.
OUTER HOUSE (COURT OF SESSION)¹
DEWAR V. DEWAR² (17 AGOSTO 1994)

Traducción, notas y comentario por
LUIS ARECHEDERRA

SUMARIO

I • TEXTO DEL DECRETO DE LORD ABERNETHY. II • COMENTARIO.
1. La subsistencia en Escocia del matrimonio «by cohabitation with habit and repute»: la Marriage (Scotland) Act 1939. 2. Los matrimonios irregulares en la Marriage (Scotland) Act 1977. 3. Propuestas de política legislativa. A. El Informe de la Scottish Law Commission de 1992. B. Anteproyecto (White Paper) del Ministerio de Justicia en Escocia sobre la familia (Parents and Children) del 2000. 4. Forma de constituir el matrimonio o medio de prueba del matrimonio. 5. La explicación de Clive. 6. La cohabitación pública y duradera en Escocia en concepto de marido y mujer por personas libres para contraer equivale al matrimonio, salvo prueba en contrario. A. Cohabitación pública y duradera. B. En Escocia. C. En concepto de marido y mujer. D. Por personas libres para contraer. E. Equivale al matrimonio, salvo prueba en contrario. 7. La cohabitación «with habit and repute» como estado de opinión (repute).

Maureen Connor o *Dewar* ejercitó la acción de *declarator*³ of *marriage* demandando en primer lugar a *Iain Prentice Rodgers Dewar* y en segundo lugar a *Evan Bentley Rodger Dewar*, mayor de edad, hijo de la de-

1. D. M. WALKER, *The Oxford Companion to Law*, Oxford 1980, p. 308. *Outer House*: primera instancia dentro del *Court of Session*, tribunal supremo en lo civil en Escocia.

2. 1995 Scots Law Times 467.

3. D. M. WALKER, *o. c.*, pp. 342-343. *Declarator*. En Derecho escocés, acción por la que se pretende que se declare que corresponde al demandado algún *status* o derecho. El *decree* (decreto) *of declarator* no confiere un derecho nuevo, sino que declara que al demandante le corresponde el *status* o derecho en cuestión. Se demanda al supuesto marido y al hijo mayor de edad, en cuanto puede afectarle.

mandante y del demandado en primer lugar. La prueba del pleito tuvo lugar ante el *Lord Ordinary*⁴ (*Abernethy*).

El 17 de agosto de 1994 el *Lord Ordinary* dictó un decreto de *declarator of marriage* según el cual, a fecha de 1 de febrero de 1975, quedó constituido el matrimonio entre la demandante y el demandado en primer lugar *by cohabitation with habit and repute*, reconociendo a la demandante el derecho a una pensión de 60 libras semanales más 50 libras semanales por cada uno de los dos hijos menores de edad.

I. TEXTO DEL DECRETO DE LORD ABERNETHY⁵

Mediante el ejercicio de esta acción la demandante pretende que se declare que ella y el primer demandado (en adelante, el demandado) están legalmente casados por cohabitación en el *45 Firhill Drive, 13 A St Bernard's Row, 34 Allan Park Crescent* y «*Leewood*», *5 Caroline Place*, todos ellos situados en Edimburgo, desde el 1 de enero de 1974 en adelante y por el *habit and repute* resultante. También solicita que se condene al demandado a la prestación de alimentos a favor de los dos hijos menores de 16 años y a favor de la propia demandante en virtud de ulterior acuerdo.

La demandante y el demandado se conocieron a comienzos de 1973. Ella tenía 23 años y él 19. La relación se consolidó rápidamente y en mayo la demandante quedó embarazada. Por entonces ella vivía con su madre en el *45 Firhill Drive* (Edimburgo) y él, también con su madre, en el *34 Vandeleur Avenue* (Portobello). Desde el primer momento el demandado se comprometió a costear tanto el mantenimiento de ella como del hijo que esperaba. Asimismo le compró en una joyería de Portobello un anillo que desde entonces ella usó como anillo de boda. Por su parte, ella se consideró comprometida con el demandado desde aquel momento y se refería a sí misma como la señora *Dewar*. Durante este primer período el demandado visitó con frecuencia a la demandada en la casa de la madre de ésta, mientras él, por su parte, residía con la suya.

4. D. M. WALKER, *o. c.*, p. 785. Juez único de la *Court of Session* en primera instancia.

5. Lord Abernethy se expresa a lo largo de toda la sentencia en primera persona del singular. Por ello puede resultar extraño a un lector no habituado frases como: «no me convenció» o similares.

El 20 de enero de 1974 la demandante dio a luz un niño al que se le impuso el nombre de *Evan Bentley Rodger Dewar*. Su nacimiento fue inscrito por la demandante y por el demandado como su madre y padre. La demandante firmó con su apellido —*Connor*— de soltera. El demandado firmó como *Iain P R Dewar*.

Tras el nacimiento la demandante y el demandado continuaron viviendo como antes. Ahorran para poder adquirir su propia casa. A fines de 1974 el demandado compró un piso en el *13 A St Bernard's Row*. El piso requería alguna reparación y decoración de las que se ocupó personalmente el demandado. Estaba muy orgulloso de su nuevo hogar. Cuando estuvo en condiciones se trasladaron a él la demandante, el demandado y *Evan*, viviendo como una familia.

En 1977 el demandado compró una casa en el *34 Allan Park Crescent*. Como requería cierto acondicionamiento, mientras éste se llevó a cabo, la demandante y *Evan* vivieron con su madre, y el demandado con un amigo. Esta situación se prolongó durante cuatro o seis semanas. No fue una separación propiamente dicha. Antes de su ruptura final la demandante y el demandado se separaron en dos ocasiones en las que previamente el demandado golpeó a *Evan*. Una de ellas cuando vivían en *Allan Park Crescent*. La otra cuando vivían en *Leewood*. La primera vez la separación duró una semana. La segunda, aproximadamente un mes.

A finales de 1977 el demandado y la demandante se instalaron en el *34 Allan Park Crescent* con *Evan*. Viviendo allí nació su segundo hijo el 8 de octubre de 1979. El periódico *The Scotsman* dio noticia del nacimiento estando aún la demandante hospitalizada. La noticia decía así:

«*Dewar*.— El 8 de octubre de 1979 en el *Simpson Memorial Maternity Pavillon*, para *Iain* y *Maureen* (nacida *Connor*), un hijo, *Howard Watson*; un hermano para *Evan*. Gracias a todo el personal del hospital»⁶.

La información para la publicación de la noticia la facilitó el demandado. Cuando se inscribió el nacimiento, el niño figuró como *Aidan Howard Watson Dewar*. *Howard* fue el nombre elegido por el padre, pero la madre prefirió *Aidan*. *Watson* era un nombre muy usado en la familia del padre. El nacimiento se inscribió a solicitud tanto de la madre como

6. *The Scotsman*, Friday, October 1979, p. 28.

del padre. La madre aparece con su apellido de soltera: *Connor*. La fecha y el lugar del matrimonio de los padres quedaron en blanco. La demandante firmó como *Mrs. Dewar*. También firmó el demandado.

