

La confianza en los sistema jurídicos del Islam y de Occidente

Abdallah Gabsi*

RESUMEN

Para Abdallah Gabsi la confianza nace de las relaciones que establecemos con los otros, pero también con nosotros mismos y ésta, a su vez, es necesaria para el éxito de estas relaciones. Se puede tener confianza en una persona física o en una persona moral (asociación o sociedad civil o comercial) pero también en instituciones que forman parte de sistemas como, por ejemplo, el sistema jurídico. La justicia tiene que estar fundada en la confianza para poder generarla y toda sociedad, sea cual sea su cultura, tiene el deber de dotar a su sistema jurídico de todas las potencialidades materiales e inmateriales susceptibles de instaurar la confianza como refuerzo de éste y para ofrecer las condiciones reguladas para la práctica de la confianza. El sistema jurídico impone a través de la aplicación de sus reglas las condiciones para la práctica de la confianza, que a su vez genera más confianza. ¿Qué condiciones hay que respetar para alimentar de confianza al sistema jurídico? ¿Hay que tener en cuenta el entorno general de este sistema para garantizar la armonía necesaria para instaurar la confianza? Estas son algunas preguntas que plantea el autor en su estudio de la confianza en el sistema jurídico.

“La confianza siempre es del agrado del que la *recibe*. Es un tributo que pagamos a su *mérito*; es una *prueba* de su *fe*; son *prendas* que le otorgan un derecho sobre nosotros; y una especie de *dependencia* a la que nos sometemos *voluntariamente*”

La Rochefoucauld. *Máximas*. 5

La confianza es el hecho de creer o la fe y la esperanza que se tiene en alguien o en algo. La confianza nace de las relaciones que establecemos con los otros, pero también con nosotros mismos. Generalmente, otorgamos la confianza al Otro y previamente a nosotros

*Doctor en Derecho Internacional y Europeo. Doctor en Urbanismo.

Presidente de la Unidad de investigación sobre la cuenca mediterránea de Toulouse (URPI).

Encargado de estudios e investigador en la URPI, Université de Toulouse-Le Mirail

gabsia@aol.com

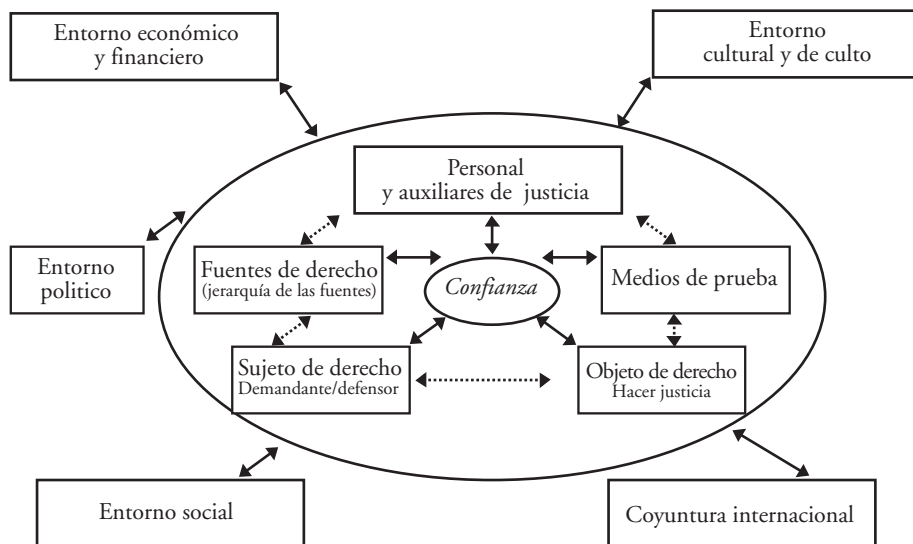
mismos. Esta confianza es necesaria para que se desarrollen con éxito las relaciones que establecemos con los otros independientemente de que sean o no diferentes de nosotros por su cultura y estado de espíritu en particular. Hay que empezar por tener confianza en nosotros mismos. La confianza se puede otorgar a una persona física o a una persona jurídica (asociación o sociedad civil o mercantil), pero también a instituciones que forman parte de determinado sistema, como por ejemplo los tribunales o las cortes pertenecientes al sistema judicial y que forman parte integral del sistema jurídico en su conjunto.

Para poder generar confianza, la justicia¹ debe basarse en ésta. La justicia se encuentra entre las virtudes a las que las personas, por lo general, se sienten vinculadas. Es un asunto global; se trata de una apuesta colectiva. Su valor se aprecia en función de la *confianza* que desprende o que se le atribuye. La confianza se da si realmente existen tanto el hecho de creer en esa justicia y la esperanza que se le otorga como la fe que se tiene en ella y en sus diferentes actores y fuentes. Toda ruptura o anomalía que se produce afecta a la homogeneidad del sistema y provoca que se ponga en cuestión la confianza otorgada hasta entonces.

Cuando se pregunta a la gente en general sobre lo que siente respecto a la justicia de su país, algunos expresan un sentimiento de *confianza* y otros de desconfianza. Unos y otros justifican, a su modo, sus sentimientos respecto a esa justicia. Y entre los que tienen un sentimiento de *confianza*, los hay que desean que se confirme y se mantenga para que siga siendo una virtud necesaria para la instauración de la paz social.

Como todo sistema, el sistema jurídico es un conjunto de elementos caracterizados por interacciones que se pueden esquematizar (ver esquema 1).

Esquema 1. Sistema jurídico. Independencia y autoridad para la confianza



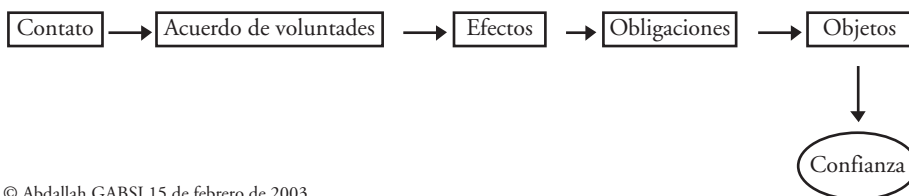
© Abdallah GABSI 15 de febrero de 2003

El sistema jurídico, que se aplica a una sociedad determinada en un momento determinado, está abocado a evolucionar en el transcurso del tiempo. Forma parte integral del sistema político que constituye la base de la elaboración de la legislación del país: las leyes son votadas por los diputados que son elegidos a partir de la presentación de un programa y de la confianza que éste inspira a los electores. Estos diputados pertenecen a una tendencia política determinada. Evidentemente, el cambio de ese sistema político conlleva la aparición de nuevos textos y la modificación de textos existentes a aplicar para que sean objeto de deliberación en las jurisdicciones que forman parte del sistema jurídico. Los magistrados son, teóricamente, independientes; su función es hacer justicia aplicando las reglas en conciencia. Pero, esta conciencia profesional que debe mover a todo magistrado puede faltarle en ocasiones a alguno de ellos. De hecho, es la razón por la que deben comparecer ante el consejo disciplinario. De esta forma, pierden la confianza de la que gozaban.

El estudio de la *confianza* en el sistema jurídico lleva a plantearse algunas preguntas:

- ¿Aparece la *confianza* al nivel de las relaciones que existen entre los diferentes componentes del sistema?
- ¿Afecta la ausencia de *confianza* en uno de los elementos del sistema a la *confianza* del sistema en su conjunto?
- ¿Cuáles son las condiciones que hay que respetar para nutrir al sistema jurídico de *confianza* y cuál es el precio de ésta?
- ¿Se caracterizan las estructuras del sistema jurídico por la interdependencia y la interacción y hay que tener en cuenta el entorno general para garantizarle a la *confianza* a instaurar la armonía necesaria?
- El contrato institucionaliza y regula las relaciones y por consiguiente las obligaciones (ver esquema 2) entre los co-contratantes. ¿Se aprecia, por lo tanto, la *confianza* entre las partes a través de la ejecución de las obligaciones que incumbe a cada una de ellas?

Esquema. 2. Contrato y obligaciones



© Abdallah GABSI 15 de febrero de 2003

– El contrato no puede ser contrario a la ley. Para un contrato determinado (de matrimonio por ejemplo), y debido a las obligaciones a las que las partes se han some-

tido voluntariamente, ¿reviste la *confianza*, fruto de la ejecución de dichas obligaciones, una multitud de caracteres?

Por consiguiente, la confianza depende tanto del personal de justicia (magistrados) como de los auxiliares de justicia (abogados, secretarios judiciales, ujieres de audiencia, ujieres no afectados a un tribunal, peritos, etc.) quienes, sobre la base de las fuentes del derecho, se esfuerzan, cada uno por su lado, mediante una buena interpretación de los textos jurídicos, por favorecer la mejor decisión judicial para los sujetos de derecho que son los demandantes y los defensores. Estos, sobre la base de los medios de prueba, buscan la decisión más equitativa para la gestión del conflicto que les opone. La decisión de la justicia, cuando inspira confianza, es aceptada por las partes presentes en el proceso y por lo tanto no es objeto de recurso ante jurisdicciones superiores (tribunal de apelación). Cuando las jurisdicciones se ponen de acuerdo sobre una decisión, ésta se convierte en jurisprudencia y debe, por ello, inspirar confianza a los emisores y a los receptores de la justicia.

LAS REGLAS DE CONDUCTA EN SOCIEDAD

Por una mayor confianza

La regla de derecho se presenta como una regla de conducta humana que ordena a las personas que se encuentran en una situación determinada que se comporten de una forma determinada. El conjunto de las reglas que rigen las relaciones entre los individuos representa una parte del sistema jurídico musulmán: no es necesario recordar que el Corán contiene al menos cuarenta y cinco versículos consagrados a las reglas de convivencia y de cortesía social².

Leyendo esta definición, podríamos pensar en todas las reglas, incluidas las que no son en absoluto jurídicas, es decir, las que dependen de preceptos religiosos y morales: reglas de conducta, de decencia, de cortesía, de saber hacer y saber vivir en sociedad o en comunidad...

La sanción es lo que permite diferenciar la moral y el derecho. Traicionar la *confianza* en materia de moral conduce a padecer los efectos de la conciencia. A diferencia de todas las demás, las reglas de derecho, si no se aplican, exponen al sujeto de derecho a una sanción. En materia de derecho, no cumplir con sus obligaciones lleva a sufrir sanciones por haber traicionado la supuesta confianza o por haber atentado contra el orden público. De esta forma, llevar a cabo operaciones de falsificación de la moneda fiduciaria (moneda fundada en la confianza), instrumento de cambio, es un ejemplo de la perturbación del orden público y se considera como un crimen de derecho penal en el que se diferencia la infracción, el delito y el crimen.

Por su esencia, la regla de derecho es una disposición absolutamente impersonal, se aplica a todas las personas que se encuentran en una situación concreta. El carácter impersonal de la regla se pone de manifiesto porque se tiene en cuenta la situación en la que se encuentra el sujeto de derecho y no la propia persona.

Pero, ¿puede considerarse la existencia de una sanción como el elemento específico de la regla de derecho?

Las otras reglas, si no se respetan, exponen al autor del acto a sanciones que no son de la misma naturaleza que las del ámbito jurídico, pero que son igualmente graves y penalizadoras:

- El incumplimiento de las reglas morales (مبادئ أخلاقية) puede provocar remordimientos vividos en el fuero interno (y el sufrimiento que suscitan es a menudo muy profundo y difícil de soportar). En ocasiones, los asesinos y otros criminales se enfrentan a remordimientos hasta tal punto difíciles de superar que terminan por suicidarse (recordemos que el suicidio está prohibido en el Islam como lo está de hecho en las dos otras religiones monoteístas). Muy a menudo, el suicidio se presenta como resultado de la pérdida de todos los referentes que conducen a la confianza.

- El incumplimiento de los preceptos religiosos conlleva sanciones impuestas por la jerarquía³ (y entre éstas figuran la pérdida del estatus y por consiguiente la pérdida de la autoridad o del mando...). Por ejemplo, en materia de divorcio, la originalidad de la postura de Ibn Taymia (ابن تيمية) le ha situado en una situación de contradicción con su maestro Ahmed Ibn Hanbal (أحمد بن حنبل). Por su postura, Ibn Taymia ya no formaba parte del consenso de la Comunidad; perdió en efecto la confianza del grupo dominante.

