

EL ESTUDIO DE LOS NEGOCIOS ONEROSOS EN ÁMBITOS RELIGIOSOS COMO BASE PARA LA MODERNA ECONOMÍA ÉTICA

Andrea Nuvoli¹

INTRODUCCION

El presente trabajo pretende analizar el desarrollo de la banca y de los sistemas financieros en ámbitos religiosos con el fin de estudiar la difícil dialéctica entre prohibiciones religiosas y exigencias de participación competitiva en los fenómenos económicos y bancarios.

Este esquema nos será útil para reflexionar sobre la posible compaginación moderna de elementos metajurídicos con reglas económicas, conceptos que prima facie pueden aparecer como incompatibles.

La reflexión se impone por vía del fenómeno que podemos sintetizar con la expresión “la revancha de Dios” es decir el renovado peso que la religión ha ido recuperando en los últimos años y que ha llevado al elemento metafísico a ejercer su influencia en muchos de los fenómenos modernos, incluidos los económicos.

Esta será la base conceptual que nos conducirá, a través un recorrido interpretativo de varios modelos adoptados y de los resultados correspondientes, a la proposición de un sistema jurídico-negocial mixto que sepa conjugar las varias exigencias, sin desprenderse de la necesaria aptitud ética.

PALABRAS CLAVE: Interés, pluralismo social, prohibición canónica, análisis económico del Derecho, utilitarismo, banca islámica, modelo participativo, Economía ética.

1. Profesor colaborador de la Cátedra de Derecho Internacional Privado y Economía Solidaria de la Universidad Abat Oliba CEU – Investigador de Derecho Comparado de la Universidad de Sassari (Italia).

THE STUDY OF OPERATIONS INVOLVING CHARGES IN RELIGIOUS CIRCLES AS A BASIS FOR MODERN ETHICAL ECONOMICS

INTRODUCTION

This work aims to analyze the development of banking and financial systems within the religious contexts with the objective of studying the dialectic relationship between religious prohibitions and demands of efficient involvement in the above mentioned economic and banking sectors.

This scheme could be useful for the purpose of drafting a modern combination between metaphysician elements and the logics of Economics, which could firstly appear as irreconcilable.

This reflection imposes its importance regarding the phenomena called “the revenge of God”. This expression provides a figurative snapshot of the renovated importance that Religion has conquered in the last years. This aspect has brought the metaphysical element to exercise its influence over various modern sectors, including those related to Economy.

This will be the conceptual basis that will drive us to propose, after studying the various models adopted and the correlative results, a mixed model. The mentioned system presents as its core element the combination of different demands without renouncing ethical fitness.

KEYWORDS: Interest, social pluralism, canon-law prohibition, economic analysis of Law, utilitarianism, Islamic banking, participative model, ethical economics.

SUMARIO

Introducción. I. La revancha de Dios. II. Banca y religión en la tradición de los mono-teísmos abrahámicos. III. Los sistemas puros y su imperfección estructural. IV. La experiencia del *Islamic banking*. V. Conclusiones.

I. La revancha de Dios

El renovado papel de la religión en nuestra sociedad se plasma significativamente en las palabras de la encíclica de Benedicto XVI *Caritas in veritate*², y, en nuestra opinión, se produce en relación con dos relevantes fenómenos que han revolucionado nuestra sociedad: el primero es sin duda la crisis económica y sus efectos devastadores y el segundo el pluralismo social.

Los acontecimientos de los últimos años han evidenciado la insuficiencia de las concepciones capitalistas puras y de las que profesan la autosuficiencia del mercado, considerado capaz de producir los anticuerpos, neutralizar los mecanismos distorsionadores y de reglar las conductas de sus operadores³.

2. Acta Apostolicae Sedis, 101, 2009. Véase también:

<http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/benedictoXVI/enciclica/CaritasVeritate.pdf>, n.45-46: “*Hoy se habla mucho de ética en el campo económico, bancario y empresarial. Surgen centros de estudio y programas formativos de business ethics; se difunde en el mundo desarrollado el sistema de certificaciones éticas, siguiendo la línea del movimiento de ideas nacido en torno a la responsabilidad social de la empresa. Los bancos proponen cuentas y fondos de inversión llamados « éticos » [...]. Es de desear que estas nuevas formas de empresa encuentren en todos los países también un marco jurídico y fiscal adecuado. Así, sin restar importancia y utilidad económica y social a las formas tradicionales de empresa, hacen evolucionar el sistema hacia una asunción más clara y plena de los deberes por parte de los agentes económicos. Y no sólo esto. La misma pluralidad de las formas institucionales de empresa es lo que promueve un mercado más cívico y al mismo tiempo más competitivo. [...]*”.