La demandante y el demandado residieron con sus dos hijos en el 34 *Allan Park Crescent* hasta que se mudaron —en 1980 ó 1981— al 67 *Clermiston Road*, que posteriormente pasó a ser el 5 *Caroline Place*. La casa era conocida como *Leewood*. Allí residieron hasta su separación en 1983. Inicialmente el demandado dejó *Leewood* quedando en ella la demandante y los hijos. Pasado un año, la demandante y los hijos se trasladaron a un piso en el 37 *Ivy Terrace* y el demandado retornó a *Leewood*. El piso del 37 *Ivy Terrace* lo adquirió el demandado como una inversión. Como no reunía las condiciones necesarias para vivienda de la demandante y sus hijos, el demandado se comprometió a adquirir un piso para ellos en el 29 *Dovecot Grove*. Él mismo se ocupó de la compra y de la hipoteca. Tanto la propiedad como la garantía del pago se adquirió y constituyó a nombre de *Maureen Dewar*. La correspondencia de los *solicitors* relativa a dicha negociación se remitió a la demandante como *Maureen Connor*. Los *solicitors* fueron los mismos que gestionaban los asuntos del demandado. Más adelante me referiré a ellos.

Aunque se separaron en 1983, la demandante y el demandado continuaron viéndose. En 1987 tuvieron otro hijo: una niña llamada *Kimberley* nacida el 11 de agosto de 1987. El demandado no quiso saber nada de la inscripción del nacimiento. La demandante se ocupó de la misma figurando con su apellido de soltera: *Connor*. También en esta ocasión, la fecha y el lugar del matrimonio de los padres quedaron en blanco. Pero la demandante firmó como la señora *Dewar*. Aunque la niña es conocida como *Kimberley Dewar* el registrador impuso que la niña se inscribiese con el apellido *Connor*.

Desde 1973 la demandante fue usualmente conocida como la señora *Dewar*. Desde entonces, para los vecinos y amigos, que ignoraban que entre ellos no había mediado la celebración del matrimonio, ella fue la señora *Dewar* y ambos marido y mujer. Ella se refería al demandado como su marido y él a ella como su esposa. Recibían el correo a nombre del Sr. y la Sra. *Dewar*. En 1978 mandaron a *Evan* al *George Watson's College*. En diversas ocasiones acudieron juntos al colegio. A su vez el colegio se dirigía a ellos como el Sr. y la Sra. *Dewar*. Hasta que cumplió 16

años *Evan* no supo que sus padres no habían celebrado formalmente el matrimonio. Hasta entonces supuso que era una pareja normalmente casada. No tenía razón alguna para pensar de otro modo.

Sus familiares más cercanos —excepción hecha de los hijos— estaban al cabo de la calle. A pesar de ello la familia de la demandante los consideraba marido y mujer. Cuando la demandante quedó embarazada de *Evan* advirtieron a su hermana, *Joan*, que deseaban ser tratados como marido y mujer. La relación con la familia del demandado fue distinta. Por entonces su padre ya había muerto y su familia estaba integrada por su madre y sus dos hermanas mayores, ya casadas. El demandado y sus hermanas fueron educados según lo que ellos mismos describían como mentalidad victoriana de su madre sobre el matrimonio, el sexo y otras cuestiones. Se les educó para conseguir un trabajo, ahorrar, casarse y traer hijos al mundo y precisamente en este orden. El demandado era consciente de que su familia se escandalizaría de lo que había hecho. No comunicó a su familia el nacimiento de *Evan* hasta que éste cumplió tres meses. Entonces se lo dijo a su hermana *Mrs. Thelma Swan*. Su madre y su hermana *Jacqueline* se enteraron más tarde. A todas ellas les contrarió que un miembro de su familia tuviese un hijo fuera del matrimonio. Para ellos se trataba de un hijo ilegítimo. En cuanto lo supieron borraron al demandado de su agenda social. La relación de la familia del demandado con la demandante fue muy escasa a pesar de que les constaba que continuaban viviendo juntos. Los contactos fueron muy esporádicos. Nunca la aceptaron como una de su familia.

Prestaron testimonio un buen número de testigos. Me referiré en primer lugar a la demandante y al demandado. Sin duda alguna la demandante fue un testigo digno de crédito. Aunque su memoria era algo vacilante en algunas cuestiones, en las esenciales me pareció fiable. Además en lo esencial su testimonio fue corroborado por el de otros testigos dignos de crédito. Su explicación de por qué ella y el demandado no contrajeron formalmente matrimonio me resultó convincente. Antes del nacimiento de *Evan* sopesaron la posibilidad de contraer matrimonio. Pero llegaron a la conclusión de que realmente su situación era similar a la que resulta de la celebración formal. No volvieron sobre el tema porque se consideraron casados desde que el demandado compró el anillo y se lo dio a la demandante. Socialmente se presentaban como casados. In-

cluso pensaron hacer el típico viaje: tuvieron en mente ir a Francia. Pero siendo *Evan* tan pequeño la demandante no quiso dejarlo. En cierta ocasión en la que se produjo cierta tensión entre ellos volvió a salir el tema. No le di ninguna importancia. Desde entonces no se volvió a replantear la cuestión.

El testimonio de la demandante me pareció más convincente que el del demandado. En conjunto el testimonio del demandado me decepcionó. Evasivo y falto de veracidad en muchos aspectos. Frecuentemente contradictorio. En un buen número de ocasiones admitió a regañadientes lo que consideraba contrario a sus intereses tras ser repreguntado sobre lo que inicialmente no respondió con claridad. Dio la impresión de haber buscado el mejor mundo posible. Por un lado deseaba un hogar y una familia maravillosos y durante años los tuvo. Admitió que el Sr. y la Sr. *Hill* (sobre la que volveré más adelante) les considerasen a la demandante y a él como marido y mujer dada su forma de vida (*from they way we lived*). Admitió que sus hijos no tuviesen motivo para sospechar que la situación no fuese normal. Vivió «a cama y mesa» (*at bed and board*) con la demandante y sus hijos. Se comportó como cabeza de familia y presentó socialmente a la demandante como su esposa y no como la madre de sus hijos. Los mantuvo económicamente en un buen nivel. Sin embargo, al mismo tiempo, él y sus amigos trasnochaban con frecuencia hasta altas horas o se pasaban la noche bebiendo y con alguno de ellos se fue de mujeres. Como él mismo reconoció no era un ángel. No obstante siempre volvió a casa y ocultó a la demandante sus aventuras. Tuvo un singular *affair* con *Joan*, hermana de la demandante, en 1978 antes de que *Joan* contrajese matrimonio. Aunque el demandado no lo consideró un adulterio ocultó esta relación clandestina a la demandante. Conviene recordar cómo en esta —al igual que en otras— peculiar relación se comportó el demandado respecto a la demandante.

Especialmente importante fue el testimonio de *Evan Dewar*. A pesar de ser el demandado en segundo lugar la propia demandante le citó para testificar. Tiene en la actualidad 20 años. Aunque en el momento de la separación de sus padres sólo tenía 9 años, recuerda la época en la que vivían todos juntos. Si bien por entonces no le constaba si sus padres habían contraído matrimonio formalmente, nunca lo dudó. Para él la relación de sus padres era como la relación de los padres de sus ami-

gos. Jamás pensó que su madre pudiese ser conocida de forma distinta a *Maureen Dewar*. Recuerda cómo el demandado se refería a la demandante como su esposa o cómo *John Forsyth*, socio de su padre, se refería a ella como «la esposa de Iain». No supo hasta los 16 años que sus padres no habían contraído formalmente matrimonio. Su madre lo estaba pasando mal y él le sugirió que se divorciase. Fue entonces cuando descubrió la verdad. Aún así siguió considerando a sus padres casados. Desde los 16 años hasta un día o dos antes de prestar testimonio, *Evan* trabajó con su padre. No acudió al trabajo durante el proceso. Se encontraba en una situación difícil. A pesar de ello prestó su testimonio con claridad y sosiego. En el turno de repreguntas no vaciló. Su testimonio no me ofrece la más mínima duda.