- El incumplimiento de las reglas sociales (saber vivir, reglas de decencia, etc.) somete al sujeto a la reprobación del medio y lo lleva a la marginación, incluso a la exclusión del medio social o comunitario al que pertenecía.

Lo que permite distinguir realmente la regla de derecho es la autoridad que la impone y que sanciona su incumplimiento. Estamos ante una regla de este tipo cuando su violación puede conllevar persecución por parte de los representantes de la comunidad musulmana, a demanda de los particulares víctimas de las actuaciones y hechos reprochados.

Recurrir a los representantes de la comunidad es indispensable; nadie puede hacerse justicia a sí mismo; la acción en justicia es el modo normal de aplicación de la sanción. El orden está codificado por límites que no se pueden traspasar. El hecho de traspasar esos límites es lo que sitúa a la persona en posición de falta. Esta falta se reprime mediante una pena. Según la gravedad de la falta, se pronuncia una pena específica que va desde la reprobación hasta la pena capital (ver más adelante el derecho penal musulmán). Cabe señalar que la pena capital está abolida en muchos países del mundo.

SANCIONES PARA FAVORECER LA CONFIANZA

Grado de gravedad

Existen las mismas coincidencias en los ámbitos que rigen las relaciones de los individuos y de los grupos. Son frecuentes en la medida en que coinciden en los ámbitos del derecho, de la moral y de la religión, pero no sustraen ningún valor a la afirmación de que la regla de derecho se reconoce por la sanción que impone.

Para la autoridad pública musulmana, el objetivo sigue siendo hacer que se respete el orden. Como algunos desórdenes, en función de su grado de gravedad, pueden afectar de una forma u otra el buen funcionamiento de la sociedad, los límites (*hudûd*, plural de *hadd*)⁴ están definidos y traspasarlos agrava la pena impuesta.

Por lo tanto, en función de la importancia de la falta sancionada, las penas pueden consistir en:

- una reparación económica o daños y perjuicios,
- una reprobación,
- una puesta en cuarentena,
- una flagelación,
- una amputación,
- una lapidación,
- o la aplicación de la pena capital.

Hay que observar que en el caso del robo, la amputación sólo puede pronunciarse si el Estado hubiera proporcionado a los ciudadanos los medios de trabajar y de vivir de los frutos de su trabajo.

Pero, ¿en qué caso podría pronunciarse la pena de muerte en el ámbito del *derecho musulmán*?

La pena de muerte podría prescribirse en los siguientes casos:

- apostasía, es decir abandono público de una religión,
- adulterio practicado por personas casadas y demostrado por cuatro testigos y por el reconocimiento o la aprobación del crimen por el propio autor,
- blasfemia contra Dios (Allah) o contra su mensajero el Profeta Mahoma.

Entre las penas prescritas y las que se aplican realmente podría percibirse una distancia. Se pueden presentar circunstancias atenuantes para reducir la pena. Y en virtud del principio del beneficio de la duda, el presunto culpable podría ser liberado.

Pero esto no es exclusivo del Derecho musulmán. Basta con examinar las decisiones de justicia pronunciadas en algunos países occidentales, como Francia por ejemplo, para constatar lo mismo. Si la sanción se emplea para disuadir o para corregir, la educación permite también alcanzar esos objetivos, formando al sujeto de derecho para que actúe con convicción y no por temor como ocurre en el caso de la sanción. Por ejemplo, Arabia Saudí respeta el Madhab Hanbalite y aplica al ladrón la amputación. Sin entrar

a juzgar el sistema de ese país, tiene la reputación de ser un país sin ladrones. La confianza en este caso se impone mediante la magnitud de la pena y el miedo que inspira.

LA DECISIÓN JUDICIAL

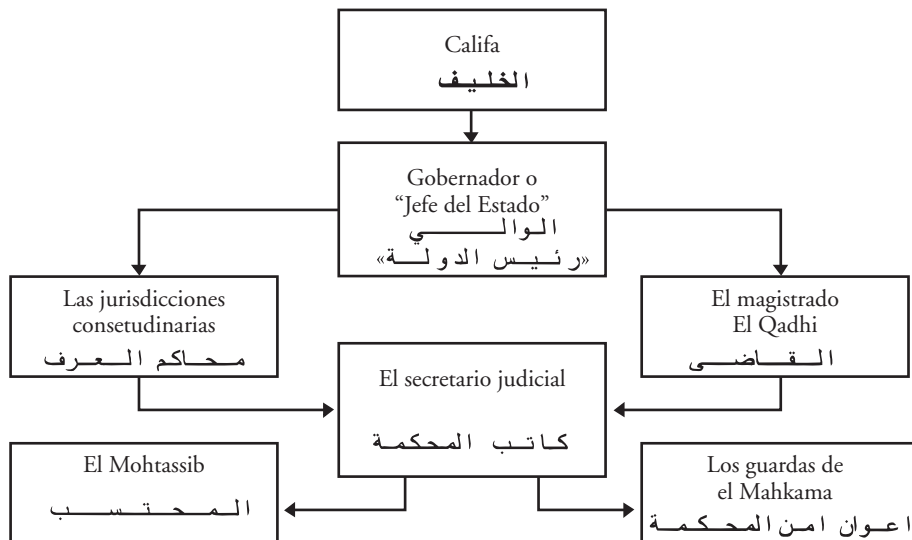
La equidad para la confianza

Todo conflicto no resuelto de forma amistosa lleva a las partes a recurrir a vías extra judiciales (negociación, mediación o arbitraje) o a recurrir a la justicia. El caso se trata ante una jurisdicción competente que se esfuerza por emitir una decisión equitativa. La competencia de la jurisdicción, el profesionalismo del personal de justicia, la equidad y la imparcialidad que mueven a este personal son lo que nutre la confianza que hay que otorgarle a la justicia.

Y para apoyar esa confianza se han establecido vías de recurso. Si una de las partes no considera adecuado el fallo emitido por el tribunal, puede recurrir al tribunal de apelación que volverá a dictaminar sobre los hechos ya juzgados. Y si considera que el Derecho no se ha aplicado bien, formulará un recurso de casación. Hay que recordar que el tribunal de casación juzga el Derecho y no los hechos como ocurre con los tribunales y cortes de apelación. La organización judicial difiere de un sistema a otro. Así, observamos características específicas en la organización que corresponde al Islam (esquema 3). Esta organización ha evolucionado en muchos países árabes. En el caso de la organización judicial tunecina, por ejemplo, se ha tenido que instituir las vías de recurso (tribunal de apelación o de casación) para hacer una justicia mejor.

La organización judicial con los diferentes grados de jurisdicciones deberá permitir a todo sujeto de derecho encontrar en la justicia las virtudes que generan la confianza sin la cual el sistema jurídico pierde su credibilidad.

Esquema 3. Organización judicial y de seguridad musulmana
النظام العدلي والامني في الاسلام



© Abdallah GABSI 2003

LAS DIFERENTES FUENTES DEL DERECHO

Jerarquía de las fuentes para una mayor confianza

Los conflictos pueden surgir entre los hombres y debe emitirse una decisión (objeto de derecho) sobre la base de fuentes (fuentes de derecho). Estas decisiones las emiten los magistrados tras haber escuchado a los diferentes miembros del personal y representantes de la justicia y a las partes presentes en el proceso.

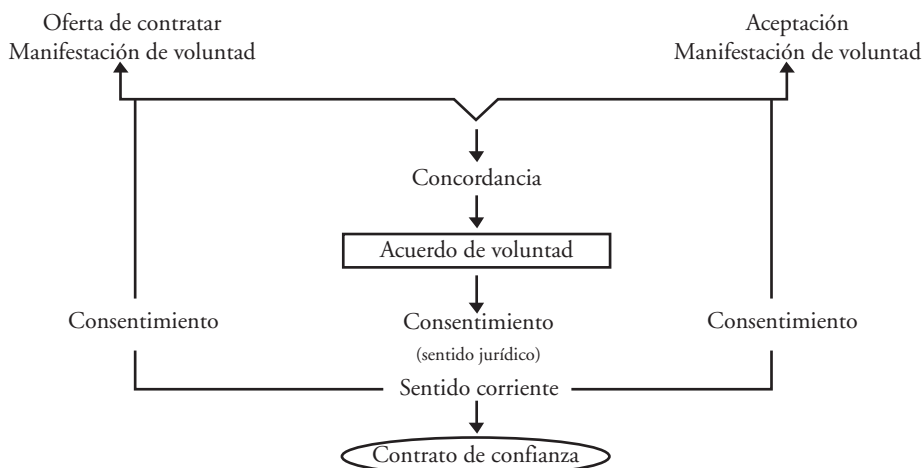
Las fuentes en las que se basa la decisión judicial están jerarquizadas: los tratados, la Constitución, la ley, los reglamentos, las ordenanzas, los decretos, las órdenes, la jurisprudencia, los usos y costumbres, la doctrina y los contratos. Ciertamente, una ley no puede ir contra la Constitución y las cláusulas de un contrato no pueden ir contra la ley. Los tratados internacionales tienen supremacía sobre las leyes nacionales.

Los magistrados y los auxiliares de justicia deben observar en sus trabajos la jerarquía de estos textos que deben interpretarse para una mejor utilización con vistas a infundir confianza al sistema en el que actúan.

Para la elaboración de una decisión judicial, la *confianza* constituye un requisito que debe cumplirse. Un consentimiento en los cimientos de un sistema jurídico no puede estar viciado, es decir, que no debe comportar ni error, ni dolo ni violencia física o moral. El consentimiento, cuando se concede libremente, favorece la *confianza*.

El consentimiento exento de vicio instaura la *confianza*. Una vez que el consentimiento está viciado afecta a la validez del contrato y pone en cuestión la *confianza* esperada. El contrato tiene entonces una nulidad absoluta o relativa; pierde su validez y su razón de ser (ver esquema 4).

Esquema 4. El consentimiento



© Abdallah GABSI 15 de febrero de 2003

En primer lugar, el Juez debe tener *confianza* en sí mismo y en el sistema al que pertenece. ¿Y cómo es esto posible sin una verdadera competencia y sin una verdadera independencia para el ejercicio de sus funciones? Las partes presentes en el proceso exigen, a su vez, imparcialidad y equidad al personal de la justicia para que puedan otorgarles su *confianza*. Su competencia se juzga a menudo sobre la base de su aptitud para aplicar las fuentes del derecho y por consiguiente sobre la *confianza* que inspira.

El sistema jurídico tiene como objetivo hacer justicia a través de las decisiones que dicta. Cuando éstas se dictan con equidad e imparcialidad respetando las leyes y otras fuentes jurídicas es cuando el sistema judicial puede beneficiarse de la *confianza* de los ciudadanos.

LA LEY CONTRACTUAL

Impone obligaciones a las partes

El contrato es un acuerdo de voluntad entre dos o varias personas cuyo efecto es crear obligaciones entre ellas. La reciprocidad de estas obligaciones confiere al contrato un carácter sinalagmático. Las partes establecen un acuerdo de forma voluntaria. Las promesas que presentan en forma de cláusulas se convierten en obligatorias y deben ser ejecutadas plenamente. La confianza aparece a partir de ese momento como una dependencia a la que las partes se someten voluntariamente. Un acuerdo de voluntad puede tener como consecuencia generar, modificar o anular una o varias obligaciones.

Un acuerdo de este tipo se denomina convención. El contrato sólo es, posteriormente, un conjunto de convenciones que generan obligaciones cuyo cumplimiento, mediante su realización, instaura la *confianza*. Evidentemente, el contrato cuyas cláusulas se han respetado tendrá más posibilidades de ser renovado.

En materia de derecho laboral, un contrato de duración definida puede convertirse en un contrato indefinido. Una *confianza* de duración definida puede transformarse en una *confianza* indefinida si se modifica la naturaleza del contrato. La *confianza* que el asalariado ha conseguido inspirar responde al espíritu de empresa; de esta forma, conquista el lugar que le corresponde y se convierte, así, en un trabajador permanente. Disfruta por lo tanto de una *confianza* renovada.

Para el contrato de duración indefinida, la *confianza* tiene un carácter sucesivo; se renueva constantemente de forma tácita mientras el contrato siga existiendo porque goza de estas condiciones en el fondo o en la forma.

