

Luis ARECHEDERRA, *El matrimonio informal en los Estados Unidos de América (el common law marriage)*, Civitas, Cizur Menor, 2009, 374 pp.

1. En 1994, mientras se encontraba en Oxford de viaje de estudios, Luis Arechederra Aranzadi, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Navarra, leyó en la prensa inglesa la sentencia del caso *Dewar v Dewar* (1994). En ella un juez escocés, estimando la demanda, declaraba que la demandante y el demandado llevaban casados desde una fecha que señaló aproximadamente en el 1 de febrero de 1975. Y eso a pesar de que entre ellos nunca había tenido lugar nada a lo que podamos llamar un intercambio de consentimiento matrimonial o boda.

La lectura de una sentencia así habría provocado una reacción de perplejidad en cualquier jurista continental, pero al profesor Arechederra le llevó a plantearse muchas cosas. Cómo es posible que en Escocia un juez pudiera hacer eso, y, sobre todo, cómo es que en España no podía. Desde entonces, ha profundizado y publicado ampliamente sobre los matrimonios irregulares (o informales) del mundo anglosajón: sobre los matrimonios irregulares ingleses, que desaparecieron en 1753 (“El principio formal en el matrimonio: La Lord Hardwicke’s Marriages Act de 1753. Traducción, notas y presentación”, *Ius Canonicum*, 78 (1999), pp. 411-439; “El principio formal en el Derecho matrimonial inglés”, en *Homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, I, pp. 159-192), sobre los escoceses, que han estado vigentes hasta 1939 o 2006, dependiendo de su modalidad, “Matrimonio informal *by cohabitation with habit and repute* en Escocia (traducción, notas y comentario)”, en *Ius Canonicum*, 84 (2002), pp. 697-722; *Los matrimonios irregulares en Escocia*, Dykinson, Madrid, 2004; *Cohabitación y matrimonio (la experiencia escocesa)*, Dykinson, Madrid, 2007), y ahora sobre los matrimonios informales americanos (*El matrimonio informal en los Estados Unidos de América (el common law marriage)*, Civitas, Cizur Menor, 2009. En conjunto, se trata de la mejor exposición sobre el tema escrita en castellano.

El libro que ahora se comenta trata de la misma institución (los matrimonios irregulares propios de la familia jurídica anglosajona), pero en la variante que se implantó en los Estados Unidos, donde es una realidad viva y vigente. Es un trabajo complementario de los anteriores, y en cierto modo el último capítulo que complementa y culmina la serie, pero tiene plena autonomía y puede leerse con independencia de ellos.

2. La historia y evolución de los matrimonios irregulares anglosajones que presenta el profesor Arechederra en este conjunto de obras citadas es tan apasionante y desconocida en nuestro país que no me resisto a adelantar un brevísimo resumen.

En nuestro Derecho, el matrimonio comienza siempre con una boda (que es el intercambio de voluntad de los contrayentes), y la boda tiene carácter formal y público. No se trata sólo de lo que dice nuestro Derecho vigente; es algo que tenemos impreso en nuestro ADN jurídico y cultural. Pero, en realidad, se trata de una innovación relativamente reciente, pues data del Decreto *Tametsi*, promulgado por el Concilio de Trento en 1563. Antes de esa fecha, el Derecho canónico vigente era la decretal *Illud quoque* de Alejandro III (+ 1181), que, junto al matrimonio que comienza con boda, admitía también como válidos otras modalidades matrimoniales en las que los cónyuges habían acordado el matrimonio en privado, o en las que incluso no habían prestado ningún consentimiento matrimonial en absoluto, pero éste se podía deducir de la convivencia pública y honorable durante un periodo significativo de tiempo. La innovación de Trento fue importante y profunda, pues impregnó con el tiempo todo el Derecho europeo continental, hasta el punto de desterrar de él siquiera la idea de que pudieran existir los matrimonios irregulares.

Sin embargo, el mundo anglosajón se mantuvo al margen de la innovación. Inglaterra se separó de Roma en 1536 y Escocia en 1560, por lo que el Decreto conciliar no fue recibido en sus Derechos. Mientras en el Continente se implantaba la exigencia de forma matrimonial y su inscripción en los registros parroquiales primero y civiles después, en las Islas Británicas seguía aplicándose la libertad formal anterior, y por tanto seguía admitiéndose el matrimonio sin boda.