Me convenció el testimonio de la señora *Joan Ramage*, hermana de la demandante. Especialmente por la franqueza con la que abordó su *affair* con el demandado en 1978. Entonces no estaba casada. Lamentó lo ocurrido. Tanto ella como el demandado lo consideraron como un adulterio. Su testimonio fue especialmente importante porque corroboró la versión de la demandante sobre lo acaecido antes y poco después del nacimiento de *Evan*. *Douglas Ramage*, su marido, al que conoció en 1979 y con el que se casó en 1980, fue igualmente convincente. Conoció a la demandante antes de casarse con su hermana y le presentaron al demandado como su marido. Siempre la conoció por el apellido *Dewar*. Él mismo los presentó —a la demandante y al demandado— a los invitados a su boda como el Sr. y la Sra. *Dewar*. Cuando vivían en *Allan Park Crescent* los visitó con frecuencia. Vivían como una familia normal. En cierta ocasión, estando allí, contestó a una llamada telefónica de la supervisora del *George Watson's Collegue* preguntando por la señora *Dewar*. Después de la separación supo que no habían contraído matrimonio formalmente. Le sorprendió, pero siguió considerándolos una pareja casada.

También testificaron el Sr. y la Sra. *Hill*, a la que me refería anteriormente. La señora *Hill* era una antigua vecina y amiga de la demandante. Sin embargo, sólo tras la separación de la demandante y del demandado llegaron a intimar. Conoció al demandado en casa de la madre de la demandante, siendo *Evan* un niño. Supuso que vivían allí y que estaban casados. No recordaba con precisión cuándo la demandante comenzó a usar el apellido *Dewar*, pero desde su traslado a *St. Bernard's Row*

fueron, sin duda, conocidos como el *señor* y la *señora Dewar*. A partir de entonces la *señora Hill* vio muchas veces a la demandante a pesar de que el *señor* y la *señora Hill*, como matrimonio, tuvieron poco trato con la demandante y con el demandado. También trabó amistad con los hijos de la demandante. Hasta que esta última entabló la presente acción —ahora hace dos años— no supo que no habían contraído matrimonio formalmente. Antes no advirtió el menor atisbo de ello. El *señor Graham Hill* conoció a la demandante en 1974 ó 1975 en el piso de *St. Bernard's Row*. Su esposa se la presentó como *Maureen Dewar*. Por la misma época conoció al demandado. Se presentaron como pareja casada. Su esposa y él (*señor* y *señora Hill*) los visitaron en *St Bernard's Row* y en sus posteriores domicilios. Su comportamiento era el propio de un matrimonio y como tal los consideró. Aunque se sorprendió cuando supo que no se habían casado formalmente siguió considerándolos matrimonio. Este testimonio me pareció convincente y como tal lo asumí.

Peter Martin testimonió convincentemente a favor de la demandante, aunque desde otra perspectiva. Fue amigo y socio del demandado y compartió con él momentos de vida extrafamiliar fuera del hogar. Se conocieron en 1978. El demandado le dijo que tenía esposa y como tal se la presentó no sólo a él sino también a otros. También le comentó que su familia política (*his in laws*) no le agradaba. Llegaron a ser íntimos. El *señor Martin* y esposa hicieron vida social con la demandante y el demandado. Con frecuencia el *señor Martin* acudía a su casa. Posteriormente se enteró de que no había «papeles» (*bit of paper*) pero no por ello cambió su actitud respecto de ellos. Siempre conoció a la demandante como *Maureen Dewar*. Recordaba el nacimiento de *Aidan* y corroboró que la noticia del mismo publicada por *The Scotsman* fue posible gracias a la información dada al periódico por el *señor Dewar*. Según él todos los que se encontraban en el entorno trataban a la demandante como la *partner* y esposa del demandado. A la pregunta de por qué los consideraba en situación matrimonial respondió que porque compartían la misma cama, comían en la misma mesa, tenían hijos comunes y compartían negocios juntos. Lo último lo entendí como una alusión a la sociedad *Connor Spence & Co.*, sociedad constituida por el demandado y su socio *John Forsyth* utilizando los apellidos de solteras de la demandante y de la *señora Forsyth*. Su objeto era la importación de bienes de Irlanda y según el demandado se escogió el nombre porque sonaba «*Irish*». La denomi-

nación social aparecía en la puerta de *Leewood*. Creí entender que la demandante y la señora *Forsyth* no tomaron parte en dicha sociedad.

Hice mío el testimonio de *Peter Martin*, así como el de su esposa, *Jeanette Martin*, de la que actualmente está separado. Su testimonio fue similar al de su marido. La señora *Martin* se enteró de que la demandante y el demandado no habían contraído matrimonio formalmente cuando se separaron hará ahora ocho años.

Antes de considerar los testigos del demandado, me referiré al *Dr. Stewar Broadwood*, médico de cabecera de la demandante desde 1978, aunque no del demandado. Para él la demandante siempre fue la señora *Maureen Dewar*. Incorporé su incontrovertido testimonio.

Las dos hermanas del demandado, la señora *Thelma Swan* y *Jacqueline Dewar* (anteriormente señora *Downes*) testificaron en su favor. Ya me referí al disgusto que se llevaron cuando supieron que el demandado ha sido padre de un niño, *Evan*, fuera del matrimonio. Se enteraron cuando *Evan* tenía algunos meses. La señora *Swan* tuvo poco trato con la demandante y el demandado tras el nacimiento de *Evan*. Sólo excepcionalmente los visitó cuando vivían juntos. Reconoció que su opinión, acerca de cómo se habían desarrollado las cosas, afectó a la consideración que le merecía la relación entre la demandante y el demandado. Desaprobó la forma de vida de su hermano y el modo en que la demandante y el demandado trajeron hijos al mundo. Según ella la demandante nunca ostentó la condición de esposa del demandado. Rechacé esta apreciación. Me parecieron más convincentes otras en sentido contrario. Sin embargo, admití sin dificultad que la señora *Swan* nunca considerase a la demandante como parte de su familia. No creo que sea contradictorio. Que no considerase a la demandante parte de la familia explica cuán poco sabía acerca de ellos. Cuando se enteró del nacimiento de *Evan* pensó que su relación fue una cuestión de alcoba. Tras referirse a la separación acaecida en 1983 afirmó que el demandado nunca tuvo una relación duradera con la demandante. No sabía quién era el padre de *Kimberley*. Se sorprendió al enterarse de que el demandado era el padre. También dijo que nunca conoció a la demandante por el apellido *Dewar*. No admití esta afirmación. Ella supo del nacimiento de *Aidan* por la noticia que del mismo dio *The Scotsman*. Cuando se le preguntó sobre este anuncio contestó que fue el marido de su hermana