El vínculo de subordinación entre el empleador y el empleado debe basarse en la *confianza*. Incluso cuando esta situación existe realmente, no puede durar frente a la lógica capitalista. Algunos empleadores están a favor de conceder ventajas a sus empleados, pero la ley del beneficio puede empujarles a renunciar a dichas ventajas.

Algunos empleadores, incluso si no están siempre de acuerdo con dejar a sus empleados en el paro debido a la confianza que les otorgan, se ven a veces obligados a hacerlo para evitar a su empresa la marginación o incluso la desaparición; la lógica del sistema obliga a ello y el paro económico es para ellos una solución a la que se ven sometidos. Si la empresa registra crecimiento y prosperidad, estos empleados tendrán más oportunidades que otros de volver a ser contratados porque se confiaba en ellos. Si sus buenas actitudes en el trabajo no cambian e incluso mejoran, la confianza se renovará constantemente; la tasa de rotación del personal será, por consiguiente, reducida. Evidentemente, esta tasa es elevada en las empresas en las que se observan relaciones de inquietud y de desconfianza.

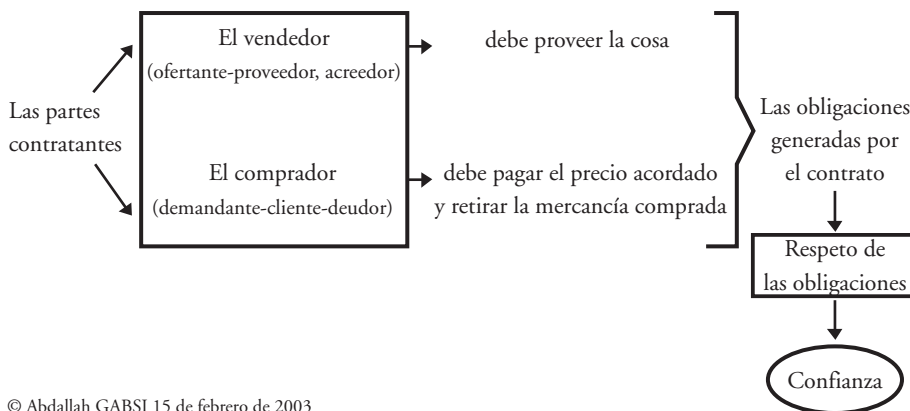
Como lo precisa el Padre Henri Lacordaire: “La ley libera y la libertad oprime”. Aunque no sean perfectas, las leyes permiten disponer de un marco jurídico.

En materia de seguridad social, las leyes, aunque sean imperfectas, permiten a los más débiles ser atendidos. Y un contrato, incluso si no es perfecto, permite a las partes protegerse. Las cláusulas escritas vinculan a las partes y sirven como medios de prueba en caso de conflicto. La desconfianza, el no reconocimiento del buen fundamento del sistema jurídico lleva a la ruptura. Lo que es cierto para el contrato de trabajo, puede aplicarse igualmente a otros tipos de contratos (contrato de venta, contrato de crédito, contrato de alquiler, etc.).

Sabemos que en materia de venta, el comprador debe pagar el precio y el vendedor debe entregar lo que ha vendido en los plazos fijados (ver esquemas 5 y 6). No respetar las obligaciones propias a una u a otra de las partes afecta a los propios fundamentos del contrato. Esto invalida la confianza que vincula a las parte y conlleva la ruptura del contrato.

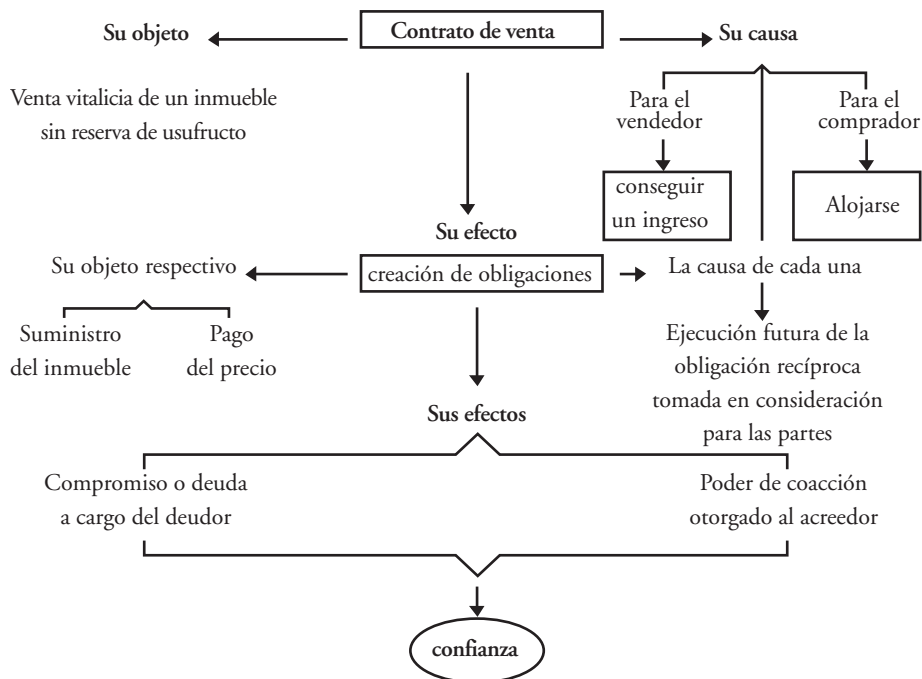
Un organismo de crédito concede un préstamo a una empresa o a un tercero sobre la base de las garantías que presentan (prenda o hipoteca). El prestatario debe devolver al organismo financiero prestamista las cuotas que comporta la amortización del préstamo a las que se suman los intereses (precio del dinero prestado que se denomina *Riba* en el derecho musulmán y que, de hecho, está prohibido según la legislación musulmana denominada Charia). Hay que recordar que la usura sobre el interés y otras prácticas ligadas en particular al intercambio está estrictamente prohibida en el Islam⁵. A este respecto, Malek expone “el que ha prestado algo no debe exigir la restitución de algo mejor. Si toma algo más, aunque sólo fuera forraje, es usura”⁶.

Esquema 5. Contrato y confinaza. El ejemplo del contrato de venta



© Abdallah GABSI 15 de febrero de 2003

Esquema 6. El contrato de venta: su objeto, su causa y sus efectos



© Abdallah GABSI 15 de febrero de 2003

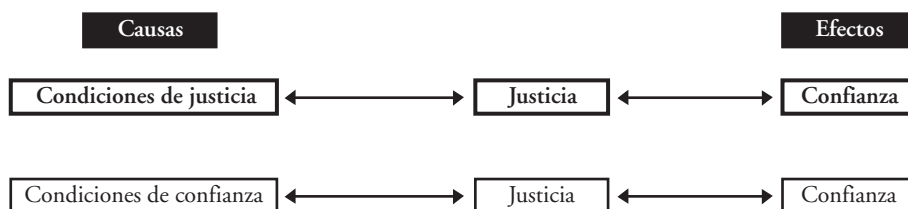
Estos pagos escalonados deben hacerse en plazos fijados de común acuerdo. El incumplimiento del pago instaura la desconfianza. El prestatario es catalogado en la categoría de deudores insolventes y pierde, por ello, toda la confianza que el organismo de crédito le otorga. Para ilustrar esto, nos referiremos a una anécdota muy conocida en el mundo árabe. Una persona que necesita recursos financieros se dirige a su vecino y le pide que le preste una cantidad de dinero que éste le concede amablemente. Al cumplirse el plazo de la devolución fijado, el prestatario cumple la obligación y le devuelve el dinero recibido, que el prestamista le pide que ponga en una caja que hay en una esquina de su salón. Un tiempo después, este mismo prestatario se encuentra de nuevo en la misma situación de necesidad y le pide al mismo prestamista la misma cantidad de dinero. El prestamista le dice que vaya a buscarla en la misma caja donde la puso la vez anterior. Pero, en esta ocasión, el prestatario no cumple con su obligación de devolver la cantidad que ha tomado prestada. Un tiempo después, el mismo prestatario necesita realmente dinero y va a ver al mismo vecino; cuando le pide que le adelante la misma cantidad, éste le orienta hacia la misma caja. Evidentemente, no

encuentra nada dentro. Se dirige al prestatario y le comunica que ha encontrado la caja vacía. Y el prestamista le dice fríamente: si hubieras devuelto el dinero como la vez anterior, seguramente lo habrías encontrado, y quiero precisarte que la confianza tiene toda la razón de ser cuando las partes presentes cumplen las obligaciones del contrato, pero en cuanto se deja de cumplir los deberes, la confianza se rompe y resultará muy difícil restablecerla.

No cumplir la obligaciones invalida la confianza e instaura la desconfianza. La renovación del contrato se hace por ello imposible. El hecho de que las partes del contrato inicial hayan cumplido sus compromisos es lo hace que se desee establecer entre ellas nuevos contratos.

El respeto de los compromisos favorece la justicia e instaura la *confianza*. Y toda *confianza* es generadora de renovación de dicha *confianza* (esquema 7).

Esquema. 7. Confianza-justicia. Interdependencia e interacción.



© Abdallah GABSI 15 de febrero de 2003

Un gran principio que aplican los códigos jurídicos es el de la omnipotencia de la voluntad de las personas para crear obligaciones. De hecho, no hay que detenerse en la creación de las obligaciones; lo que es importante es sobre todo el respeto de las obligaciones y su aplicación.

Los individuos están vinculados por los acuerdos que establecen en principio libremente y en pie de igualdad, sin que uno pueda imponer su voluntad al otro, en especial mediante la violencia; los compromisos que han suscrito obligan a cada uno de ellos con una fuerza comparable a la de la ley.

Hay que decir por lo tanto que la libertad contractual, la igualdad entre las partes y la fuerza obligatoria de los contratos representan los diferentes aspectos del principio de la omnipotencia de la voluntad, denominado también “principio de la autonomía de la voluntad”. También se habla de principio de la fuerza obligatoria de los contratos.

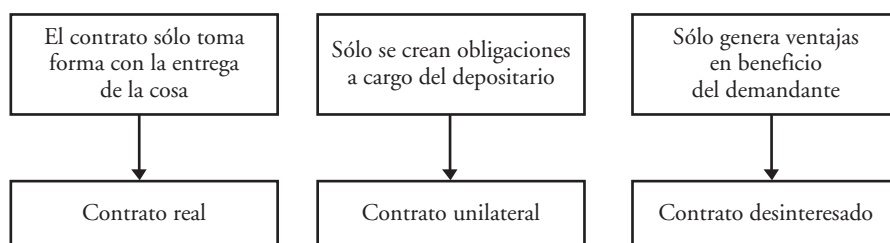
El contrato, que se establece en el respeto de las condiciones de fondo y de forma, instituye relaciones de confianza y se impone a las partes pero también a los jueces.

LOS DEPÓSITOS

Son prendas que dan un derecho sobre nosotros

Los depósitos se materializan con bienes (derecho real) o con títulos de crédito (derecho personal), sus propietarios tienen derechos sobre los depositarios (ver esquema 8).

Esquema 8. Contrato de depósito y sus caracteres.



© Abdallah GABSI 15 de febrero de 2003

La *confianza* crea relaciones de dependencia a las que las personas se someten voluntariamente. Las personas acostumbradas a que se les otorgue *confianza* quieren seguir gozando de ella. No quieren perderla e intentan consolidar sus bases para darle a esta confianza un carácter sucesivo.

Una *confianza* adquirida puede perderse fácilmente porque no hemos sabido conservarla. Por ejemplo, el titular de una cuenta bancaria puede seguir beneficiándose de la *confianza* de su banquero hasta el día en que empiece a extender cheques sin fondos, acto reprimido por el código penal. El autor de este acto pierde así la *confianza* de su propio banco, pero también la del sistema bancario en su conjunto, ya que el incidente se pone en conocimiento de otros bancos a través del fichero que mantiene el Banco central del país en cuestión. Es un ejemplo de la transparencia de la información para una mayor *confianza* en beneficio del sistema jurídico. Esta transparencia ejerce presión sobre los que firman cheques sin fondos y permite al sistema jurídico elaborar sus decisiones y adaptarlas a la realidad de la situación. En caso de reincidencia, por ejemplo, la desconfianza se acentúa y la sanción se amplía.