Por supuesto, hay fuertes argumentos sociales y de seguridad jurídica en favor de que los matrimonios tengan carácter formal y público. Las mismas o parecidas razones que llevaron a los padres tridentinos al decreto *Tametsi* llevan poco menos de cinco siglos presionando sobre el *Common law* para que acabe con los matrimonios irregulares. En este sentido, la historia de estos matrimonios es la historia de una institución en retroceso a largo plazo, donde la sociedad tiende a olvidarlos o desconocerlos y los legisladores tienden a derogarlos. En Inglaterra desaparecieron desde la aprobación de la llamada *Lord Hardwicke's Act* de 1753, que exigió que el matrimonio se celebrara con unas solemnidades concretas ante un ministro de la Iglesia de Inglaterra y fuera posteriormente registrado. En Irlanda los matrimonios celebrados en forma privada fueron derogados en 1818. En Escocia, dos de las tres modalidades tradicionalmente admitidas de matrimonio informal (matrimonio *per verba de presente* y matrimonio por promesa *subsequente copula*)

fueron abolidas en 1939, y la tercera restante (el matrimonio *by cohabitation with habit and repute*) lo fue en 2006.

3. La pervivencia de los matrimonios irregulares en Estados Unidos, que es la presentada en el libro que ahora se comenta, es un poco más compleja, y viene presentada en el Capítulo primero. Como tantas otras leyes de reforma, la Lord Hardwicke's Act inglesa excluía expresamente su aplicación en las Colonias de Ultramar y nunca entró en vigor en las colonias americanas. Por tanto, el Derecho común vigente en la América inglesa en el momento en que alcanzó la independencia seguía siendo el Derecho común europeo pretridentino que permitía el matrimonio irregular, al que en América se llamó (y se sigue llamando hoy) *common law marriage*.

A esto hay que añadirle la diversidad jurídica que caracteriza el Derecho privado estadounidense. Allí la competencia legislativa civil es estatal, y aunque todos los Estados tienen un sustrato jurídico inicial común (el *Common law* vigente en el momento en que se independizaron del Reino Unido), la labor legislativa de las Asambleas legislativas y la jurisprudencia de los tribunales ordinarios (que también tienen carácter estatal) han ido creando diferencias entre unos y otros Estados. Si en otros ámbitos esas diferencias pueden considerarse casi irrelevantes o de matiz, en esta materia son totalmente significativas. Algunos Estados derogaron el *common law marriage* ya en la época colonial (como Massachusetts, que lo hizo por ley aprobada en 1646), otros lo admitieron expresamente (como Nueva York, desde la sentencia *Fenton v Reed* (1809)) y otros, simplemente, no se pronunciaron.

Por eso, cuando el Tribunal Supremo federal (*U. S. Supreme Court*) tuvo que pronunciarse sobre cuál era la situación del *common law marriage* en Estados Unidos en el caso *Meister v Moore* (1868), indicó que era válido como Derecho común aplicable en toda la Unión, salvo en aquellos Estados en que la Asamblea legislativa lo hubiera derogado expresamente o hubiera exigido una forma específica para la celebración matrimonial. Esta misma sigue siendo la situación a fecha de hoy.

4. Los mismos problemas y las mismas razones que han provocado la derogación de los matrimonios irregulares en la Europa continental y en los Derechos inglés, irlandés y escocés, han ido minando también la institución en Estados Unidos. La lista de Estados que han derogado el *common law marriage* crece lenta pero inexorablemente. En los últimos diez años se ha derogado en cuatro Estados (Ohio, Idaho, Georgia y Pensilvania), por lo que hoy permanece vigente sólo en doce jurisdicciones: los Estados de Alabama, Carolina del Sur, Colorado, Iowa, Kansas, Montana, Oklahoma, Rhode Island, Texas, Utah y New Hampshire, mas el Distrito de Columbia. Las páginas 88-93 presentan un cuadro con la situación (vigente o derogado) en cada Estado en el momento presente y el fundamento legal o jurisprudencial que lo justifica. El Capítulo segundo (pp. 97-180) presenta un caso significativo y reciente de cada una de las jurisdicciones en las que sigue

vigente. El Capítulo cuarto detalla los casos de Pensilvania (la última derogación hasta la fecha) y Oklahoma (donde los demócratas que controlan la Cámara de representantes estatal pretenden derogar el *common law marriage* y los republicanos que controlan el Senado estatal se oponen a ello).