(*John Downes*), que trabajaba en el periódico, quien lo puso. Admitió que *John Downes* se enteró, a su vez, por medio del demandado. Sabía que la demandante usaba un anillo de boda y no se extrañaría que quienes conociesen a la demandante la tomasen a ella y al demandado como marido y mujer. *Jacqueline Dewar* dijo que supo de la existencia de *Evan* cuando éste tenía cinco meses. El demandado se lo comunicó a la señora *Swan* y ésta a su madre y, a su vez, ésta se lo comunicó a ella (*Jacqueline*). Sin embargo no lo vio hasta que tuvo al menos cuatro o cinco años con ocasión de una reunión familiar en *Leewood*. Salvo en esta ocasión nunca visitó a la demandante y al demandado mientras vivieron juntos. No tuvo contacto alguno con la demandante durante este tiempo. Ni siquiera sabía que el demandado vivió en un piso en *St. Bernard's Row*. Creyó que lo compró para hacer dinero con él. Ocasionalmente el demandado la visitó a ella y a su marido pero ellos no le devolvieron la visita. Según declaró, su familia no juzgó decorosa la situación en la que se hallaban la demandante y el demandado, ya que según la mentalidad de su madre era algo que no debía haber ocurrido. Sus parientes que vivían en el sur no conocían la existencia de *Evan* y *Aidan*. Dicho esto, admitió, sin embargo, que sabía que la demandante llevaba un anillo de boda y que usaba el apellido *Dewar* desde que tuvo un hijo. Tras la separación estuvo más en contacto con la demandante. Entonces tuvo más simpatía por ella. En 1987, cuando nació *Kimberley*, llevó a su madre al hospital para visitar a la niña. También recurrió a la demandante cuando su propio matrimonio quebró hacia 1988 y 1989. Conversó con ella acerca de los problemas relacionados con su ruptura. La demandante fue muy comprensiva. Se portó con ella mejor que ella con su hermana, la señora *Swan*. Esto me pareció muy significativo. Dio la impresión de que ella buscó a alguien con una experiencia similar y que fuese más comprensiva.

Carezco de motivos para poner en duda la sinceridad de estas dos señoras. Describieron las cosas tal como las captaron. Pero su representación mental de la relación entre la demandante y el demandado era claramente incompleta. Su opinión sobre la demandante, en el período en el que vivió con el demandado, estaba influenciada por la absoluta descalificación que ellas y su madre sentían respecto de la relación del demandado con la demandante, especialmente por el hecho de tener hijos fuera del matrimonio.

También testificaron *John Forsyth*, durante años socio del demandado, y su esposa, *Carol*. Según el primero, él y el demandado comenzaron a trabajar juntos en 1973 o 1974 y fueron socios hasta 1977. A menudo salían solos. Ocasionalmente en parejas, el señor y la señora *Forsyth* con el demandado y la demandante. A veces se sumaban el señor y la señora *Martin*. El señor *Forsyth* conoció a la demandante en 1974 tras el nacimiento de *Evan*. El demandado vivía entonces con su madre en *Vandeleur Avenue*. Cuando compró el piso en *St. Bernard's Row* lo visitó allí de vez en cuando. Para él el demandado y la demandante eran, respectivamente, *boyfriend* y *girlfriend*, no marido y mujer. Desde el primer momento supo que no habían contraído matrimonio formalmente. El señor *Forsyth* me causó la impresión de estar en guardia y evasivo cuando testificó. Parecía estar muy interesado en poner de manifiesto el alegre estilo de vida del demandado y cómo frecuentemente pasaba noches enteras fuera de casa. Con dificultad y a regañadientes admitió que las casas en *St Bernard's Row* y *Allan Park Crescent* (supongo que *Leewood*) fueron su hogar y que vivió en ellas en familia con la demandante y sus hijos. También admitió que el estilo de vida del demandado no hubiese sido necesariamente distinto si él y la demandante hubiesen contraído matrimonio formalmente. Lo que hizo el demandado podían haberlo hecho hombres casados, como así lo hizo el propio señor *Forsyth* y *Peter Martin*.

La señora *Forsyth* conocía al demandado desde hace 20 años. Conoció a la demandante cuando *Evan* era un niño. La demandante residía entonces con su madre. El demandado a veces estaba allí o con su madre o en otro lugar. Cuando se trasladaron al piso de *St. Bernard's Row* fue cuando comenzó a considerarlos como *boyfriend* y *girlfriend*, no como marido y mujer. Desde el primer momento supo que no habían contraído formalmente matrimonio. Los conoció como *Iain* y *Maureen* y durante mucho tiempo no supo el nombre de soltera de la demandante. Admitió, sin embargo, que pudo haberles enviado felicitaciones navideñas a nombre del señor y la señora *Dewar*. No le sorprendió que el señor y la señora *Martin* conociesen a la demandada como *Maureen Dewar*. Hizo mención de un hecho singular. Tuvo lugar cuando acompañó a la demandante y sus hijos durante un fin de semana en *Aviemore*. La demandante dio en la recepción del hotel su apellido de soltera *Connor*. La señora *Forsyth* se sorprendió porque estaban presentes los chicos. Suponía

que usaría el apellido *Dewar*. Se preguntó acerca de la posible reacción de los chicos. Aunque la demandante mencionó este fin de semana en su testimonio —tuvo lugar en 1983 poco antes de su separación— nunca fue interrogada sobre este extremo. Tampoco se interrogó acerca de ello a *Evan Dewar*. En estas circunstancias y teniendo en cuenta testimonios en sentido contrario sobre el apellido que usaba la demandante no puedo aceptar que en esa ocasión usase el apellido *Connor*. Es más, lo verdaderamente relevante es la sorpresa de la señora *Forsyth*. Indudablemente esperaba que usase el apellido *Dewar* al menos ante sus hijos. No aclaró por qué sólo cuando estuviesen presentes sus hijos.

Por último testimoniaron tres amigos del demandado que tomaron parte en lo que hemos descrito como su alegre estilo de vida: *Peter Shearer*, *John Laporte* y *Keith Stephens*. No me convenció el testimonio de ninguno de ellos. *Peter Shearer* dio, inicialmente, la impresión de haber sido amigo íntimo del demandado durante 30 años ininterrumpidamente y que sabía mucho por conocimiento propio sobre la relación del demandado con la demandante. Sabía que no habían contraído formalmente matrimonio. Según él no vivían juntos como marido y mujer. Sin embargo en el turno de repreguntas reconoció que habían reñido frecuentemente y que hubo períodos —uno de dos o tres años a finales de los setenta— en los que no se habían visto. También reconoció que únicamente había estado una vez en el piso de *St. Bernard's Row*. Precisamente el día en el que el demandado se trasladó allí y el piso requería mucho trabajo para hacerlo habitable. No estuvo en el piso cuando el demandado y la demandante vivían juntos en allí. Ni estuvo en la casa que habitaron en *Allan Park Crescent*. Si le entendí bien sólo estuvo en *Leewood* una vez.

John Laporte trató al demandado durante 20 años. Se conocieron con ocasión del negocio de coches e intimaron. Conoció a la demandante en el piso de *St. Bernard's Row*. Se la presentaron como *Maureen*. No la tomó como esposa del demandado. Éste le dijo que no estaban casados. En años posteriores hizo mucha vida social con el demandado. Alguna vez, cuando el demandado y la demandante vivían en *St. Bernard's Row* salieron juntos con el señor *Laporte* y su *girlfriend*. Cuando esta última quedó embarazada y sopesaba la posibilidad de casarse con ella, el demandado se lo desaconsejó. Concretamente le dijo que el que estuyese

embarazada no era razón suficiente para hacerlo. El demandado afirmó que él nunca se casaría. Su punto de vista sobre esta cuestión estaba definido con fuertes trazos según el señor *Laporte*. Mientras el demandado y la demandante vivieron en común salieron juntos con frecuencia. Pero desde que dejaron *St. Bernard's Row* no vio mucho a la demandante. Esporádicamente al acompañar al demandado en su regreso al «hogar» —expresión por él utilizada— tras alguna francachela. Suponía que cuando el demandado volvía a casa iba con su *partner* e hijo. Pero no le dio la impresión de que viviesen juntos como una familia. El señor *Laporte* testimonió con gran desenvoltura y aparente franqueza. Pero no me convenció de que su descripción fuese correcta. Me pareció incompleta y sesgada.