DERECHO MERCANTIL

Abuso de confianza y abuso de los bienes sociales

La infracción de abuso de bienes sociales y de abuso de *confianza* se introdujo en la legislación francesa por un decreto ley de 8 de agosto de 1935. Se trata de una infracción penal específica del derecho mercantil. Su definición se recogió en la ley de 24 de julio de 1966 por la que se rigen las sociedades mercantiles. Para tratar, aquí, de la confianza tomamos ejemplos significativos.

El artículo 437-3 tiene como objeto los delitos de reparto de dividendos ficticios, de presentación o de publicación de cuentas inexactas y finalmente de abuso de poderes o de votos.

El que otorga la *confianza*, al igual que el que la recibe, puede ocupar un puesto determinado en función de la naturaleza de la relación. Puede ser propietario (venta, alquiler, préstamo, mandato, depósito, etc.), confiar la responsabilidad a otra persona (nombramiento de un director de una sociedad o de una asociación, etc.). Se puede desempeñar una tarea y ocupar una responsabilidad, actuar por cuenta de otra persona (relación electo/elector y renovación de la *confianza por la reelección*). Todas estas relaciones no pueden mantenerse y reforzarse si no se reúnen las condiciones de instauración de la confianza.

En determinadas categorías de sociedades, como las sociedades mancomunadas, ejemplo tipo de las sociedades de personas, se concede una importancia especial al *intuitu personae*⁷ (que en latín quiere decir a la propia calidad de la persona del asociado). Los asociados se eligen para ejercer juntos la actividad comercial y beneficiarse de ella. Se eligen en base a la *confianza* que les une y rechazan la incorporación de nuevos socios por temor a que pueda perjudicar la confianza que une a los asociados. Y cuando desaparece uno de ellos, la sociedad llega a su fin. En este tipo de sociedad, lo que prima es la *confianza* entre los asociados.

Los asociados son responsables de forma solidaria e ilimitada del pasivo social. Lo que significa que en caso de que la sociedad no cumpla sus compromisos de pago frente a un acreedor, éste puede reclamar a cualquiera de los asociados, que deberá pagar por cuenta de la sociedad y que deberá reclamar a su vez a sus asociados para que éstos le paguen. De esta forma, la confianza se presenta, en este caso, como un coste para el que sufre la pérdida de dicha confianza entre los otros.

Esta característica específica no la encontraremos en las sociedades limitadas (S.L) o en las sociedades anónimas (S.A.). Sobre todo en las sociedades anónimas en las que cualquiera puede convertirse en asociado y su responsabilidad está limitada a su participación en el capital. Los accionistas no se conocen entre sí. Las acciones se compran y se venden en bolsa en el caso de sociedades cuyas acciones (títulos negociables) se cotizan en la bolsa. Los dirigentes tienen un mandato para gestionar. Y es porque tie-

nen la *confianza* de los asociados que deben preservar los intereses de éstos y de la sociedad, como persona jurídica.

A efectos de este artículo, el abuso de bienes sociales se da cuando los directivos de una sociedad anónima han hecho, de mala fe, un uso de los bienes o del crédito de la sociedad conscientes de que era contrario a su interés, con fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la que tenían un interés directo o indirecto.

El legislador ha decidido castigar severamente esta falta. Por la gravedad de las penas (prisión de cinco años y/o multa de 2.500.000 francos, es decir 381.123 euros), esta infracción entra en la categoría de los delitos⁸.

Con el reparto de dividendos ficticios y el abuso de poderes, el abuso de bienes o de créditos de la sociedad, denominado comúnmente abuso de bienes sociales, se encuentra en el centro del dispositivo represivo en materia de derecho mercantil. Estas tres incriminaciones sancionan en efecto la violación de un mismo principio fundamental de ese derecho, que obliga a distinguir entre el interés de la sociedad, considerada como persona jurídica independiente, y el interés de sus dirigentes, personas físicas.

Al igual que en el caso de los dividendos ficticios, el objeto del abuso de bienes sociales es más concretamente la lesión del interés patrimonial de la sociedad. En el fondo, se trata simplemente de una forma específica de robo, propio de esas personas jurídicas que son las sociedades anónimas, las sociedades limitadas o las sociedades por acciones.

El origen de ese delito debe buscarse en la evolución del derecho mercantil. En este contexto, al legislador le ha parecido útil reprimir este delito especial de desvío de bienes de la sociedad por parte de sus mandatarios. Teniendo en cuenta que estos mandatarios disponían de un poder general para administrar la sociedad en interés de ésta, los asociados podían exigir que respondieran penalmente de sus acciones en caso de violación de dicho mandato, constitutivo de un abuso de *confianza* en virtud del artículo 408 antiguo del Código Penal.

Esta acción sigue siendo, por otra parte, posible gracias al artículo 314-1 del nuevo Código Penal. El objetivo continúa siendo instaurar un clima de confianza necesario para el buen funcionamiento del mundo de los negocios. La confianza se genera en este caso especialmente por la amenaza de la represión.

La confianza condiciona la decisión de justicia

Para las empresas en dificultades, un tribunal de comercio puede decidir, en función de la *confianza* que revela el examen de la situación:

- la liquidación o la cesión de la actividad,
- o la continuación de dicha actividad.

La confianza se deduce de la lectura de los documentos contables y financieros de la empresa, pero también de la calidad de sus recursos humanos y en especial de la de sus directivos.

La decisión implica a menudo graves consecuencias y su apreciación es diferente en función de la posición del autor y de su sensibilidad, así como de su vinculación a las consecuencias de la operación. Si se opta por la continuación es porque hay elementos que dan testimonio de la confianza que se puede otorgar a la empresa para salir de la crisis. Si ya no hay confianza, el recurso a la liquidación o al cese de la actividad es la única solución posible.

TRANSPARENCIA Y CONFIANZA

La reglamentación para la *confianza*

En derecho mercantil, ejercer una actividad independiente a título individual o de una sociedad no significa que por ello se esté libre de un determinado número de formalidades. La creación de un negocio, su explotación, su cesión están acompañadas de obligaciones específicas frente a la administración. No cumplir dichas formalidades puede dar lugar a sanciones onerosas (multas, penalizaciones), e incluso a prohibiciones. Existe un registro mercantil en la secretaría de cada tribunal de comercio.

La empresa puede verse llamada a tratar con otras sociedades situadas fuera de la región en la que está implantada y, para favorecer la transparencia necesaria para la *confianza*, junto al registro local las autoridades han tenido que crear otro registro a nivel nacional. Cada secretaría a nivel local debe transmitir al instituto nacional de la propiedad industrial con sede en París una copia de las declaraciones recibidas. Este registro nacional es una garantía frente al riesgo de pérdida o de destrucción (incendio, etc.). Su objetivo es también favorecer la transparencia a nivel nacional.

Los registros están sometidos a formalidades de publicidad. Deben ser publicados en el BODAC (Boletín Oficial de Anuncios Legales) que es una edición especial del Boletín Oficial. Esta publicidad es necesaria para la transparencia indispensable para la instauración de la confianza. Saber con quién se trata es una necesidad para la identificación del interlocutor; el conocimiento favorece la confianza.

Si se trata de una sociedad, deben presentarse diferentes documentos ante la secretaría del tribunal, como anexo al registro: acta de nombramiento de los dirigentes, cuentas anuales... Cualquiera que esté interesado puede obtener, pagando los costes, una copia de la declaración de registro.

El comerciante debe indicar en sus documentos comerciales determinados datos, como el número en el Registro Mercantil y el importe del capital, garantía para los acreedores. Estos datos garantizan a los diferentes interlocutores la fiabilidad de la sociedad y les inspiran de esta forma confianza: una sociedad de derecho debe diferenciarse de una sociedad de hecho y de una sociedad ficticia.

Del mismo modo, la reglamentación de las profesiones consideradas como incompatibles con el ejercicio de la actividad comercial tiene como objetivo instaurar la confianza evitando el abuso de poder de los funcionarios (magistrados, etc.), de los miembros de profesiones liberales (abogados, expertos en contabilidad, médicos, etc.), de los oficiales de ministerios (notarios, ujieres, etc.). Siempre para establecer relaciones de confianza, el legislador ha intentado preservar a terceros de toda relación comercial con personas consideradas peligrosas, como los condenados penalmente (crimen, robo, estafa, abuso de confianza, etc.) y los directivos de empresas condenados a la quiebra personal por faltas juzgadas como efectivamente graves (desvío de bienes sociales, ausencia de contabilidad, etc.).

Un contrato vincula a las partes que lo han constituido. Para desvincularlas, es absolutamente necesario otro contrato. La fuerza vinculante del contrato se observa leyendo el artículo 1134 del Código Civil francés “las convenciones legalmente constituidas hacen las veces de ley para los que las han hecho”. Así, una obligación resultante de un contrato se impone con la misma fuerza que si fuera dictada por ley. El principio de la fuerza vinculante de los contratos tiene otra razón de ser en la regla moral del respeto de los compromisos y de la palabra dada.

Finalmente es indispensable que, al cerrar un contrato, cada una de las partes pueda contar con certidumbre en la ejecución de su persona por un co-contratante al que otorga su *confianza*; volvemos a encontrar una vez más la necesidad para el derecho de garantizar la seguridad de las transacciones. Así, hay que recordar que en interés de la sociedad en su conjunto deben cumplirse las promesas hechas. Si no se cumplen, la anarquía y la desconfianza se impondrán en el sistema.

No sólo cada una de las partes no puede, de forma unilateral, modificar el contrato que se ha concluido, sino que, en caso de litigio, el juez que debe decidir no puede modificar ninguna cláusula del contrato. De esta forma, el contrato se impone al juez, de la misma forma que se impone a las partes: tiene alcance de ley.

EL MATRIMONIO

Es un acto jurídico fundamental en el Islam

El matrimonio debe responder a condiciones de fondo y a condiciones de forma. Se trata de un contrato consensuado, solemne, sinalagmático, bilateral. En el derecho musulmán, es también multilateral en la medida en que el consentimiento supera al de los esposos; los padres son consultados de derecho o de hecho (ver la poligamia).

Los esposos se deben auxilio mutuo, asistencia y fidelidad.

Según estos tres conceptos presentados como obligaciones, los esposos se deben *confianza*. Son éstas las obligaciones jurídicas que instituyen la *confianza*.

A lo largo de todo el periodo del matrimonio, la *confianza* debe existir entre ellos. Si el contrato finaliza mediante el divorcio, la *confianza* ya no tiene razón de ser. La confianza se establece para una situación determinada y para un periodo determinado.

En el derecho musulmán, la poligamia está autorizada. Las obligaciones de auxilio, de asistencia y de fidelidad deben respetarse. Y además, el marido debe ser justo con todas sus esposas. Se trata de un contrato consensuado, solemne, sinalagmático...

Con la primera mujer el contrato es bilateral y se convierte en multilateral después del primer matrimonio. El consentimiento es multilateral en la medida en que para el segundo matrimonio es necesario el consentimiento de la primera esposa y para el tercero es necesario el consentimiento de la primera y de la segunda esposa.

Las obligaciones de auxilio, de asistencia y de fidelidad deben cumplirse entre el marido y sus esposas. La *confianza* que debe resultar del respeto de estas obligaciones entre el esposo y sus mujeres reviste un carácter multilateral. Otra obligación, y no de las menos importantes, incumbe al marido: debe tratar a sus esposas de forma totalmente igualitaria.

LA POLIGAMIA (ﺍﻟﻤﻨﺎﺯﻋﺔ)

La dificultad de realizar la justicia entre las esposas y de instaurar relaciones de confianza

El Islam no pretende en modo alguno fomentar la práctica de la poligamia sin verdadero discernimiento y respeto del procedimiento reglamentario. El Islam autoriza la poligamia pero no la impone. Y su autorización debe obedecer a dos condiciones:

- El número de esposas no debe ser superior a cuatro,
- y, además el marido debe tratar a sus diferentes esposas con equidad, sin favorecer a una en detrimento de las otras (Corán 4, 2-4).