5. Los casos citados son coherentes con una mentalidad según la cual el matrimonio puede ser tratado como un contrato privado más. Desde ese punto de vista, es normal que se permita su celebración sin necesidad de una autoridad civil o religiosa, sin testigos, publicidad previa o constancia posterior en un registro oficial, que se admita el matrimonio tácito, que se pueda celebrar por correspondencia. También resulta lógico que antes de conceder la liquidación de la sociedad conyugal, el divorcio o la pensión debida al cónyuge viudo en un *common law marriage*, el juez tenga que pronunciarse primero sobre si el matrimonio existió realmente o no, y desde cuándo. En estos juicios, "al ser innecesaria la forma, gana importancia la prueba del matrimonio, prácticamente irrelevante en el matrimonio formal" (Clark, citado en p. 34). El Capítulo tercero (pp. 181-193) está dedicado a la prueba. Y la diversidad legislativa plantea la necesidad de reglas de solución de conflictos espaciales, a las que se dedica el Capítulo quinto (pp. 229-264).

6. El interés y la actualidad del *common law marriage* cobran enteros cuando se pone en relación con el fenómeno de las parejas de hecho o relaciones informales de pareja y con la pregunta sobre qué efectos jurídicos se les debe atribuir. El libro se ocupa de este aspecto en un Capítulo sexto, "La moderna cohabitación no matrimonial como una nueva forma de *common law marriage*", que es, más bien, una auténtica segunda parte, tanto por autonomía como por extensión (algo menos de la mitad del total).

La cuestión explotó con la célebre sentencia de California *Marvin v Marvin* (1973), en la que se reconocieron ciertos derechos económicos a la demandante conviviente no casada con el demandado. Precisamente, el debate al que dio lugar en los tribunales de todo el país se enfocó desde el *common law marriage*. Los tribunales de algunos Estados recibieron la nueva doctrina subrayando que no se trataba de una resurrección del *common law marriage* (como había hecho el mismo tribunal californiano que dictó *Marvin*). Otros rechazaron aplicarla precisamente por considerarla incompatible con la derogación del *common law marriage* llevada a cabo por el Legislativo estatal (así ocurrió en Illinois, *Hewitt v Hewitt* (1979), o Nueva York, *Morone v Morone* (1980)). Pero donde no ha surgido la discusión es en los Estados en los que el *common law marriage* continúa en vigor. En ellos sólo se atribuyen efectos a la convivencia de hecho cuando cumple los requisitos que la cualifican para ser considerada un matrimonio. Como dice el profesor Arechederra, estos Estados cuentan "con una respuesta antigua para un nuevo fenómeno social" (p. 424).

Hasta aquí el resumen del libro y de la historia de los matrimonios informales.

7. El libro tiene un orden expositivo claro y ordenado. El texto es preciso, siempre en el estilo condensado y compacto, casi aforístico, tan propio de su autor.

El profesor Arechederra conoce, utiliza y cita la doctrina académica estadounidense al uso (incluida la monumental obra del profesor sueco Göran Lind *Common Law Marriage: A Legal Institution for Cohabitation*, Oxford University Press, New York, 2008, aparecida casi simultáneamente al libro que se comenta). Pero se trata de un uso siempre vicario. El protagonista de este libro no son las reflexiones y discusiones doctrinales, ni siquiera las del propio autor, sino el *case law* (la jurisprudencia) estadounidense.