Keith Stephens también conocía al demandado desde la infancia. En los últimos años de la adolescencia dejaron de verse pero después reanudaron el trato. El reencuentro tuvo lugar cuando el demandado y la demandante vivían en *St Bernard's Row*. Le presentaron a la demandada como *Maureen*. Aunque ya había nacido *Evan* el señor *Stephens* sabía que no estaban casados. El demandado se lo dijo. El señor *Stephens* era uno más del grupo de amigos del demandado que iban juntos por su cuenta. Fue él quien vendió *Leewood* al demandado. Poco después el señor *Stephens* se casó y dejó Edimburgo. El demandado le aconsejó no casarse. Ahora se arrepiente de no haberle hecho caso. Mientras vivió en Edimburgo estuvo con la demandante dos veces en su casa. Según él no llevaba anillo de boda. Cuando nació *Aidan* hizo de canguro con *Evan* —el demandado se alegró de tener otro chico— pero no se enteró del anuncio en el periódico. No advirtió que los hijos usasen el apellido *Dewar*. Tampoco recordaba qué apellido utilizaba la demandante. A pesar de ello creía poder afirmar que no vivían como una familia tradicional. No aclaró qué quería dar a entender, pero yo lo tomé por una alusión al tipo de vida que el demandado llevaba fuera de casa. Como ya dije no me convenció el testimonio del señor *Stephens*. De vuelta a Edimburgo vivía con el demandado en *Leewood*. Su testimonio, como el del señor *Shearer* y el señor *Laporte*, dio una descripción incompleta en desacuerdo con otros testimonios convincentes y en desacuerdo, también, con la prueba documental. Puso mucho empeño en subrayar que el demandado tuvo muchos domicilios aunque finalmente admitió de mala gana que donde vivió con la demandante tuvo su hogar.

Me referiré ahora a la prueba documental. Mientras vivieron juntos, el demandado adquirió diversas propiedades como inversión con el objeto de revenderlas posteriormente. Estas propiedades se adquirieron a nombre de *Maureen Connor*. Sobre la demandante como persona soltera no podía recaer ninguna responsabilidad que afectase a dichas propiedades. En principio el demandado sugirió que aquéllo constituía una sociedad entre él y la demandante. Posteriormente se volvió atrás señalando que lo único que hacía la demandante era buscar en los periódicos ofertas interesantes. El resto corrió a cargo del demandado. La demandante no tuvo parte en ello. El *37 Ivy Terrace* no fue una de estas propiedades. En el título de adquisición figuraba *Maureen Connor*. Significativamente, sin embargo, el recibo de los honorarios del *solicitor* por las gestiones de la compra le fue remitida a la demandante como *Maureen Dewar*. Según el demandado esto se explica porque tras la separación la demandante comenzó a utilizar el apellido *Dewar*. No admití este razonamiento. Contraviene otra prueba digna de crédito. Se contradice, además, con otras alegaciones del propio demandado.

No pretendo analizar toda la prueba documental. Hay dos cuestiones que merecen especial atención. En primer lugar el anuncio del nacimiento de *Aidan* en *The Scotsman*. El demandado negó haberlo encargado él. Según él podía haber sido iniciativa de algún miembro de «mi familia». El único candidato posible era *John Downes*, casado entonces con *Jacqueline Dewar*, hermana del demandado. Ella misma creía que había sido cosa de *John Downes*. La señora *Swan* también afirmó que fue él quien lo hizo. Ahora bien, como *John Downes* no declaró no hay por qué excluir que lo hiciese el demandado. La que no fue, sin duda, era la demandante, ya que se encontraba en el hospital y el nombre *Howard* no le agradaba. Por el contrario, el demandado quería ponerle el nombre *Howard*. Según él esto lo sabía todo el mundo. Lo que indudablemente no sabía todo el mundo es que el segundo nombre debía ser *Watson*, nombre usado en la familia del demandado. Esta decisión únicamente la pudo tomar el demandado que sabía que el niño habría de tener ese nombre. Siendo esto así, estoy en condiciones de deducir que la información para el anuncio la dio el demandado que designó a la demandante como *Maureen Dewar* (de soltera *Connor*).

En segundo lugar, el acta de nacimiento de *Aidan*. La demandante y el demandado inscribieron conjuntamente el nacimiento. Ambos

firmaron el acta. Supongo que la firmaron después de que el registrador cumplimentase todos los extremos del acta. La demandante figura como *Maureen Dewar* (de soltera *Connor*). Ello a pesar de que los espacios correspondientes a la fecha y el lugar del matrimonio de los padres se dejaron en blanco. La demandante firmó a continuación como *M. Dewar* y el demandado como *Ian PR. Dewar*. En mi opinión esto es significativo no sólo en sí mismo sino también en contraste con el acta de nacimiento de *Evan*. Y todo ello, junto con la noticia en *The Scotsman*, pone de manifiesto que al menos por entonces la demandante y el demandado estaba manifestando a todo el mundo que eran marido y mujer.

Las *Institute de Erskine* (I vi 6)⁷ exponen el derecho sobre el matrimonio *by cohabitation with habit and repute* como sigue: «se presume o infiere el matrimonio a partir de la cohabitación o hecho de vivir juntos a lecho y mesa, unida al hábito de considerarse y ser considerados marido y mujer».

Como observó *Lord Justice Clerk Thomson* en *Nicol v. Bell*⁸ el derecho acerca de esta cuestión no plantea dificultad alguna; la dificultad estriba en la aplicación a los hechos. Sin embargo, en este caso, he llegado a la clara conclusión de que la demandante ha logrado probar lo suficiente como para sobre ello establecer la presunción de matrimonio *by cohabitation and repute*. No se discute que ella y el demandado vivieran juntos a mesa y cama durante muchos años y se ha probado convincentemente su reputación como marido y mujer. El testimonio de todos los que no sabían que no habían contraído formalmente matrimonio así lo indica. Entre los que sabían o se enteraron que no habían contraído matrimonio formalmente, unos los consideraron o siguieron considerándolos marido y mujer. Otros no; pero en realidad estos últimos formaron su opinión a partir del dato de que la demandante y el demandado no habían pasado por una ceremonia. En cualquier caso, incluso estos últimos testigos admitieron que las diversas casas (*houses*) que el demandado compartió con la demandante durante muchos años fueron su hogar (*home*) y que él vivió en ellas, en familia, con *Maureen*. El abogado del demandado advirtió que aún en el caso de que yo concluyese que la prue-

7. D. M. WALKER, o. c., p. 429. *Erskine, John, of Carnock* (1695-1768). *The Institutes of the Law of Scotland* (1773, publicación póstuma. Octava edición en 1870).

8. *Nicol v. Bell* (18th March 1954) 1954 *Scots Law Times* 314.

ba justificaba la presunción de matrimonio, ésta había sido, previamente, destruida. La prueba puso de manifiesto, según el abogado, que el demandado declaró a varios testigos que estaba en contra del matrimonio. Rechazo la objeción. Admito sin dificultad alguna que el demandado en ocasiones se expresase en contra del matrimonio. Aunque nunca se aclaró el contexto en el que lo dijo, me basta con saber que fuesen cuales fuesen sus palabras no fue esa su voluntad. Esas palabras están completamente en desacuerdo con sus propios actos a lo largo del tiempo. Sus hechos son mucho más expresivos que cualesquiera palabras de ese tipo. A mi juicio el demandado se mostró a todo el mundo como un hombre casado, como cabeza de la familia *Dewar* viviendo en familia con la demandante y sus hijos. Presentó a la demandante como su esposa y permitió que ella se presentase como tal. Sin duda su conducta no fue la propia de un marido ideal. Pero son muchos los hombres casados perfectamente equiparables con el demandado. No es ninguna novedad que hombres casados se junten con sus amigos para beber o ir de mujeres. No hay nada ni en las palabras ni en la conducta del demandado que resulte incompatible con el hecho de haberse comprometido matrimonialmente con la demandante. Por lo tanto no admito que la presunción de matrimonio que se deriva de la prueba haya sido destruida.