El caso del Profeta Mahoma (ﺳﻴﺪﻧﺎ ﻣﻮﻫﺎﻣﻤﺎﺩ) está directamente regulado en el Corán. Y hay que precisar que el Profeta practicó la monogamia durante más tiempo que la poligamia; durante toda su unión con Khadija fue monógamo.

La cuestión de la poligamia no ha supuesto una dificultad hasta el siglo pasado. Fue entonces cuando, en su deseo de que los países musulmanes volvieran a ser poderosos, y al constatar las nefastas consecuencias que tenían en el interior las rivalidades entre co-esposas y sus respectivos hijos, los reformistas musulmanes como Qâsem Amîn, el imán Mohammad Abdoh y otros reaccionaron con firmeza. Chocaron con los tradicionalistas de entonces que pertenecían a menudo a círculos de hombres religiosos o a medios feudales.

Se han presentado diferentes argumentos para apoyar o para invalidar la poligamia. Entre las razones citadas para apoyar la poligamia encontramos las siguientes:

- El Profeta Mahoma y sus primeros compañeros la practicaron.
- Cuando una catástrofe como una guerra hace que se reduzca el número de hombres respecto al de mujeres, la poligamia ha permitido a las mujeres casarse legalmente y evitar así caer en la prostitución y en el libertinaje. La poligamia aparece como un acto jurídico que ofrece a estas víctimas una vida familiar decente y honorable al mismo tiempo.

- Cuando la mujer es estéril y el marido desea tener hijos, en lugar de divorciarse de su mujer, y con el consentimiento de ésta, contrae matrimonio con una segunda mujer.

- Cuando la mujer padece una enfermedad incurable que le impide tener relaciones sexuales, el marido, de acuerdo con su primera mujer, tendrá una segunda esposa y con el consentimiento de las dos primeras, podrá tener una tercera esposa. El número de esposas no puede ser superior a cuatro.

- La poligamia abierta y franca parece preferible al engaño practicado secretamente; afecta de una manera directa o indirecta a las relaciones de confianza que los hombres establecen con su esposa y con la sociedad a la que pertenecen.

La poligamia practicada en el sentido de la reglamentación aparece como un remedio paliativo a determinadas situaciones totalmente particulares. Pero algunos, porque la practican importándoles poco su objetivo, suscitan injusticias no sólo hacia mismos sino también hacia los demás. Por su comportamiento irresponsable, impiden que la terapéutica (en este caso, la poligamia) tenga el efecto esperado por las personas que se encuentran, por necesidad, en una de las situaciones anteriormente indicadas.

Las condiciones de vida no son siempre fáciles de manejar. Hoy en día, con el desarrollo económico y social, las responsabilidades matrimoniales y de parentela son cada vez más complejas para un monógamo y, en mayor medida, para un bígamo por no hablar ya de un polígamo.

Antes de lanzarse a la poligamia es necesario y fundamental evaluar las necesidades de la nueva esposa y de sus futuros hijos. Por ello el Corán especifica:

« ...Si teme no ser equitativo, tome una sola esposa... » (S. 4/V. 3)

« ...Si teme no ser equitativo, tome una sola esposa... » (S. 4/V. 3)

« ...Si teme no ser equitativo, tome una sola esposa... » (S. 4/V. 3)

Según Abou Houreira, citado por Mouslim, Abou Daoud y Termidhi en un hadith el Profeta Mahoma dijo: « El que tiene dos esposas y no es equitativo con una de ellas, llegará el día del Juicio Final con la mitad del cuerpo encorvado hacia un lado ».

Algunas legislaciones admiten la poligamia informal basada en la infidelidad y no dan estatuto a esta situación (un tipo de poligamia) que crea una desintegración en la célula familiar, consecuencia de esta ilegitimidad y de la pérdida de confianza.

Convendría señalar además que, en muchos países, la poligamia sólo es practicada por una minoría ínfima. En Túnez, la poligamia fue prohibida desde la independencia y la proclamación de la República. Y desde entonces, la poligamia constituye una rareza. En Egipto, la poligamia no llega al 4% y en la mayor parte de los casos se trata de bígamos que han tomado una segunda esposa para tener hijos varones o los hijos que la primera esposa no les ha dado.

Frente a esta tendencia, se observa una actitud opuesta que, sin condenarla (puesto que el Corán la permite), desearía limitar la poligamia a casos totalmente excepcionales:

- Una primera razón a favor de la monogamia como forma normal de matrimonio es la importancia que se concede al poder político y al desarrollo moderno. Los que desean la grandeza de los países musulmanes y que, constatando que la poligamia divide a menudo los hogares, arruinando así la educación de los hijos, sólo ven la salvación en una educación sólida de los futuros ciudadanos, educación que exige unos hogares unidos y monógamos. Uno de los reformistas egipcios musulmanes más célebres, el imán Mohammad Abdoh (fallecido en 1905), escribía: “ No hay forma de educar a una nación en la que la poligamia está generalizada. ”

- Una segunda justificación de la monogamia procede de la idea de justicia generadora de confianza. El Corán exige que el marido sea “justo” con sus mujeres, si tiene varias (Corán 4, 3) (Ver más arriba). Sin embargo, otro versículo de la misma *surata* parece decir claramente que la justicia es imposible en ese caso (Corán 4, 1 28-1 29).

A este respecto, la tradición había señalado que una justicia absoluta es imposible: bastaría con no inclinarse totalmente hacia una de sus mujeres. Por otra parte, que el marido reparta por igual entre todas sus esposas los favores que les concede: noches, regalos, etc. Pero hoy en día los partidarios de la monogamia señalan que en el mundo moderno, un marido no puede ser justo con sus mujeres, si tiene varias. Por lo tanto, según el propio Corán, la poligamia debe ser limitada a casos excepcionales (Corán 4, 3) (Ver más arriba). En esta situación, resulta difícil instaurar la confianza.

LA CONFIANZA SE DA, SE ATRIBUYE Y SE CONCEDE: SE MERECE

La *confianza* siempre es del agrado del que la recibe, especifica La Rochefoucauld. Al igual que la amistad, implica igualdad y reciprocidad. Evidentemente, agrada al que la recibe y éste debe devolverla si quiere mantenerla y reforzarla. La perennidad de la *confianza* es discutible. La *confianza* otorgada sólo adquiere carácter permanente si se reúnen determinadas condiciones.

En el ámbito laboral, observamos en el caso de algunos asalariados un contrato que han mantenido a lo largo de toda su carrera. Debido a las relaciones de *confianza* que existen entre el asalariado y su empleador el contrato ha podido mantenerse. Incluso si los intereses de los empleadores (beneficio) y de sus empleados (salario) son a primera vista antagonistas, éstos, por el clima de confianza que consiguen establecer, los hacen totalmente complementarios e interdependientes. El espíritu de estudio y de análisis desarrollado en el ser humano mediante la enseñanza, la educación y la formación inicial o continua permite identificar las relaciones que existen entre los diferentes agentes socioeconómicos y favorece el establecimiento de las relaciones de confianza.

Si la *confianza* se presenta, según La Rochefoucauld, como una especie de dependencia a la que nos sometemos voluntariamente, es que es inherente a un acto jurídico que, contrariamente al hecho jurídico, implica la voluntad de su autor. Es esta voluntad de hacer o de no hacer la que confirma o invalida la confianza que las partes presentes en el contrato se otorgan mutuamente. El establecimiento de un contrato de transporte es un acto jurídico en la medida en que las partes acuerdan voluntariamente actuar y comprometerse. Un accidente ocurrido a lo largo del recorrido es un hecho jurídico, puesto que se produce al margen de la voluntad de las partes. Incluso si se tiene confianza en el transportista, puede producirse un accidente aunque sea por causa de fuerza mayor (causas naturales...).

El accidente puede resultar de las actuaciones y de las inconsecuencias del transportista que conduce, por ejemplo, en estado de embriaguez. ¿Cómo es posible, en este caso, seguir confiando en él? Evidentemente, su responsabilidad está determinada y debe, en una sociedad de derecho, reparar los perjuicios causados. Si no conducía en estado de embriaguez, y en el caso en que no se le pueda atribuir ninguna responsabilidad, la confianza puede no invalidarse desde un punto de vista totalmente objetivo. Sin embargo, en el plano subjetivo, la confianza puede ser cuestionada en función de la idea que podamos hacernos sobre el comportamiento⁹ del responsable del hecho ocurrido.

La instauración de la confianza requiere recurrir a la objetividad y a la racionalidad. Incluso cuando la confianza está rota, puede restablecerse si unas pruebas tangibles vienen a apoyar lo contrario de lo que acaba de exponerse.

LA CONFIANZA SEGÚN LA NATURALEZA DEL ACTO

Confianza espontánea y confianza condicional

– Acto unilateral: atribuido por una de las partes a la otra. Algunos la otorgan y no esperan nada de los otros. Es el caso de las donaciones a personas físicas o a personas jurídicas (como por ejemplo, los bienes *habous*¹⁰ en derecho musulmán).

Hay que señalar que cada vez con mayor frecuencia la gente tiende a conceder las ayudas a las personas jurídicas que han dado prueba de credibilidad o de *confianza*. Cuántos financiadores han decidido no volver a conceder sus fondos a instituciones cuyos dirigentes se han mostrado deshonestos y no pueden, por consiguiente, merecer su confianza. Están los que la dan y esperan algo a cambio del que la recibe. Algunos países se niegan a conceder sus ayudas a los que no respetan los derechos humanos por ejemplo. Podemos señalar así la *confianza* condicional o condicionada.

– Bilateral: la *confianza* se atribuye de una parte y de otra. La *confianza* de uno condiciona la *confianza* del otro. Es sobre esta *confianza*, entendida como una virtud, sobre la que se institucionalizan las relaciones entre las personas físicas o jurídicas. El contrato se rompe por falta de *confianza*.

– Multilateral: la *confianza* existe entre las partes presentes en el contrato. Las convenciones surgen de varias partes a la vez. Deben ser respetadas por cada una de ellas. El incumplimiento de las obligaciones de una de las partes afecta a los fundamentos mismos del contrato pero también a la confianza global que esperan esas partes.

PRUEBA Y CONFIANZA

Medios de prueba perfectos e imperfectos

Los medios de prueba utilizados condicionan de manera indiscutible la decisión judicial. Un error referido a uno de los medios de prueba falsea la decisión judicial y afecta a la confianza que se puede tener en la justicia.

En efecto, no todos los medios de prueba inspiran el mismo grado de confianza. Es cierto que los medios de prueba llamados perfectos (pruebas escritas) inspiran más confianza que los calificados como imperfectos (pruebas no escritas). El personal de justicia exige a las partes que aporten la prueba de los hechos a los que aluden. Corresponde pues a las partes (demandante y defensor), ambos sujetos de derecho, aportar la prueba para convencer al juez de la verdad de los hechos y de los actos que presentan.

Algunos medios de prueba son llamados perfectos porque pueden utilizarse en todas las circunstancias. Se presentan por escrito (documento público o notarial y documento privado...). El documento público tiene una fuerza probatoria entre las partes y respecto a terceros. Por el contrario, el documento privado tiene una fuerza probatoria o absoluta entre las partes (salvo impugnación de escrituras), pero sólo tiene una fuerza absoluta frente a terceros si su fecha es auténtica (documento registrado). Ambos medios de prueba son llamados perfectos pero en algunos ámbitos, como el inmobiliario, se prefiere el documento público al privado.

Por tratarse de documentos escritos se los considera medios de prueba perfectos e inspiran, por consiguiente, la máxima *confianza*.

La confesión en materia penal: Confesar es reconocer algo ante la justicia. Se mencionan a menudo confesiones en materia penal: es efectivamente en este ámbito donde se utiliza con mayor frecuencia, pero puede utilizarse en todos los ámbitos. El juez debe contemplar el conjunto de los aspectos confesados, y no sólo los que van en contra del interés del que ha confesado.

En la confesión, el culpable se confía al juez no porque tenga confianza en la persona del juez sino porque el remordimiento que pesa sobre su conciencia le obliga a decir la verdad: hablar es descansar en el plano psicológico en la medida en que se vuelve a encontrar la paz con su conciencia o se vive en paz con su conciencia.