En efecto, aunque se encuentre en todo momento engarzado en el hilo expositivo del autor, el grueso de este libro consiste en el texto literal traducido al castellano de unas 40 sentencias de tribunales estadounidenses de extensión variada (la mayoría de entre dos y diez páginas, y una o dos que llegan a las 30). El mismo autor explica el porqué en un párrafo programático: "Sólo he tratado de comportarme con los demás como quisiera que ellos se hubieran comportado conmigo: que me hubiesen advertido que 'nuestro mundo' no es el mundo. Y que al mostrarme ese 'otro mundo' se hubieran ahorrado sus explicaciones y me lo hubieran mostrado. ¿Cómo? A través de ejemplos tomados de los tribunales. Y que estos ejemplos no los hubiesen aderezado personalmente para 'una supuesta mejor comprensión', sino que ofreciéndomelos íntegramente me hubiesen permitido a mí realizar esa tarea" (p. 16). Esto es exactamente lo que él hace: presentar el material y dejar al lector que saque sus propias conclusiones.

Tal vez esta alta concentración de texto judicial le pueda parecer a alguien un dato en contra del interés del libro o un argumento para desanimar a los lectores potenciales. A mí me parece que debería ser justo al revés. Quien esté familiarizado con la jurisprudencia de Derecho privado del ámbito anglosajón ya sabe que su lectura no sólo tiene un interés digamos técnico, sino que es un auténtico placer intelectual (cosa que, me temo, no se puede decir precisamente en nuestro mundo jurídico continental, donde la técnica acaba con todo lo demás). Quien no lo esté y no tenga acceso a las fuentes o al idioma originales, puede aprovechar este libro para empezar ahora, usándolo como una especie de introducción al modo de argumentación y razonamiento jurídico anglosajón. Porque, eso sí, la selección, edición y traducción de las sentencias que ha realizado el autor son excelentes. Aunque, puestos a criticar, yo habría preferido que se hubieran separado de modo más visible e incluso tipográfico el texto escrito propiamente por el autor y los textos de las sentencias presentadas o las citas textuales de los autores.

8. He dicho que el autor presenta el material y deja al lector que piense por sí mismo, y así es. Pero esto no significa que él no tenga una tesis de fondo que defender. La tiene. En cierto modo, se puede considerar una reivindicación del matrimonio irregular, y de rebote una crítica a los males que nos ha acarreado la victoria del matrimonio formal como único modelo válido que se impuso desde Trento, olvidando que "a lo largo de la historia son más los siglos en que se aceptó que hay matrimonio sin boda, que los siglos para los que no hay matrimonio sin boda" (p. 33).

En efecto, como dice el autor, la exigencia de forma presenta ventajas de tipo organizativo, pero provoca la perplejidad de negar la cualidad de matrimonio a lo que sí es auténticamente matrimonial aunque no cumpla el requisito de forma. “Tanto el Concilio de Trento como las legislaciones civiles que secularizaron el matrimonio absolutizaron la forma matrimonial: o forma o nada. Resultando ese ‘o nada’ algo enigmático desde el punto de vista antropológico, cultural y jurídico. Con el tiempo ese ‘o nada’ se ha convertido en una opción sociológicamente consolidada y, en cierto modo, desconcertante. Aquella medida tajante, y perfecta desde un punto de vista organizativa, se ha revuelto contra quienes la impusieron” (*Matrimonios irregulares en Escocia*, p. 10). O, dicho de otra forma: “En España nadie ha pensado que sin boda pueda haber matrimonio. Por eso ha surgido esa figura, a mi juicio patética, de las parejas de hecho” (*Matrimonio informal en Estados Unidos*, p. 37).

La propuesta del autor es que el matrimonio irregular, “más que una forma de contraer propia de una confesión religiosa se trata de un modo de prestar el consentimiento que se adecúa a la naturaleza del negocio jurídico que trata de concluirse. Es el modo natural de contraer el matrimonio. Ya sea de presente, ya sea de futuro, ya sea por consolidación de una relación que no puede tener otra explicación que el matrimonio (...) Mi propuesta es muy sencilla. Utilizar la acción declarativa de matrimonio al modo escocés. Llamar a las cosas por su nombre y evitar, en lo posible, la pluralidad de regulaciones de un mismo fenómeno...” (*Cohabitación y matrimonio*, pp. 220-221).