La siguiente cuestión es determinar la fecha a partir de la que comenzó (*began*) el matrimonio. No siempre es fácil. Como dijo *Lord Justice Clerk Thomson* en el caso *Nicol v. Bell* (p. 319): «no siempre es posible para el tribunal que finalmente pronuncia un *decree of declarator* elegir con cierta seguridad el hecho o acontecimiento que indique el momento en que la unión de las partes se consolidó en matrimonio. Por razones prácticas el tribunal ha de hacer lo que pueda para señalar un punto en el tiempo».

En este caso, aunque me consta que el demandado compró a la demandante un anillo de boda y se consideraron marido y mujer, dándose a conocer como el señor y la señora *Dewar*, antes del nacimiento de *Evan*, no estoy seguro de que la cohabitación y reputación tuviesen la entidad suficiente como para afirmar que el matrimonio comenzó entonces. Las cosas cambian cuando comienzan a vivir juntos en el piso de *13 St. Bernard's Row*. Esto ocurrió a fines de 1974 o comienzos de 1975. Parece correcto, por tanto, señalar el 1 de febrero de 1975 como fecha del matrimonio.

Paso ahora a examinar la petición de alimentos [Su Señoría consideró las circunstancias económicas de las partes y concedió a la demandante una pensión alimenticia de 60 libras semanales, más 50 libras semanales por cada uno de los hijos menores, teniendo en cuenta que el demandado continuaría pagando el colegio al segundo hijo].

II. COMENTARIO

1. *La subsistencia en Escocia del matrimonio «by cohabitation with habit and repute»: la Marriage (Scotland) Act 1939*

La finalidad perseguida por la *Marriage (Scotland) Act 1939* era la abolición de los matrimonios irregulares en Escocia. El Gobierno constituyó una Comisión para la elaboración de un Informe acerca del Derecho de Escocia sobre la constitución del matrimonio⁹. Después de describir las modalidades de matrimonios irregulares entonces vigentes en Escocia¹⁰, el Informe recomendó la abolición de todas¹¹.

Sin embargo, el Proyecto de Ley del Gobierno recogió sólo parcialmente esta recomendación. Establecía la nulidad para el futuro de los matrimonios irregulares por consentimiento *de praesenti* y por promesa *subsequente copula*. Pero silenciaba el matrimonio por *habit and repute*.

En la discusión del Proyecto en la Cámara de los Lores se presentó una enmienda tendente a, conforme el Informe de la Comisión, lograr la supresión total de los matrimonios irregulares, incluyendo, por tanto, en la cláusula derogatoria el matrimonio por *habit and repute*¹²: «el Lord enmendante propone abolir el *marriage by cohabitation, habit and repute*. Es cierto que lo recomendó el *Departmental Committee*. Sin embargo, tras un exhaustivo estudio se llegó a la conclusión de que esta forma de ma-

9. *Report of the Departmental Committee Appointed to Enquire into the Law of Scotland relating to the Constitution of Marriage*, Londres 1937.

10. *Report ...*, p. 12. *Marriage by habit and repute*.

11. *Report ...*, p. 16. *Recommendations IV Irregular marriage*: «A) Que a partir de la fecha que fije el Parlamento, sea nulo el matrimonio celebrado en Escocia según las modalidades del Derecho escocés conocidas como matrimonio: 1. por consentimiento *de praesenti*, 2. por promesa *subsequente copula*, 3. por *habit and repute*».

12. Enmienda presentada por Lord Alness. *The Parliamentary Debates (House of Lords). Official Report. First Volume of Session 1938-39. Wednesday, 14th Decembre 1938*, pp. 545-569.

trimonio debería conservarse. Trataré de explicar al Lord enmendante las razones por las que creemos que su enmienda no debe prosperar»¹³.

Tras el debate la enmienda fue retirada. El texto definitivo de la Ley corresponde plenamente al texto del Proyecto. De ahí que la erradicación de los matrimonios irregulares por la *Marriage (Scotland) Act 1939* no sea absoluta. Subsistirá este tipo de matrimonio irregular. Y ciertamente no por descuido.

2. *Los matrimonios irregulares en la Marriage (Scotland) Act 1977*¹⁴

Como la *Marriage (Scotland) Act 1939* no suprimió totalmente los matrimonios irregulares, el Derecho vigente en Escocia sigue ocupándose de ellos. Es decir, no excluye que se siga contrayendo matrimonio a su amparo.

La posibilidad de que *by cohabitation with habit and repute* dos escoceses resulten marido y mujer es tan real como el supuesto contemplado en el caso *Dewar v. Dewar* (1994), que acabo de exponer.

Y como la supresión del matrimonio por declaración *de praesenti* o por promesa *subsequente copula* entró en vigor el 1 de enero de 1940, sin carácter retroactivo, no se puede excluir que quienes en 1939 hubiesen alcanzado la edad de 16 años, quieran hacer valer un matrimonio contraído según las formas derogadas. Por tanto, conviene prever su inscripción. Obviamente el tiempo transcurrido hace difícil la subsistencia de personas así casadas. Pero si hoy no es imposible menos lo era en 1977, fecha de la *Marriage (Scotland) Act*.

Como el *Marriage by cohabitation with habit and repute* no fue suprimido, las hipótesis matrimoniales que de aquí resulten no están sometidas a caducidad.

La Sección 21 de la *Marriage (Scotland) Act 1977* prevé en consecuencia la inscripción de: a) un matrimonio *by cohabitation with habit and*

13. Palabras del ponente Lord Strathcona y Mount Royal. *The Parliamentary Debates* ..., p. 556.

14. *An Act to make new provisions for Scotland as respects the law relating to the constitution of marriage and for conected purpose* (26th May 1977). *Current Law Statutes Annotates*.

repute; o b) un matrimonio anterior al 1 de julio de 1940 por declaración de *praesenti* o promesa *subsequente copula*.

En el caso *Dewar v. Dewar* (1994) Lord Abernathy señala como comienzo del matrimonio el 1 de febrero de 1975, porque dicha modalidad de matrimonio irregular está vigente de modo incondicionado. Ahora bien, no se excluye la posibilidad de que hoy se declare la existencia de un matrimonio *per verba de praesenti*, o *per verba de futuro anterior* al primero de julio de 1940¹⁵. Ésta es por tanto de *lege data* la situación actual de los matrimonios irregulares en Escocia.

3. Propuestas de política legislativa

A. El Informe de la Scottish Law Commission de 1992¹⁶

Según su contenido «si un hombre y una mujer libres cohabitan en Escocia como marido y mujer durante un tiempo apreciable considerándose y siendo considerados como tales, se presume que han consentido en casarse, incluso tácitamente, y si no se destruye la presunción, se les considerará casados por *cohabitation with habit and repute*»¹⁷.

A la vista de los problemas que plantea se aconseja su supresión. Al tiempo que recomienda la regulación de la cohabitación como fenómeno no matrimonial¹⁸.