Se dice que el derecho, contrariamente a la moral, conlleva sanciones, como si la moral estuviera realmente exenta de sanciones. En ciertos casos, la moral recae con todo su peso sobre la conciencia del autor del acto inmoral. Puede llevar a su autor al suicidio; el dolor que conlleva pesa tanto que el autor del acto encuentra su descanso en la revelación de la verdad.

LES PRESUNCIONES LEGALES

Son hechos a los que la ley atribuye un valor determinado que nadie puede impugnar. Así, cuando un hecho es juzgado definitivamente, agotadas todas las vías de recurso, debe ser considerado como verdadero y la decisión de los jueces debe ser ejecutada. Se trata de la autoridad del hecho juzgado. En materia penal, varios casos han sido juzgados habiendo agotado todas las vías de recurso y años después se ha descubierto que el que se consideró culpable era realmente inocente: el verdadero culpable acabó confesando. El error judicial cometido afecta indiscutiblemente a la confianza que se otorga al sistema judicial. Se dice que el error es humano, pero el error suscita el odio y la incompreensión del que ha sido juzgado injustamente. Un proverbio árabe dice: “sólo siente realmente el dolor de la quemadura el que ha sido quemado”.

Los otros medios de prueba no siempre pueden ser utilizados o no son suficientes en sí mismos para probar. Se les llama imperfectos.

EL TESTIMONIO EN EL DERECHO MUSULMÁN

La identidad del testigo, un hombre por dos mujeres

El Qadhi (Magistrado musulmán) acepta que la prueba de un determinado acto jurídico pueda ser aportada por un acto en el que estén especificadas las afirmaciones de los testigos que hayan asistido a la conclusión del acto. Los testimonios, actos denominados también actos de notoriedad, han sido utilizados durante mucho tiempo por el Qadhi para zanjar un problema determinado. A pesar de toda la vigilancia de la que pueda dar prueba el Qadhi, los falsos testimonios, reprimidos por el Derecho musulmán, pueden provocar errores.

El testigo está obligado a decir la verdad y nada más que la verdad (*الحق لا يورث*). Un falso testimonio puede inducir a error al juez lo que conlleva su prohibición formal. Para crear un clima de confianza se puede sancionar duramente a los autores de falsos testimonios.

Sabemos que la identidad de los testigos debe ser confirmada y probada, tanto en el caso del hombre como en el de la mujer y que para determinados asuntos, relacionados con la herencia por ejemplo, el testimonio de dos mujeres equivale al de un hombre. De ahí, se plantea cómo comprobar la identidad de la mujer cuando ésta sólo puede descubrir su rostro ante los hombres con los que el matrimonio le está prohibido (padre, hermano...) entre los cuales no puede estar, en particular, el Qadhi. Y hay que añadir que, en aras de la objetividad de la decisión a adoptar en el plano judicial, el Qadhi no debe tener lazos de parentesco con los demandantes. Asimismo, en función de los lazos de parentesco, el testimonio de determinadas personas está excluido por ley y *no puede, por consiguiente ser aceptado*.

En virtud de los lazos de parentesco que podrían existir entre una persona presente en el juicio y el juez, el juicio debe ser rechazado por razones de subjetividad. Este principio, válido en Derecho musulmán, lo es también en los otros Derechos occidentales.

EL JURAMENTO

Es un medio de prueba en una sociedad de creyentes

El juramento de fidelidad instituye un lazo sagrado entre el Imán (jefe espiritual) y Dios, entre los fieles y el Imán, entre Dâr al-islam (la casa del Islam) y Dâr al-‘ahd (la casa de los límites).

También, hay que recordar que el juramento es un medio de prueba serio, en particular, en Derecho religioso. En Derecho, el juramento puede ser decisivo o suple-

torio. El juramento decisorio hace decidir al juez. La parte que jura la primera es la que gana el pleito. Tomemos el ejemplo de dos partes A y B presentes en el pleito. La parte A pretende haber prestado a la B una cantidad de dinero y ésta niega, categóricamente, haber recibido tal cantidad. Ningún documento público o privado ha sido establecido. Se puede recurrir al juramento decisorio o supletorio.

En el juramento decisorio, una de las partes puede pedir a la otra que jure lo que alega que es cierto. Si se niega a jurarlo, pierde el pleito. Puede también remitir el juramento a la otra parte. Si ésta jura, gana el juicio, de lo contrario lo pierde. Este medio de prueba, muy arriesgado para el que recurre a él, es muy poco utilizado por las partes. Por ejemplo, A puede, para utilizar el juramento decisorio, pedir a B que jure no haber recibido jamás la cantidad indicada por A. Si B lo jura, el pleito termina y no debe ya nada a A. Pero B puede pedir a A que jure que es cierto que le ha prestado la cantidad especificada en los actos del procedimiento. Si A jura, B debe, en este caso, devolver la cantidad en cuestión a A. El juez está obligado a dictar esta decisión. En este caso, se dice que el juramento es decisorio y determina así la decisión del Qadhi (Juez musulmán).

El juramento supletorio, al contrario que el juramento decisorio, no hace decidir al Qadhi pero le permite hacerse una idea sobre los hechos a juzgar para elaborar su decisión. El juramento supletorio es, pues, el que se realiza a petición del juez. Lo opone a una de las partes, con el fin de hacerse una idea. Este juramento, al contrario que el juramento decisorio, lleva al Qadhi a preparar su decisión pero no la determina poniendo fin al proceso.

Como los otros medios de prueba, el juramento procede de la confianza.

EL PRECIO DE LA CONFIANZA: SU MÉRITO

Las garantías que debe presentar el comerciante permiten que la clientela tenga *confianza* en sus productos.

Las empresas cobran a la clientela la *confianza* que ofrecen. Algunas se comprometen a respetar el entorno, a promover la situación de su personal, a presentar garantías (que los niños no trabajen); benefician así de un cierto número de distintivos, certificación ISO 9001 o 9002. Este distintivo, en función de las garantías que presenta, atrae a la clientela a la que ofrece confianza.

La *confianza* es un tributo que pagamos a su mérito. En el intercambio¹¹ de la *confianza* hay sin duda un acreedor, se trata en efecto del que la da o la concede, y un deudor que es pues el que debe devolverla. El precio de este intercambio no es otro que el mérito. La *confianza*, si es merecida, podrá seguir existiendo y perpetuarse. El

deudor debe probar a su acreedor que la ha merecido adecuadamente. De hecho, tiene que probar de manera adecuada al acreedor que es digno de la *confianza* que ha recibido. Es porque ha cumplido correctamente su deber jurídico por lo que seguimos *confiando* en él.

El reconocimiento y la gratitud deben alimentar la *confianza* para mantenerla y desarrollarla. Por ejemplo, en materia de deontología, el Magistrado, como cualquier otro funcionario o no funcionario (el asalariado, el médico, etc.) debe respetar el secreto profesional. No debe desvelarlo ya que afectaría a la *confianza* que se le concede: todo el mundo tiene derecho al respeto de su integridad física y moral. Desvelar ese secreto profesional podría ser considerado como una intromisión y una violencia moral ejercida en contra del que la padece.

Es una prueba de su fe. Cuando una persona se confía a otra persona, la confianza es, para ella, un testimonio sagrado. Conviene, por consiguiente, preservar ese testimonio tratando de no desvelar su contenido a otras personas ni utilizarlo con otros fines.

La *confianza* pertenece al que está en medida de concederla. Se comparte con el que la recibe. Cuando se rompe, las relaciones se tambalean y el contrato no tiene ya razón de ser.

LA PRESUNTA CONFIANZA EN LA MAGISTRATURA

Las cualidades del Qadhi deben inspirar confianza

El Magistrado es nombrado sobre la base de la obtención de un diploma que ratifica sus competencias en materia de interpretación y de aplicación de las reglas del derecho, la formación inicial. Para consolidar esta competencia, una formación continua resulta totalmente útil. En su nombramiento, el Magistrado goza de una presunta confianza. Puede conservarla como también puede perderla si comete faltas o incluso si éstas son cometidas por su culpa o con su complicidad.

Investido de esta noble función, debe impartir justicia. Las decisiones que adopta pueden ser recurridas. La anulación repetida de sus decisiones por una jurisdicción de grado superior le permite hacerse una idea de la confianza que se le puede otorgar.

La Rochefoucauld¹², insistiendo en las razones para apoyar la aplicación de la justicia, escribe: “en la mayoría de los hombres, el amor de la justicia no es más que el temor a sufrir la injusticia”. Para instaurar una justicia de confianza, los magistrados, así como los representantes de la justicia, deben obedecer a determinadas condiciones que se consideran necesarias para esta instauración.

El personal de justicia debe responder a determinadas condiciones para que inspire confianza

- Debe ser competente en su ámbito.
- Debe gozar de independencia.
- Debe beneficiar de la autoridad de la persona y de la del hecho (autoridad del hecho juzgado: una vez agotadas todas las vías de recurso, debe considerarse como verdadera y la decisión del juez debe ejecutarse).
- Debe estar movido por el espíritu de justicia.
- Debe buscar la equidad, la legalidad y la igualdad.
- Debe servir de ejemplo a los demás.

El juez debe aplicar la ley aunque no comparta sus orientaciones. La ley es votada por el Parlamento. Corresponde al Magistrado utilizarla para emitir su juicio que será ejecutado por el poder ejecutivo. Esta ley es votada por la mayoría de los diputados. El juez, aunque no esté de acuerdo con esta ley, debe no obstante aplicarla.

Existen límites impuestos por la ley a la libertad de las partes contratantes. Para que la libertad contractual se imponga a las partes y al juez, es necesario que esta libertad se realice en el respeto de la ley que jerárquicamente se encuentra por encima del contrato. El contrato es nulo y por consiguiente no tiene ningún valor jurídico cuando no se han cumplido ciertas condiciones de fondo o de forma (objeto ilícito...). En este caso nos encontramos también ante un ejemplo del carácter multilateral de la *confianza* en lo referente al sistema jurídico.

LA CONFIANZA SE MIDE POR LA FIABILIDAD Y POR LA SOLIDEZ DE LAS ESTRUCTURAS

Es una condición para el desarrollo

El desarrollo de un país se juzga sobre la base de la consolidación de sus estructuras políticas, administrativas, económicas, sociales, fiscales, jurídicas, etc. (ver esquema 1 para las diferentes categorías de un entorno coyuntural o estructural).

En un sistema globalizado, los inversores se orientan hacia los países que les ofrecen *confianza*. La apreciación de ésta se hace, por supuesto, sobre la base de la fiabilidad, de la validez y de la solidez de esas estructuras.

La estabilidad política, la fiabilidad de los sistemas (del bancario en particular), la flexibilidad y la competencia administrativa apoyan también la instauración de la confianza e incentivan a los inversores extranjeros por ejemplo.

Los inversores saben que las relaciones de producción y de distribución crean, muy frecuentemente, conflictos que el sistema jurídico debe resolver.

La confianza que los ciudadanos manifiestan hacia un determinado sistema jurídico tiene en cuenta los aspectos cuantitativos o cualitativos propios de los componentes del sistema.

Durante mucho tiempo, algunas personas sólo han tenido obligaciones. Los derechos no les habían sido reconocidos. Por lo tanto, su condición no era otra que la de esclavo y debían por consiguiente obedecer las órdenes de su Amo. Abolida la esclavitud, el sistema jurídico permitió (al derecho objetivo) reconocer al individuo prerrogativas (derecho subjetivo) y someterle a unas obligaciones. Estos derechos y obligaciones atribuyen al ser humano la personalidad jurídica. La persona, se convierte, de esta forma, en sujeto de derecho y debe contribuir, a su vez, mediante una actitud honesta, en particular, al desarrollo de la confianza en el sistema.

Para mantener el orden público, el Estado, mediante sus diferentes poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), totalmente independientes en principio, adopta medidas jurídicas para instaurar la confianza.

La legislación referente a la protección de los consumidores constituye un ejemplo tipo del mantenimiento del orden público mediante la instauración de la confianza en el control de la calidad de los productos, mediante la reglamentación de las actividades de producción y de distribución para luchar contra la competencia desleal nociva para el funcionamiento del sistema económico. El sujeto de derecho prevenido debe, mediante una contribución dinámica, participar en la fiabilidad del sistema del que forma parte.