En esta importante encíclica Benedicto XVI inviste a la empresa de un papel moral y ético, avanzando la necesaria coexistencia de exigencias lucrativas y ejercicio de las mismas compatibilizado con la moral y los preceptos cristianos. De esta forma, el Estado social cumple su fundamental función solidaria a través de sujetos privados, las empresas.

3. Esta concepción sugiere un concepto kelseniano de la ética que se identifica con el mero respeto de la Ley o del genérico marco legal. Adoptando la visión liberalista, consecuentemente, se cumplirían las exigencias éticas respetando la única norma del mercado: la autosuficiencia y la libertad. En virtud de esta óptica la ética y los conceptos metajurídicos, entendidos como valores abstractos o privados del reconocimiento formal, tienen una importancia irrisoria. Contra esta posición es interesante la nota del

Varias visiones de este tipo, entre ellas la que los economistas han bautizado como *moral hazard*⁴, han dado pie a una sistemática búsqueda del lucro mediante instrumentos especulativos asépticos, determinando la consecuente implosión e insostenibilidad del sistema financiero⁵.

En virtud de lo expuesto, la integración e involucración de elementos metajurídicos en la arquitectura financiera se ha afirmado como necesaria medida correctiva, colocándose en este mismo álveo conceptual las varias propuestas de finanzas éticas.

Este *iter* ha introducido el debate entorno a la recuperación de la tradicional interacción entre preceptos éticos-religiosos y lógicas lucrativas, actuando los primeros como marco e instrumentos de control externo, según esquemas consolidados en la historia europea menos reciente y de actual aplicación en algunos contextos de influencia islámica e hebrea⁶. En efecto, la religión vuelve a asumir un papel activo después de una etapa de marginación de la misma y de exclusión de la esfera material.

Mediante estas premisas conceptuales, las teorías del análisis económico del derecho, basadas en el dogma de la eficiencia económica como único criterio guía de la actividad normativa, como se ha anteriormente indicado, encuentran la posibilidad de enriquecerse. Tal opción, necesaria para las visiones económicas que quieren mantener su fructuosa aplicabilidad y su rango doctrinal, implica, en la propuesta del presente trabajo, la obligada conversión en análisis ético de la actividad económico-financiera⁷.

Pontificio Consejo de Justicia y Paz, “*Por una reforma del sistema financiero y monetario internacional en la perspectiva de una autoridad pública con competencia universal*” del 24 de octubre de 2011, consultable en: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20111024_nota_it.html.

4. La teoría del riesgo moral nace en el sector de los seguros y, sobre todo en tiempos recientes, se aplica tanto en la macro como en la microeconomía, para identificar casos en los que operadores del sector han actuado y realizado operaciones económico-financieras de altísimo riesgo, guiados por el objetivo de conseguir enormes beneficios, y conscientes de que las eventuales pérdidas hubieran sido soportadas por otros operadores o por la colectividad.

5. Parafraseando a Mark Twain, muchos operadores nos han ofrecido el paraguas cuando hacía sol para luego quitárnoslo cuando ha empezado a llover (frase del carismático escritor, recordada en un reciente artículo de El PAÍS: http://www.elpais.com/articulo/espana/rebellion/politicos/pequenos/elpepuesp/20110509elpepunac_19/Tes).

6. El renovado interés por este esquema, recibe su investidura en la Encíclica *Caritas in Veritate*, en la que el *ethic business* recibe una expresa aprobación. (véase nota n. 2).

7. En este caso el esquema de coexistencia y mutua influencia entre religión y negocios onerosos tiene un papel fundamental pues se convierte en brecha capaz de introducir, en ámbitos generales y laicos, propuestas de interacción entre ética y finanzas. La tradición por tanto actúa como un relevante precedente.

El segundo argumento que ha determinado la “*revancha de Dios*” es el *patriotismo aterritorial*.

Los fenómenos de migración de personas de varios países, culturas y tradiciones diferentes han determinado diversos mecanismos de interacción y una connotación pluralista de la sociedad, elemento frente al cual el legislador se ve obligado a responder de forma pronta y eficiente⁸.

La heterogeneidad del tejido social ha influido indudablemente sobre las políticas normativas europeas de los últimos años, según lo dicho, imponiendo la búsqueda, en determinados campos, de legislaciones compatibles con el renovado panorama social⁹ y de estándares tendencialmente compartidos¹⁰. En determinados sectores, cuales los de los derechos fundamentales de la persona (igualdad, libertad religiosa), la mencionada cuestión ha sido ampliamente debatida y estudiada, mientras que el desarrollo de la misma necesidad parece hoy haberse extendido y haber adquirido inaplazable importancia también en el ámbito económico-bancario¹¹.