B. Anteproyecto (*White Paper*) del Ministerio de Justicia en Escocia sobre la familia (*Parents and Children*) del 2000¹⁹

La nueva configuración política de Escocia —*Scotland Act 1998*— ha supuesto, entre otras cosas, la recuperación del Parlamento

15. Por ejemplo, hombre y mujer nacidos en 1923, cumplen 16 años en 1939, y contraen matrimonio en diciembre de dicho año. Con 78 años pueden vivir ambos. En el año 2.023, en su caso, alcanzarán los 100 años.

16. *Scottish Law Commission. Report on Family Law*. Ordered by the House of Commons to be printed, 6th May 1992, Edimburgo.

17. *Scottish Law ...*, p. 63.

18. *Scottish Law ...*, pp. 115-127.

19. *Parents and Children. The Scottish Executive's proposal for improving Scottish Family Law*. law/pac-04.

del que se vio privada por el Tratado de Unión de 1707. El tema de la familia ha sido abordado en el contexto de las nuevas instituciones. La reflexión ha tomado como punto de partida el Informe de la *Scottish Law Commission* de 1992. Hay recomendaciones de este último que se asumen, otras que se rechazan. Entre las recomendaciones del Informe de 1992 que se rechaza está la relativa a la abolición del *marriage by cohabitation with habit and repute*. Según el Anteproyecto, a pesar de que la mayoría de las respuestas recogidas en una consulta previa se inclinan por su supresión, «no queremos perjudicar a quienes deseen beneficiarse con esta forma de matrimonio, por muy irregular que sea (*however irregular it may be*). Por ello, recomendamos conservarlo para un futuro inmediato»²⁰.

4. *Forma de constituir el matrimonio o medio de prueba del matrimonio*²¹

«En cualquier país el matrimonio es un contrato y el contrato un hecho que se puede probar directamente o a través de otra prueba que permita presumir el hecho. En Escocia, como más o menos en todo país, la *cohabitation with habit and repute* constituye una presunción de matrimonio»²².

«Ningún juez pretende que el matrimonio se constituye *by cohabitation with habit and repute* sino que consideran la prueba sobre este extremo como prueba de lo único que constituye el matrimonio, es decir, el consentimiento de las partes. De los términos empleados en alguna sentencia podría colegirse que en ella la *cohabitation with habit and repute* es considerada como un medio de constituir el matrimonio. A mi juicio es bastante claro lo que quieren decir los jueces, pero quizá no sea estrictamente correcto decir que es un modo de constituir el matrimonio. Es más bien un modo de manifestar a la sociedad que el consentimiento

20. *Parents ...*, o. c., p. cit.

21. D. I. C. ASHTON-CROSS, *Cohabitation with habit and repute*. *The Juridical Review. The Law Journal of the Scottish Universities*, 1961, pp. 21-31; E. M. CLIVE, *Void and voidable marriages in Scots Law*. *The Juridical Review. The Law Journal of the Scottish Universities*, 1968, pp. 209-237.

22. Lord Redesdale en *Cunninghams v. Cunninghams*. *House of Lords* (1814). *The Revised Reports edited by Pollock*, vol. XIV (1812-1815), Londres 1894, p. 199.

tácito, que del comportamiento de las partes infiere el Derecho, ya ha sido dado por ellos»²³.

La discusión, aunque explicable, no deja de ser bizantina. Supongamos que es sólo un medio de prueba y no un medio de contraer matrimonio. En cualquier caso, lo que ese medio de prueba prueba —valga la reiteración— es un matrimonio. Pues bien, ese matrimonio se ha contraído según el paradigma que contiene la descripción del medio de prueba.

En otros términos, si se admite esa prueba, se admite ese tipo de matrimonio. En definitiva, el matrimonio consensual contraído por consentimiento tácito. Lo realmente característico del matrimonio pretridentino o atridentino (Escocia) es la admisión no tanto del matrimonio no formal como la admisión del matrimonio privado. El matrimonio privado puede ser tanto expreso (*per verba de praesenti*) como presunto (*per verba de futuro subsequente copula*) o tácito (*by cohabitation with habit and repute*).

5. La explicación de Clive

Este autor señala lo siguiente: «*Cohabitation* y *repute* no constituyen por ellos mismos el matrimonio. En el Derecho de Escocia la conducta externa no origina el matrimonio. El solo consentimiento tampoco constituye el matrimonio. El matrimonio requiere tanto el elemento mental (el consentimiento mutuo para casarse) como el elemento fáctico y externo (en nuestros días, la celebración de un matrimonio regular o la *cohabitation with habit and repute*). Ambos son necesarios. Ninguno es suficiente. Si se prueba el elemento externo se presumirá que el consentimiento ha sido prestado, pero esta presunción puede ser rechazada. La teoría del consentimiento actual en el matrimonio *by cohabitation with habit and repute* consiste por tanto en que si un hombre y una mujer cohabitan como marido y esposa en Escocia durante considerable tiempo considerándose y siendo generalmente considerados marido y mujer, siendo libres para contraer matrimonio se presumirá *que han consentido*

23. Lord Westbury en *Campbell v. Campbell*. *House of Lords* (1867). *Cases decided in the Court of Session, Teind Court and House of Lords. Third Series*, vol. V, p. 140.

tácitamente en casarse y, si esta presunción no se destruye, estarán legalmente casados.

»Es muy importante advertir que si se dan los requisitos exigidos para el matrimonio *by cohabitation with habit and repute* el matrimonio existe sin necesidad de que lo declare un tribunal. Si se da la declaración, ésta se limita a declarar que ya había un matrimonio válido. La declaración no constituye el matrimonio. Esto es obvio si se considera que muchas declaraciones de un matrimonio *by cohabitation with habit and repute* se obtienen tras la muerte de uno de los contrayentes»²⁴.

Como vemos, y esto es fundamental, Clive no sólo admite un consentimiento tácito matrimonial, sino que lo exige. Estaríamos ante una declaración tácita de voluntad insospechada en nuestra cultura jurídica. Por otro lado, es obvio que nadie puede quedar vinculado sin su voluntad.

6. *La cohabitación pública y duradera en Escocia en concepto de marido y mujer por personas libres para contraer equivale al matrimonio, salvo prueba en contrario*

A. *Cohabitación pública y duradera*

Debe tratarse de una situación notoria que se prolongue en el tiempo. *Lord Abernathy* en el caso *Dewar v. Dewar* señaló como comienzo del matrimonio el 1 de febrero de 1975, a pesar de que la relación personal comenzó en 1973 y a pesar de que el 1 de enero de 1974 *Maureen Connor* dio a luz a *Evan*. Afectiva y personalmente la relación se había consolidado antes de la fecha señalada, pero ambos seguían viviendo con sus respectivas madres. «Las cosas cambian cuando comienzan a vivir juntos en el piso del número 13 de *St. Bernard's Row*. Esto ocurrió a fines de 1974 o comienzos de 1975»²⁵, y duró hasta 1983.

¿Qué tiempo se requiere? ¿Qué es una cohabitación duradera? «Los períodos primero y tercero totalizan aproximadamente 4 años y 10 meses que, a mi juicio, pueden constituir un tiempo suficiente de coha-

24. E. M. CLIVE, *The Law of Husband and Wife in Scotland*, third edition, Edimburgo 1992, pp. 51-52. En nota descalifica la opinión de *Ashton-Cross* (vid. nota 21) según la cual el matrimonio *by cohabitation with habit and repute* únicamente es un medio de prueba.

25. *Dewar v. Dewar* 95 S.L.T. 473 J.

bitación, siempre que su naturaleza y condición muestren que dicha cohabitación fue como marido y mujer»²⁶, decía, en fecha reciente, el juez del caso *Walker v. Roberts*.