SITUACIÓN QUE AFECTA A LA CONFIANZA DEL JUEZ: LA REINCIDENCIA

El análisis del registro de los antecedentes penales, lleva al juez, ante determinadas situaciones, a dar una oportunidad suplementaria al justiciable, la sentencia es pronunciada pero se mantiene en suspenso. Durante un tiempo determinado, el procesado no puede cometer otra falta ya que, en ese caso, la condena en suspenso se haría firme. El sistema jurídico es valorado por la aplicación de las reglas que rigen su funcionamiento y por la *confianza* que desprende y que trata de instaurar.

La *confianza* es global cuando se refiere a todos los componentes del sistema jurídico. Los conflictos aparecen cuando la *confianza* ha sido quebrantada por una u otra razón. Los componentes del sistema jurídico deben basarse en la *confianza* (sujeto y objeto).

– El personal de justicia debe pronunciar con toda imparcialidad las decisiones esperadas para la resolución de los conflictos.

En contrapartida, el juez tiene la autoridad de la *confianza* que el sistema le otorga. Esta *confianza* es renovada constantemente hasta el momento en que un acontecimiento contrario a la deontología de la profesión le pone en situación de falta grave. En este caso la *confianza* de la que goza está rota, su autoridad quebrantada y sus funciones suspendidas y la independencia de la que gozaba hasta entonces da paso a la dependencia; se convierte él mismo en sujeto de derecho y las sanciones son pronunciadas contra él.

– La calidad del sujeto de derecho tiene mucho peso en un sistema jurídico. Así, la compra de un vehículo de segunda mano a un vendedor de vehículos de ocasión o a un particular no puede ser enfocada de la misma manera, cuando se descubre un vicio oculto tras la adquisición del objeto. El profesionalismo del primero condiciona la confianza del comprador. El vendedor, presuntamente, está al corriente de los defectos que conlleva el objeto, en este caso el vehículo. Esta presunción no puede aplicarse en el caso del particular por su falta de profesionalismo. Si el comprador prefiere dirigirse a un profesional y acepta pagar un precio más elevado que el que ofrece un particular es sencillamente porque el vendedor de vehículos de ocasión es más competente para descubrir los defectos del coche.

– El objeto, sus características, sus cualidades, su valor, etc, deben ofrecer garantías al comprador. Cualquier maniobra fraudulenta conlleva para el comerciante diligencias y sanciones graves porque no ha dado prueba de confianza.

Un comerciante debe respetar un determinado número de reglas y responder a la *confianza* que le otorgan la clientela y sus socios. Cuando quiebra, no puede ya comerciar. La pérdida del capital económico, garantía de los acreedores, conlleva evidentemente la pérdida del capital *confianza* del que goza, pérdida para la que se ha hecho publicidad con el fin de proteger a los acreedores e instaurar la confianza para ellos.

EL DERECHO INTERNACIONAL

Para una paz social a escala del planeta

En derecho internacional, el incumplimiento de las obligaciones puede llevar a las poblaciones a la amargura y a reacciones que podrían ser violentas.

La falta de *confianza* puede desembocar en la violencia. Un padre que ve a su hijo padecer actos de violencia física o moral pierde evidentemente toda confianza y puede reaccionar con violencia. Esta actitud puede ser también la de cualquier ciudadano

consciente que rechaza para los otros lo que rechaza para sí mismo. Cuando las decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU son impugnadas y rechazadas, podemos preguntarnos por las consecuencias. En cualquier caso, la confianza está rota en la medida en que el Consejo de Seguridad es un lugar de negociación política continua entre estados. Siempre resulta difícil para los ciudadanos conscientes observar la puesta en práctica de la política de la ley de doble rasero.

Lo absurdo “mata” la *confianza*. La claridad, la transparencia, la equidad, la imparcialidad y la justicia la hacen revivir, la alimentan, la estimulan, la refuerzan...

Por ejemplo, en tiempos de guerra con ocupación del territorio, están presentes dos sistemas jurídicos: el del ocupante y el del ocupado. Unos tratan de oprimir y los otros tratan de liberarse. Obedecer al sistema jurídico del ocupante es reconocer al ocupante y legitimar su existencia. Al no confiar en el sistema jurídico del ocupante no se le concede ningún reconocimiento. Lo que desemboca en una ruptura total: la negociación es abandonada y la palabra cede su sitio a las armas por falta de confianza de ambas partes.

El rumor, que afecta a la transparencia y por consiguiente a la confianza, agrada al que lo propaga, pero al repetirse, a menudo por falta de imaginación, los mismos discursos y argumentos, se acaban descubriendo. Perderá, después, toda la confianza de la que gozaba por parte de todos los demás y en particular de la víctima del rumor. La política de designación del chivo expiatorio para una paz social tiene límites en la medida en que la verdad terminará por estallar. La historia no perdona, decimos. Cuántos responsables supremos se han convertido en sujetos de derecho y de justicia. Todos han tenido que ser penalizados, al ser todos iguales ante la ley en un sistema jurídico fiable y fundado en la confianza que les hace sujetos de justicia e iguales ante la ley.

PODER, DEMOCRACIA Y CONFIANZA

El carácter aleatorio de la confianza

En el caso de la moción de censura, se trata de votar la *confianza* hacia el Gobierno. El jefe de Gobierno compromete la responsabilidad de su Gobierno en lo relativo a un texto. En el ejemplo de Francia, una décima parte de los diputados presenta una moción de censura. Si ésta es votada (el “sí” gana) el texto es rechazado y el Gobierno derrocado. En el caso en que la moción de censura sea rechazada (gana el “no”), el Gobierno se mantiene y el texto es adoptado. En este caso, el Gobierno goza de la confianza de los diputados y puede, por lo tanto, seguir dirigiendo los asuntos del Estado.

El proceso democrático se valora a través del equilibrio instaurado entre los poderes que rigen las relaciones entre las diferentes fuerzas vivas. Para Maquiavelo, por ejem-

plo, el Príncipe, representante de las virtudes, debe buscar constantemente el equilibrio entre los Grandes, el Pueblo, los Hombres de la Fuerza pública (la política y el ejército), los Intelectuales (los Hombres de letras ...).

Este equilibrio está totalmente condicionado por la coyuntura nacional y por el entorno internacional. El equilibrio parcial sigue siendo, es cierto, uno de sus principales objetivos. Pero, es el equilibrio global el que debe importar más. Es en este equilibrio donde se aprecia globalmente el ejercicio del poder del Príncipe y en el que se basa su popularidad. Esta popularidad está en función de la confianza que inspira a su pueblo.

En cuanto a la Princesa, simboliza, según Maquiavelo, la fortuna. Pero esta fortuna, incluso si es realmente abundante, está lejos de ser ilimitada. Conviene, pues, controlarla para dominarla en el interés general que el Príncipe trata de preservar y que va en su propio interés y en el del país que gobierna. De las interacciones entre los diferentes flujos que transitan entre el Príncipe, la Princesa y los diferentes actores políticos (agentes socioeconómicos) nacionales o extranjeros, se deriva el equilibrio general que busca el Príncipe para mantenerse en el poder. La tarea del Príncipe, hay que decirlo, es tanto más compleja y difícil de realizar en la medida en que los intereses de esos diferentes agentes son antagonistas siendo, a veces, complementarios.

Todos sus esfuerzos y todos los esfuerzos combinados de sus Ministros y de sus colaboradores principales o auxiliares, deben ser desplegados para que su arte de gobernar le permita realmente ser a la vez Guía y Autoridad escuchada y seguida. Por ello, el Príncipe reproduce la confianza que trata, constantemente, de renovar con sus actores políticos respecto a los Gobernados. La comunicación y la información permiten aclarar determinadas cuestiones y condicionan la confianza que se otorgan el Príncipe y su pueblo.

Para descargarse de algunas de sus funciones, el Príncipe delega parte de su poder a sus colaboradores. A veces, encontramos al hombre adecuado en el sitio adecuado. Pero no siempre es así. Algunos, por sus actuaciones irreflexivas o por un comportamiento terco, y creyendo actuar bien, crean situaciones encrespadas que afectan a la confianza y a la imagen que el pueblo tiene de su Príncipe. Si surgen problemas y éstos mancillan la reputación del país, conviene poner remedio a la situación antes de que ésta se agrave ya que, algunas veces, observamos en estos pocos, una incompetencia notable para definir el problema y aún más para aportar una solución. A veces, y sobre todo cuando se temen las reacciones del Príncipe, a menudo fruto de la imaginación, asistimos a una deformación de la información auténtica y a una ocultación de la verdad y de la realidad de los hechos. Así la falta de intervención rápida para resolver dificultades, inicialmente menores o insignificantes, crea una situación compleja con consecuencias que se consideran muy graves. Los responsables de una situación tan indeseable para los demócratas se ven, algunas veces, investidos, con o sin periodo de suspensión de actividad, de otra función o de la misma función pero en otro espacio como se dice en árabe (*Kullifû 'aw sawukallafû bi mahâmen ukhrâ*). ¿Al mantenerlos en

esta misma función, en la que ya han sufrido un fracaso, no corremos el riesgo de desplazar los problemas de un sitio a otro, e incluso de agravarlos, en vez de atajarlos?

Frente a tales situaciones, hay que recordar la vigilancia hacia los autores de actos considerados incluso de gravedad leve, y los consejos de Ibn Khaldûn, (historiador, hombre de Estado y juez musulmán –nacido en 1332 y fallecido en 1406) son de gran interés en lo referente a este tema: “Nunca tomes a la ligera ningún pecado. No animes a los envidiosos... No tengas piedad con los pecadores... No confíes en los delatores. No te fíes de los embusteros... No seas amigo de los ingratos... No alabes a los hipócritas... Déjate aconsejar por los hombres llenos de experiencia y de sabiduría...”.

¿Hay que esperar que los problemas acaben allí donde han surgido y que cada uno sea responsable de sus actos para construir el proceso democrático, comprometiendo e implicando las competencias potenciales para instaurar así la confianza?

De esta manera podremos dotar a cualquier país de una buena imagen de marca, como una de las mejores formas de publicidad para promover las actividades económicas, en particular, las que están abiertas al resto del mundo.

Este sistema político y sus consecuencias, evocadas a través del análisis de *El Príncipe* de Maquiavelo, se encuentran, la mayoría de las veces, confirmados en los sistemas políticos de las sociedades contemporáneas.

La posición adoptada por un determinado país agrada a los que la comparten y desagrade a los otros. En el contexto internacional actual, caracterizado por el problema iraquí, la posición de los Presidentes de los países que están en guerra contra Irak es valorada por los que comparten esta posición y criticada por los que apoyan la posición contraria: el Presidente Chirac que inició su papel de Presidente de la República con una popularidad baja se encuentra hoy en día apoyado por el 90% de los franceses sea cual sea el Partido al que pertenecen. Esta posición, calificada de valiente, ha reforzado la confianza del pueblo francés hacia su Presidente que no deja de repetir en sus diferentes alocuciones radiotelevisadas la palabra clave “sabiduría por la paz”.

CONCLUSIÓN

Para terminar, podemos decir que el establecimiento del contrato no se hace por falta de confianza sino para vincular a las partes quienes, por la expresión de su voluntad y sobre todo por el respeto de sus obligaciones recíprocas, se atribuyen la confianza. La confianza procede de la ejecución de las obligaciones. Se dice que el contrato es sinalagmático en la medida en que está basado en el respeto recíproco de las obligaciones. Es el incumplimiento de esas obligaciones lo que conlleva la ruptura de la confianza que existe entre las partes del contrato y en consecuencia del contrato.

Algunos piensan ingenuamente que se redacta un contrato porque no se tiene confianza en los otros. Sin embargo, el establecimiento de un contrato lleva a instaurar relaciones de confianza en la medida en que permite situar a cada parte frente a sus responsabilidades. La confianza es cuestionada, no porque se ha establecido un acuerdo, sino porque una de las partes se ha abstenido de cumplir sus obligaciones. En el caso del matrimonio, los esposos que han elegido vivir juntos, según un régimen matrimonial determinado (separación de bienes, régimen de comunidad de bienes gananciales - régimen legal -, régimen de comunidad universal) no cuestionan la confianza que les vincula en la medida en que han elegido libremente compartir su vida conyugal.

Mientras estén juntos, el contrato de matrimonio se mantiene y la confianza presuntamente existe.

