

# Esponsales en Marruecos

## I

LO QUE DICE EL P. GARCÍA BARRIUSO

En el erudito libro del P. Patrocinio García Barriuso, *Derecho matrimonial islámico* (Madrid 1952), O. F. M. Fiscal Eclesiástico del Vicariato Apostólico de Marruecos, al tratar de los esponsales en Marruecos, y no obstante la autoridad que en esta materia le reconocemos, nos vemos precisados a disentir en este punto de algunas de sus afirmaciones y conclusiones que no parecen, a nuestro juicio, ajustarse a la doctrina islámica sobre los esponsales en Marruecos, y hasta casi a la doctrina en general sobre esa materia.

Dice el R. P. García Barriuso como afirmaciones rotundas: «Propiamente no existen (los esponsales) en el Derecho ni en la práctica entre los marroquíes» (obra citada, pág. 149). «En el matrimonio marroquí no hay esponsales» (pág. 150). «No meros esponsales, los que por otra parte sabemos ya que en derecho marroquí no existen» (pág. 179).

Y como afirmaciones atenuadas, o menos rotundas, continúa diciendo: «En la práctica, semejante contrato esponsalicio no existe... aunque existe prohibición de gestionar matrimonio con otro pretendiente mientras permanezca en pie la petición de mano del primero» (pág. 151).

«En la institución matrimonial marroquí no hay esponsales pro-

piamente dichos, pero sí existe una situación preliminar que constituye un compromiso, del que se derivan eficaces consecuencias jurídicas» (pág. 153).

Pues bien : estas afirmaciones, que llamo con evidente eufemismo *atenúadas*, resultan en realidad contradictorias.

Pues de lá primera resulta que no hay esponsales, pero que operan una prohibición.

Por la segunda vemos que no hay, pero... hay. Porque compromiso preliminar al matrimonio que prohíba pedir a mujer porque ya ha sido pedida, no puede ser otro que el esponsalicio.

## II

### LO QUE DICEN LAS LEGISLACIONES.—ESPONSALES CON VALOR NATURAL DE CONTRATO

En el matrimonio marroquí existen esponsales, porque todo matrimonio válido ha de ir necesariamente precedido de un contrato esponsalicio. En efecto, ¿cómo puede ser normalmente contraído un matrimonio sin que una de las partes —la masculina o la femenina, generalmente la primera— solicite ser unida en matrimonio a la otra, sin que ésta acepte la solicitud, sin que se hagan mutua promesa de casarse en un futuro más o menos próximo? Pues bien ; estas tres condiciones constituyen los elementos esenciales de unos esponsales. Esta doctrina es clara, y por tanto no necesita que los juristas se esfuercen mucho en exponerla y demostrarla.

Pero si todo verdadero matrimonio contraído en Marruecos o en otra parte, necesita como condición previa ineludible un contrato esponsalicio, no todo contrato esponsalicio —o bien simple promesa unilateral—, es necesariamente seguido de un matrimonio.

Con frecuencia una de las partes viola la mutua promesa —o bien la promesa ofrecida y aceptada— con protesta y daño de la parte inocente y con la consiguiente perturbación del derecho. Y en esa cuestión es donde se ha concentrado la actividad de todas las legislaciones que en el mundo han sido, coincidiendo todas ellas en la necesidad : 1.º, de respetar los esponsales y las promesas matrimo-

niales; 2.º, de reparar el daño producido por la violación de unos y otras; 3.º, de establecer las condiciones que han de tener los esponsales para que sean protegidos.

Naturalmente las soluciones ofrecidas en estos casos por los legisladores no son siempre idénticas, y varían con arreglo a la idiosincrasia de cada pueblo y a la diversidad de los tiempos. En el mismo derecho canónico no se ha exigido siempre —como se exige hoy— que los esponsales fueran por escrito, so pena de nulidad. ¿Hemos de afirmar por ello que los esponsales canónicos no por escrito de la época antigua no son esencialmente los mismos que los esponsales canónicos por escrito de la época actual? Evidentemente que no. La consignación de esponsales por escrito tiende a facilitar la prueba de éstos, y redundar por tanto en bien de esos mismos esponsales que la ley trata de proteger.

Y es que de la diversidad de fórmulas consignadas en los Códigos para proteger los esponsales se ha querido deducir en conclusión falsa la diversidad de esponsales, qué son, según hemos dicho, sustancialmente idénticos en los matrimonios de todas las gentes. Porque la fórmula canónica del matrimonio difiera *toto coelo* de la fórmula musulmana, ¿vamos a deducir de ello que el matrimonio musulmán no es tan válido para los musulmanes como es para los católicos el matrimonio canónico? La razón sería la misma en el caso de los esponsales que en el caso del matrimonio.

### III

#### LO QUE DICEN LOS TEXTOS ÁRABES

##### I

Encabezamiento de la llamada cuestión *imlisiya*. Consulta dirigida a Alyilali Tasuli sobre la Tohfa II, p.). «Esa costumbre que sigue el país (Marruecos o parte determinada de Marruecos), a saber, que el varón envíe a persona que pida para él a una mujer en matrimonio, y que una vez aceptada la petición, se den mutua promesa de celebrar el contrato (matrimonial) la noche de la cohabitación...» (ال دخول)

Petición de mano, aceptación y promesa mutua de contraer matrimonio en una fecha determinada: he aquí los elementos suficientes para constituir unos esponsales.