Del mismo modo que dichos términos se emplean en el sector alimenticio o familiar, los términos *kosher* y *halal*¹² actúan como medidas y parámetros de concretos

8. Reflexión sugerida por FERRARI S., *Introduzione al Diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo, a confronto*, Bologna, il Mulino, 2008.

9. En este sentido se pueden citar las normas sobre los métodos de matanza del ganado y los alimentos *kosher* y *halal* o el debate sobre los símbolos religiosos en las escuelas públicas.

10. Desde un punto de vista meramente técnico-jurídico se puede afirmar que la tarea del legislador ha mutado y exige, en los países de nuestro entorno europeo, la consideración de problemáticas inéditas y un conocimiento profundo de un tejido social que cada día más se presenta heterogéneo y compuesto por elementos culturales, religiosos y sociales diferentes. Piénsese por ejemplo en el debate sobre el chador islámico en las escuelas públicas francesas, o en el famoso caso de la exposición de símbolos religiosos en lugares públicos (como demostración de la complejidad y, al mismo tiempo, actualidad de la temática examinada hodiernamente piénsese, por ejemplo, en el caso Lautsi v. Italia, discutido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, inherente al recurso de una madre atea que sentía vulnerada su libertad religiosa y la de su hijo en relación con la exposición del crucifijo en las escuelas públicas italianas).

11. El riesgo de infraevaluar el problema a nivel legislativo puede causar consecuencias peligrosas y, metafóricamente, podría llevar la sociedad pluralista a una deriva parecida a la de la Torre de Babel. De manera similar al episodio bíblico citado (Génesis 11, 1-9), el peligro está en la posibilidad de contraposiciones insanables causadas por la diversidad cultural.

12. El término *kosher* significa “apto” “apropiado”. El concepto de *halal* (literalmente “permitido”) representa la configuración de una de las cinco categorías de las acciones humanas en derecho islámico. De forma diferente de la tradición de Derecho Romano, caracterizada por el binomio obligatorio-prohibido, los juristas islámicos clasifican las conductas en: obligatorias (*fard*), recomendadas (*mansub*), prohibidas (*haram*), no recomendables (*makrut*) permitidas (*halal*) (JUYNBOLL T.W., *Manuale di Diritto Musulmano secondo la dottrina della scuola sciafita*, Milano, 1916, página 130).

esquemas bancarios en la evaluación de la compatibilidad de los mismos con los preceptos religiosos (respectivamente judíos e islámicos).

Lo anteriormente expuesto pone en evidencia la necesidad de esquemas “religiosamente compatibles” en varios campos, pero sobre todo en los de necesaria y material interacción, cual es la economía.

Esta exigencia, decía, se ha acentuado en virtud de los fenómenos migratorios, que han determinado un patriotismo desvinculado del elemento territorial y desarrollado alrededor de la columna representada por la religión, valor irrenunciable por una porción significativa de migrantes que siguen encontrando en ella el lazo con su tradición y su patria.

En conclusión de estas preliminares reflexiones, los fenómenos expuestos (la crisis económica y sus nefastos efectos), en nuestra opinión, representan dos aspectos que están favoreciendo la reconquista por parte de la religión de un papel primordial, cuya influencia se extiende a los sectores más pragmáticos, abriendo camino hacia la descrita revancha¹³.

II. Banca y religión en la tradición de los monoteísmos abrahámicos

El uso del término *revancha* no es casual y nos evoca momentos históricos en los que los preceptos religiosos han condicionado significativamente el desarrollo del sistema económico. Dicho recurrido nos dotará de la necesaria base para comprobar la compatibilidad entre eficiencia empresarial y ética y para introducir el debate sobre cuáles son los modelos viables.

Los fenómenos económicos y financieros tienen una tradición milenaria¹⁴, pues han acompañado al hombre desde los albores de los sistemas sociales organizados,

13. Tal conclusión encuentra, una vez más, correspondencia en la encíclica *Caritas in Veritate*, donde se analiza la crisis no solo como un fracaso sino como una posibilidad de renovación profunda, en relación con la observación de los errores cometidos. En este sentido, por tanto, el desastre financiero nos obliga a corregir los defectos más profundos del sistema precedente.

14. Ejemplar en tal sentido es la anécdota sobre la invención de los derivados financieros por parte de Tales de Mileto.

Es el mismo Aristóteles, en *La Política*, que cuenta que los discípulos de Tales de Mileto reprochaban a su maestro la inutilidad de la filosofía, considerada una disciplina que no llevaba a la producción de la riqueza. Como respuesta, el maestro, tras el estudio de los astros, habiendo constatado que la próxima iba a ser una gran cosecha de aceitunas, durante el invierno juntó un pequeño capital con el cual alquiló todas las presas de aceite existentes en la región. Habiendo acertado la previsión, Tales de Mileto pudo

de la misma forma que las religiones. Los dos son piezas estructurales y constantes, lo que determina la actual e inminente necesidad de promover fórmulas para su coexistencia¹⁵.