B. *En Escocia*

«Los períodos de cohabitación a considerar son: primero, del 25 de octubre de 1989 —fecha del divorcio del demandante— a abril de 1994 en el que las partes fueron a Suiza; segundo, de entonces a marzo de 1995 tiempo que permanecieron en el extranjero; tercero, de entonces hasta el 5 de julio de 1995, fecha en la que se separaron. He llegado a la conclusión de que el segundo período no debe ser tenido en cuenta. La cohabitación exigida debe tener lugar en Escocia. La cohabitación es una manifestación esencial de la constitución del matrimonio por este método y debe tener lugar en Escocia para cumplir la *lex loci celebrationis*. La reputación (*repute*) es también esencial para la constitución del matrimonio y debe referirse a su percepción en Escocia»²⁷, en opinión del mismo juez citado.

C. *En concepto de marido y mujer*

«Según las costumbres vigentes no es nada fácil diferenciar la cohabitación como marido y mujer de la simple cohabitación. He llegado a la conclusión de que las partes, durante este tiempo, se han comportado más como una pareja moderna que como marido y mujer. Por las siguientes razones:

»*Primera*: el período de cohabitación previo al divorcio del demandante tuvo carácter adulterino y muestra el carácter de la cohabitación durante ese tiempo.

»*Segunda*: hay prueba suficiente de que durante la cohabitación no se comportaron como una pareja casada. La prueba, al tiempo que debilita la reputación (*repute*), me referiré a ello más tarde, evidencia circunstancias que consideradas en conjunto son más propias de una coha-

26. *Walker v. Roberts* (13 March 1998) 98 S.L.T. 1134 J.

27. *Walker v. Roberts* (13 March 1998), *o.c.*, p. cit. Siguiendo el precedente de *Dysart Peerage case* (1881) 6 App Cas 489.

bitación que de un estado marital. a) Las partes tuvieron cuentas bancarias separadas. b) Los bienes adquiridos durante la cohabitación se adquirieron a nombre de cada uno, no conjuntamente. Así como las dificultades habidas para adquirir *Meadowbank* puede explicar por qué se adquirió a nombre de la demandada, el hecho de que la explotación de la misma implicase, en alguna medida, una sociedad no sugiere sin más que existiese entre ambos una relación marital, especialmente cuando ambos explotaron *The Goh*, que era un negocio del demandante. c) la demandada no usó el apellido del demandante. La prueba documental lo pone de manifiesto. No se trata de una mujer que conserva su apellido por razones profesionales. Siguió usando el apellido *Roberts* en documentos oficiales tales como su pasaporte, la documentación del vehículo, permiso de conducir, seguros, cuentas bancarias, títulos de propiedad, seguro médico y nóminas, y en sus relaciones comerciales, como lo muestra los pagos de la electricidad o sus suscripciones a *Sky Tv*. Por el contrario cuando estuvo casada la demandada cambió su apellido de soltera por el apellido de su marido. Pero lo recuperó tras el divorcio y lo conservó durante la cohabitación».

El texto transcrito del caso *Walker v. Roberts* (13 March 1998)²⁸ muestra dos cosas. En primer lugar la necesidad de que la cohabitación sea a título de marido y mujer, tal vez como la posesión que habilita para la usucapión debe ser a título de dueño. En segundo lugar, que la cohabitación como *iter* constitutivo del matrimonio no se ha diluido —como podría pensarse— en el pujante mundo de las situaciones fácticas paramaritales.

Es más, la pretendida y fatal dualidad *boda-situación de hecho*, tan extendida hoy, se convertirá en un posible prejuicio de las personas que testifican que el juez deberá tener en cuenta para interpretar lo que los testigos narran²⁹.

D. *Por personas libres para contraer*

El matrimonio que se constituye *by cohabitation with habit and repute* tiene la consistencia matrimonial ordinaria. Es, por lo tanto, in-

28. *Walker ...*, case cit., p. 1135.

29. *Vosilius v. Vosilius* (6 April 2000) 2000 S.C.L.R. 679.

compatible con el vínculo matrimonial de cualquiera de los cohabitantes. Quien está casado no puede constituir, en tanto que casado, un nuevo matrimonio con tercera persona aunque cohabite con ella. Esto que es obvio conviene recalcarlo por dos razones. Primera, para discernir la cohabitación hábil de la cohabitación no hábil para la constitución del matrimonio. Segunda, para mostrar su incardinación en un sistema matrimonial preponderantemente formal. Ni la ecuación *matrimonio = boda*, ni la actualidad de lo meramente fáctico, hacen inviable —como podría pensarse— el matrimonio *by cohabitation with habit and repute*.

Es más, el vínculo previo es compatible con el matrimonio putativo. Ese matrimonio putativo que una mentalidad continental puede evocar llegando a este punto. La ignorancia del vínculo previo del «otro cónyuge» constituye la buena fe del cónyuge «inocente». Ignorancia que se exige en el momento de la celebración del «segundo matrimonio», ya que *mala fides superveniens non nocet*.

Disuelto el matrimonio previo por divorcio la cohabitación adquiere desde ese momento virtualidad constitutiva.

E. *Equivale al matrimonio, salvo prueba en contrario*

La cohabitación pública y duradera en concepto de marido y mujer constituye un núcleo fáctico familiar a partir del cual cabe establecer la constitución del matrimonio. Sobre un hecho probado —la cohabitación— se presume el consentimiento matrimonial tácito y, por tanto, el matrimonio

En la concepción clásica del matrimonio *per verba de futuro subsequente copula* la presunción a través de la cópula del consentimiento *de praesenti* era una presunción *iuris et de iure*³⁰. En cambio en el matrimonio *by cohabitation with habit and repute* la presunción es *iuris tantum*. Es decir, admite prueba en contrario.

En el caso *Dewar v. Dewar* vemos cómo primero el juez examina la cohabitación como base fáctica de la presunción, considerándola probada, y, luego, pondera si las declaraciones del demandado contrarias al

30. J. MULLENDERS, *Le marriage presume*, Roma 1971, pp. 106-107.

matrimonio destruyen la presunción. Concluye sentando que la conducta del demandado tiene mayor consistencia expresiva de su voluntad que sus consideraciones ante unos amigos.

7. *La cohabitación «with habit and repute» como estado de opinión (repute)*

Los cohabitantes como marido y mujer se presentan socialmente como tales y así son considerados por los demás. La comunidad en la que su convivencia se inserta los considera marido y mujer. La cohabitación percibida por los demás produce un estado de opinión. La consideración social (*repute*) y la cohabitación deben tener lugar en Escocia.

El juez puede valorar esta percepción a través del testimonio de personas próximas a los convivientes. La prueba testifical es por tanto básica en el desarrollo de estos procesos. Así, en el caso *Walker v. Roberts* (1998) hizo la siguiente consideración: «me impresionó mucho la señora *Wilma Paterson*, hermana de la demandada, y testigo de incuestionable valor. Asumí plenamente su testimonio cuando explicó que para conectar con la demandada, cuando el padre de ambas estaba muriendo, le dejó un recado en *The Goth* a nombre de *Mrs Roberts* (apellido de soltera de la demandada) y ésta lo recibió»³¹. Este testimonio, entre otros, llevaron al juez a la conclusión de que el demandante (*Walker*) y la demandada (*Roberts*) no eran considerados, por quienes constituían su comunidad, marido y mujer, y rechazara la pretensión del demandante de declarar la existencia del matrimonio.

31. *Walker ...*, case cit. p. 1135.