## II

### *La promesa y el contrato*

En el proyecto de celebración del matrimonio musulmán distinguen los alfaquíes dos fases: la promesa (الوعد) y el contrato matrimonial (العقد).

En esta ocasión los diversos actos que concurren en un matrimonio válido es corriente entre ellos calificar a unos como correspondientes a la fase preliminar de *promesa*, y otros como constitutivos de verdadero contrato matrimonial. Véanse unos cuantos textos del Tasuli en su comentario a la *tohfa* de Ibn Asim. Acabamos de ver uno en el comienzo de la famosa cuestión *imlisiya*. Veamos algunos más.

1.º «Si la costumbre mencionada es entre ellos un *preliminar del contrato y señal de inclinación de una parte hacia la otra*, no cabe duda que tal costumbre no impone obligación (de matrimonio); pero si las cosas se ignoran hasta el punto de que preguntados los del país si intentan con tal costumbre celebrar un contrato matrimonial o más bien una promesa, difiriendo el contrato hasta la noche de la cohabitación, entonces constituye esto un lugar de duda sobre si tal costumbre implica un contrato matrimonial o una promesa.»

2.º «El haber dicho los consultantes en su exposición que «conviniere en casarse», implica que *contractaron* un matrimonio, no que se hicieran una *mutua promesa* (de casarse).

3.º «Estos hechos por sí mismos no significan un contrato matrimonial, porque pueden interpretarse como contrato matrimonial o como promesa.»

### *Deducciones*

Tenemos, según los textos anteriores en el proyecto de matrimonio, la fase preliminar (tautía), a la cual se da el nombre de *promesa*, como contrapuesta al contrato matrimonial (áqd). Y vemos

que esa promesa es mutua (texto núm. 2) y que se refiere al matrimonio y es su preparación. Estamos, pues, a la vista de unos verdaderos esponsales.

### III

#### *Doctrina de Averroes en la Bidaya*

1.º «La petición de matrimonio es de tradición del Profeta. Según la generalidad de los doctores, no es obligatoria. Es decir, nadie está obligado a pedir en matrimonio, porque nadie está obligado a casarse. Mas para Daud (el exteriorista) es obligatoria, porque los exterioristas creían obligatorio el matrimonio.»

2.º «Petición de mano ya pedida por otro es objeto de una prohibición, que consta como del Profeta. Discútese si esa prohibición implica o no anulación del matrimonio subsiguiente. Y en caso de que la implique, hasta qué punto la implica: —Hasta el punto de disolver el matrimonio del segundo que hizo la petición, dice Daud. —No se disuelva, afirma el Xafii. De Málik se derivan ambas sentencias (en dos lugares distintos); y aún una tercera: disuélvase antes de la consumación, mas no después de ella.»

3.º «Según Ibn Alqásim, la prohibición ha de entenderse en el caso de que ambos solicitantes sean honrados. Pero si el primero es de mala conducta y el segundo es honrado, la segunda petición es lícita.»

4.º «En cuánto al momento en que es operante la prohibición, es a partir de aquel en que ambos se inclinan el uno al otro. Así la mayoría de los alfaquíes.»

#### *Deducciones*

1.º Hay una petición de mano sin mutua inclinación y otra con mutua inclinación (*tarakun murakana*) —*Erhoni*— Glosas a Jalil, t. II, ilustra *tarakun* con la palabra *rida*, consentimiento; es decir, que ambas partes llegan a un acuerdo para casarse. Equivale, pues, a la *aceptación* (*qabul*) de la cuestión *imlisiya*.

2.º La mera petición de mano no engendra en la pedida ninguna obligación: puede ser rechazada. Ni en el solicitante ningún dere-

cho. Nadie puede decir: A ésa no la pide nadie, porque ya la he pedido yo.

3.º La petición de mano con mutua inclinación o aceptación, da al primer solicitante —si es persona honrada— la exclusiva de casarse con la mujer pedida.

4.º Hay una sanción para la mujer que se casa con un segundo solicitante, contra el derecho adquirido por el primero. Y es, según unos, no disolución, sino punición (adab). (Erhoni, B. Yuzay). Disolución antes de la consumación; no disolución después de ella (maliquies), entre ellos el Notario informador del P. Barriuso.

5.º La petición de mano con mutua inclinación o aceptación es lo que constituye los esponsales marroquíes.

6.º De que los esponsales marroquíes no sean como los canónicos, o de que los canónicos no sean como los de otros países, no se deduce que no existan esponsales en Marruecos o en otro país cualquiera.

7.º Se han confundido los accidentes de los esponsales con la sustancias de los mismos, y las modalidades con la esencia.

8.º No hay matrimonio alguno válidamente contraído que no haya sido precedido de unos esponsales, porque no se contrae matrimonio sin que ambas partes se den palabra de contraerlo.

JUAN FRANCISCO MARINA ENCABO  
Registrador de la Propiedad