Hay que señalar que, en Derecho musulmán, los esposos se deben también socorro, asistencia y fidelidad. En definitiva, se debe confianza. Esta condiciona la duración de la vida conyugal. No obstante los bienes de la mujer casada están preservados. Es el marido quien debe satisfacer las necesidades de su mujer y las de sus hijos. No debe tocar la fortuna de su mujer. Es él quien debe crear la riqueza y aportar los ingresos para satisfacer las necesidades de su familia. Actuando así refuerza el capital de confianza de la mujer hacia él.

Cualquier sociedad, sea cual sea su cultura, tiene el deber de dotar a su sistema jurídico de todas las potencialidades materiales, inmateriales, económicas, humanas y medioambientales susceptibles de instaurar la confianza como sustancia de refuerzo de ese sistema.

El sistema jurídico está basado en la *confianza* que éste impone mediante el respeto de las obligaciones y por consiguiente de los derechos: los derechos de los unos son las obligaciones de los otros. Obligación de transferir la propiedad del bien para el vendedor y derecho a cobrar el precio por el comprador y viceversa para el comprador que debe pagar el precio en beneficio del vendedor y hacerse transferir la propiedad del bien por el vendedor.

El sistema jurídico impone, mediante la aplicación de las reglas, las condiciones para la práctica de la *confianza*, para obtener a cambio la *confianza* de los ciudadanos y consolidar así su autoridad y su notoriedad.

El sistema jurídico forma parte de un conjunto. Para que sus misiones sean aún más eficaces, puede tratar de coordinar sus acciones con el sistema de seguridad o con el sistema social... De la coordinación de las acciones y de la unión para su elaboración, se desprende una fuerza llamada efecto de sinergia para una mayor *confianza*.

Cuando no se cree en el sistema jurídico se desemboca en la ruptura y en la violencia. Como ya hemos señalado, la política del doble rasero lleva a lo absurdo y a la violencia.

La justicia, que se dedica a la aplicación sana de las reglas de las diferentes fuentes de derecho, se atribuye un poder para resolver los problemas que oponen a las par-

tes presentes en el proceso y genera una confianza necesaria para la credibilidad que debe caracterizar a todo sistema jurídico.

A escala nacional, la confianza en el sistema jurídico condiciona la del sistema en su conjunto (sistema global). La confianza en el sistema económico está condicionada por la que se deriva de los otros sistemas (social, político, administrativo, económico, internacional...) y en particular del sistema jurídico. Lo que es cierto a escala nacional lo es igualmente a escala internacional...). Después de la Segunda Guerra Mundial, los países del mundo tuvieron que firmar los acuerdos de Breton Woods y crear unas instituciones internacionales (FMI, BIRD, etc.), para la búsqueda de la estabilidad y de la confianza necesarias al desarrollo de los intercambios internacionales. Los treinta años gloriosos, denominados también los treinta años de crecimiento tranquilo, y que también podríamos llamar los treinta años de crecimiento regular, son el resultado de esta acción internacional a favor del desarrollo de la confianza. Así mismo, la guerra anunciada contra tal o cual país, poniendo en desacuerdo a los que están por la paz y los que están a favor de la guerra perturbará la coyuntura internacional, y afectará a la confianza, verdadera sustancia del buen funcionamiento del mercado en su conjunto y muy en particular del mercado financiero.

¿Será necesario repensar constantemente el sistema jurídico al no ser estático, elaborado para un mundo dinámico, para adaptarlo al nuevo contexto que se impone a la sociedad a la vez que se preservan las condiciones necesarias para la confianza?

Notas

1. En la Enciclopedia general del Islam leemos: "Se ha dicho a menudo que la ley islámica representa el núcleo del propio Islam, y no hay duda de que la ley religiosa es incomparablemente más importante en la religión del Islam que la teología".
2. BELAÏD (Sadok) "Islam et Droit – Une nouvelle lecture des versets prescriptifs du Coran". Centre de documentation universitaire. Túnez, 2000. P. 268.
3. Por su pertenencia a la sociedad musulmana que no comportan ningún sacerdocio, el musulmán se beneficia de una condición religiosa igualitaria, incluso si la sociedad comporta autoridades musulmanas que se distinguen de los otros en especial por su saber.
4. BELAÏD (Sadok) "Islam et Droit – Une nouvelle lecture des versets prescriptifs du Coran". Centre de documentation universitaire. Túnez, 2000. P. 312.
5. En 1959, Shaykh Mahmūd Shaltūt, entonces Rector de la Universidad de al-Azhar, publicó una obra titulada "El Islam, una fe y una ley" (al-Islam, 'aqida wa-shari'a).

6. Malek Ibn Anas, Abduljabbarr, Ibn Taymya: "De l'échange" (traducido al francés por Youssef Seddik). Ed. Media Com. Túnez, 1995. P. 67.
7. Ver Código mercantil. Dallaz. París.
8. Ver el actual caso de "Métal Europe".
9. BRYSON IBN SINA *Penser Economique*. Edition Media com Túnez, 1995. Ver « Pédagogie de la parole et du comportement ». P. 34 (traducción del árabe por Youssef Seddik).
10. El Habous es un rito malakito (del Imam Malik). Etimológicamente la palabra habous o waqf significa "detener, aprisionar, immobilizar". El habous es un acto jurídico. Está basado en la voluntad del donante. Este manifiesta el sentimiento de arrepentimiento y de altruismo. En general los creyentes lo practican para atenuar el peso de los errores cometidos o compensar los errores de la vida. Esta práctica jurídica encuentra su origen en las disposiciones del fiqh, en los preceptos revelados, que recoge el Corán. De hecho, está fundada en un hadith que recoge una directiva que trata de inmovilizar un bien para que no pueda ser ni dado, ni vendido. Las ganancias procedentes de la explotación de ese bien recaen sobre la limosna.
Los países del Magreb utilizan en su legislación los bienes habous (Waqf – وقف). La Waqf o la Habous (وقف), institución jurídica, ocupa un lugar importante en derecho musulmán. Los bienes Habous son una particularidad del derecho musulmán. Sus modalidades de funcionamiento son particulares. ¿En qué consisten?
La Habous está regida por un hadith que los grandes maestros del Islam han interpretado y que tiene fuerza de ley. Para que un bien sea designado Habous, tiene que ser atribuido a una obra piadosa o a una fundación o a una institución de interés general. La duración de Habous es ilimitada; la Habous no tiene término. En efecto, es un contrato de duración indefinida. El compromiso es definitivo.
La habous Waqf o Habous (وقف) puede referirse al conjunto de las articulaciones del derecho de propiedad, es decir sobre el *usus* (derecho a utilizar el bien), el *abusus* (derecho de hacer con él lo que se quiera) y el *fructus* (derecho a sacar beneficio usufructuario). Los países del Magreb utilizan en su legislación los bienes habous y los de Oriente Medio el de Waqf. Están al margen de cualquier acto de compra o de venta. Son, en consecuencia, bienes no mercantiles.
La habous consiste en transferir un bien determinado del sector privado al sector público o comunitario. El bien se convierte en propiedad de la comunidad musulmana.
11. Malek Ibn Anas, Abduljabbarr, Ibn Taymya *De l'échange* (traducido del árabe por Youssef Seddik). Túnez: Ed. Media Com, 1995. P. 157
12. En su obra *Maxime*.

Referencias bibliográficas

- El Coran*. Traducción de Jacques Berque. Albin Michel *La Bibliothèque spirituelle*. París, 1975.
- Traducción de Denise Masson. París: Gallimard, 1967. 2 vol.
 - Traducción de Salah Ed-Dine Kechrid Ed. Dar Occident Musulman Beyrouth Liban
 - Traducción de KASIMIRSKI Flammarion 1970.
- La Biblia*. "Antiguo y Nuevo Testamento". París: Alliance Biblique. Universelle, 1991.
- Código de Derechos reales tunecinos: República tunecina. Túnez: Imprenta oficial, 1979.
- Código civil argelino: Oficina de publicaciones universitarias.
- ARNALDEZ, R. *A la croisée des trois monothéismes*, A. Michel, coll. « Idées », París, 1993
- ARKOUN, M. y GARDET, L. *L'Islam hier et demain*, París: Buchet-Chastel, 1978. P. 258.
- BELAÏD, S. *Islam et Droit. Une nouvelle lecture des versets prescriptifs du Coran*. Tunis: Centre de documentation Universitaire, 2000.
- BLANC, F. P. *Le droit musulman*, Ed. Dolloz (Connaissance du Droit), 1995. P. 140.
- CARATINI, R. *Le génie de l'Islam*. París: Laffont.
- CESARI, J. "L'Islam en Europe". *La documentation française*. No. 746. París. 1995.
- CHARFI, M. *Islam et Liberté, le malentendu historique*. París: Albin Michel, 1998.
- DENOUX, P. et GABSI, A. "Transformations et incidences comportementales liées au développement d'une activité tertiaire". En: *Cahiers de l'A.R.I.C (Association Internationale de la Recherche Interculturelle)*, (Noviembre 1998).
- DJAÏT, H. *La Grande Discorde*. París: Gallimard, 1989.
- ETIENNE, M. *La France et l'Islam*. París: Hachette. 1989. P. 311.
- Encyclopédie de l'Islam : S.I.E.D (Société Internationale d'Édition et de Diffusion), 1986.
- FAUCAULT, M. *Surveiller et punir, naissance de la prison*. París: Gaillard, 1981.
- GARDET, L. *La Cité musulmane*. París: Vrin, 1981.
- GARDET, L. *Les Hommes de l'Islam*. Hachette. París 1977.
- GAUDEMET, J. *Les naissances du droit, le temps, le pouvoir et la science au service du droit, Montchrestien*. París, 1997.
- GROUPE DE RECHERCHE ISLAMO-CHRETIEN (G.R.I.C) : *Foi et Justice : un défi pour le Christianisme et pour l'Islam*. Centurion. París, 1993.
- JOMIER, J. *Pour connaître l'Islam*. París: CERF, 1988. P. 197.
- KEPEL, G. *Jihad Expansion et déclin de l'Islamisme*. París: Gallimard, 2000. P. 447.
- LADJILI-MOUCHETTE, J. *Histoire juridique de la Méditerranée : droit romain et droit musulman*. Tunis: Centre d'Études, de Recherches et de Publication (CERP), 1990.
- LEVY-STRAUSS, C. *Les structures de la parenté*. París: Plon.
- LINANT DE BELLEFONDS *Traité de droits musulmans comparé*. París, 1973.
- LINGS, M. *Le Prophète Mohamed*. París: Seuil, 1973.
- MASSON, D. *Monothéisme coranique et monothéisme biblique*, 2ème édition. París: Desclée et Borower.
- MERNISSI, F. *Le Harem politique : le Prophète et les femmes*. París: A. Michel, 1987.
- MILLIOT, L. *Introduction à l'étude du droit musulman*. París: Sirey, 1953.

- MOUJAHID, A. *Résumé d'explication des piliers de l'Islam*. Riyadh: Ed. Daroussalam.
- POUPARD, P. (Sous la direction de): *Dictionnaire des religions*, 2 Vol. Paris: P.U.F., 1986.
- PANSIER, F.J. et GUELLATY, F. *Le droit musulman, Que sais-je*. Paris: P.U.F., 2000.
- RAMADAN, S. *Le Droit islamique, son envergure et son équité*. (Traducción de Claude DABBAK). Paris: Editions Al-KALAM, 1997.
- REVUE TIERS MONDE. *L'Islam et son actualité pour le Tiers Monde*. Tome XXIII. No. 92. Paris: P.U.F., 1982.
- RODINSON, M. *Mohamed*. Paris: Seuil, P.U.F., 1988.
- SCHACHT, J. *Introduction au droit musulman*. Paris: Maisonneuve et Larose, 1965.
- SHAFI'I, M.B.I. *Al-Risala, les fondements du droit musulman* (Trad. Lakhdar Souami). Paris: Sinbad, Actes Sud, 1997.
- URVOY, D. *Avéroès – Les ambitions d'un intellectuel musulman*. Paris: Flammarion, 1998.
- WEBER, E. *Maghreb arabe et occident français*. Eresi UTM, 1985.
- WATT, M. W. *Mohamed à Médine*. Paris: Payot, 1978.