Aunque no lo dice expresamente, su crítica tiene también otra lectura. Definir el matrimonio por relación a la forma permite que su esencia se pueda reducir a su forma y se crea que por cumplir con la forma matrimonial se está celebrando un auténtico matrimonio, aunque falten otros requisitos (como la heterosexualidad) que han estado esencialmente unidos a él de un modo significativo en la práctica totalidad de las culturas de la Historia. Algo de esto puede intuirse en algunas propuestas de (re)definir el matrimonio (p. e., la de Julio Gavidia Sánchez: “toda unión formal, por la que se asume el deber de constituir y continuar una comunidad de vida, en la que quede excluida la libre ruptura”, “Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (consideraciones de política legislativa (1))”, *La ley*, 5431, 3-12-2001, p. 6).

Naturalmente, no pretendo decir que esto sea un dato definitivo contra la conveniencia de forma en el matrimonio. Por ejemplo, admitir la validez de los matrimonios irregulares exige un contexto social en el que la sociedad en su conjunto tiene muy claro que la boda no es un requisito de validez del matrimonio y que la convivencia de por sí tiene carácter matrimonial. Es posible que eso ocurriera antes de Trento, pero es discutible que ocurra aquí y ahora. Tampoco el profesor Arechederra pretende cerrar el debate con este libro, sino, simplemente, presentarnos el funcionamiento de un sistema diferente, que por ello mismo puede ayudarnos a entender mucho mejor el nuestro.

9. En conclusión: el mejor trabajo en castellano en la materia; un libro para reflexionar sobre qué es (y qué no es) el matrimonio; y un buen instrumento para introducirse en el modo de razonamiento de los jueces estadounidenses.

Javier Fajardo

Francisco CARPINTERO, *El desarrollo de la idea de libertad personal en el pensamiento medieval*, Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2006, 275 pp.

Este libro del Catedrático Francisco Carpintero se inscribe en su ya conocida y sólida línea de trabajo, consistente en mostrar los fundamentos y desarrollos de las principales ideas que conforman el pensamiento jurídico occidental. En este caso, el análisis se centra en la idea de libertad. Aunque el título puede llevar a la confusión de pensar que la obra se circunscribe a la Edad Media, va más allá de tal período, abarcando así hasta bien entrado el siglo XVII, con la figura de John Locke. Dividido en ocho partes, cada una de ellas va trazando con precisión y rigor los caminos por los que el *Ius Naturale* de las fuentes romanas y bajomedievales fue progresivamente poniéndose al servicio de los nuevos ideales filosóficos que los tiempos modernos demandaban. Quizá debido a la falta de unidad del pensamiento jurídico y filosófico bajomedieval, que el autor afirma con solvencia, es por lo que puede así mostrarnos como se perciben influencias de este pensamiento en autores como Pufendorf y Locke, con el nervio conductor ya dicho de la idea de libertad y su recorrido. Destacan en este estudio, como en todos los de Carpintero, su agilidad en el tratamiento de las fuentes directas y una innegable y bien digerida erudición, unida a un dinámico manejo de numerosas notas a pie de página, que avalan la solvencia de sus afirmaciones. Con ello, vuelve a ponerse de manifiesto la amplitud de conocimientos de los que el catedrático de la Universidad de Cádiz hace siempre gala en sus estudios, que le llevan a dominar sin titubeos desde la Edad Media hasta el siglo XX en lo que a ideas filosófico-jurídicas se refiere, algo que no deja nunca de sorprender a discípulos y lectores.

En el capítulo I, titulado “Los cauces de acceso al segundo milenio”, Carpintero retoma las reflexiones sobre el derecho natural como realidad compleja asumida por los juristas, mostrando así cómo en la concepción de los juristas romanos aquél era entendido como una parte del concepto de derecho, que englobaba igualmente al derecho de gentes y al civil. Junto a ello, surge el concepto de derecho subjetivo, que tras la revisión histórica realizada por Brian Tierney puede afirmarse que fue una creación de los canonistas del siglo XII, que Ockham se encuentra y usa. Ello supone superar la tesis de Michel Villey, quien afirmaba la paternidad del concepto para el mismo Ockham. El derecho subjetivo operará como superador

Copyright of Persona y Derecho is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.