A los fines del presente trabajo resulta de especial relevancia el análisis de una figura básica del moderno sistema bancario, que ha representado el campo de batalla de un milenario enfrentamiento doctrinal finalizado en la prevalencia de una de las instancias mencionadas.

Dicha premisa nos guía al problema de la determinación de la licitud del interés en las transacciones financieras¹⁶, cuya prohibición se encuentra en las respectivas fuentes de los tres monoteísmos abrahámicos y que, según lo afirmado, ha sido la prueba de fuego del concreto equilibrio entre esfera moral y aspiraciones lucrativas.

El dilema expuesto ha recibido soluciones diferentes e incisivas con respeto al desarrollo de la actividad protobancaria y es importante empezar el estudio con las etapas en las que la religión tenía una indudable inmanencia en todos los aspectos sociales y materiales¹⁷, tomándose, como ejemplo emblemático, el contexto europeo a partir de la Alta Edad Media.

No sorprende que, en la época en cuestión, la Biblia haya actuado de paradigma de la actividad comercial, reglamentando y prohibiendo formalmente el préstamo con interés en textos del Éxodo¹⁸, del Levítico¹⁹ y del Deuteronomio²⁰. Tales disposiciones, interpretadas por los canonistas, representaron la base doctrinal de la “épica

sucesivamente alquilar las presas a precios altísimos, y multiplicar el capital recogido. Enfáticamente se cuenta que este evento representa el nacimiento de las opciones *over the counter*. La historia que he mencionado demuestra de forma alegórica el precedente interés de la Filosofía, de la Moral y de la Religión hacia los mecanismos económicos más modernos.

15. Haber comparado los fenómenos económicos con los religiosos no implica, en este sentido, una tendencial uniformidad ontológica sino que tiene el único fin de evidenciar que los dos existen desde los albores de la humanidad y, en plena conciencia de la mutua diversidad conceptual, están obligados a coexistir. Inevitablemente los dos aspectos sufren roces en su interacción, lo que inviste al jurista del deber de buscar el modelo de compaginación, siendo este último el fin del presente trabajo.

16. La problemática expuesta representa el tema clásico de las *usurae* en Derecho Romano, cuyas referencias se pueden encontrar en la voz “*usura*” de la AAVV, *Enciclopedia del Derecho*, vol. XLV, Milán, 1992.

17. El tradicional interés de la religión para los fenómenos materiales puede ser emblemáticamente demostrado por la observación del Talmud babilones, Shabat 31a, donde se narra que la primera pregunta que Dios hará al hombre, en el día del juicio, será: “¿has llevado tus negocios con honestidad e integridad?”. Esta anécdota expresa la tradicional e íntima relación entre fenómenos religiosos y conducta empresarial, fenómenos que a menudo se perciben como inconciliables y pertenecientes a esferas antitéticas.

18. Éxodo (22,24): *Si prestas dinero a uno de mi pueblo, al pobre que habita contigo, no serás con él un usurero; no le exigirás interés.*

guerra de la Iglesia contra las usuras”²¹, que inicialmente se sustentaba en la prohibición del interés entre eclesiásticos, para luego convertirse, con las Decretales de Gregorio IX (1234), en una disposición general sobre la ilicitud de las mencionadas formas negociales²².

Si, por un lado, después del siglo XIII, en varios ámbitos civiles asistimos a la plena alineación con la doctrina de la Iglesia²³, por otro lado se afirma, paralelamente, otra interpretación de los mismos textos bíblicos, que contribuye a definir el panorama de las relaciones económicas. En particular, la hermenéutica hebrea considera que las expresiones “hermano” y “extranjero”, usadas en dos textos del Deuteronomio²⁴, permite al prestamista judío la aplicación del interés en transac-

19. Levítico (25:35) *Si tu hermano se empobrece y vacila su mano en asuntos contigo, lo mantendrás como forastero o huésped, para que pueda vivir junto a ti. (25:36) No tomarás de él interés ni usura, antes bien teme a tu Dios y deja vivir a tu hermano junto a ti. (25:37) No le darás por interés tu dinero ni le darás tus víveres a usura.*

20. Deuteronomio (23:20): *No obligues a tu hermano a pagar interés, ya se trate de un préstamo de dinero, de víveres, o de cualquier otra cosa que pueda producir interés.*

21. Expresión mutuada del interesante artículo de PORZIO M., *I frutti del denaro. La disciplina degli interessi dalle dodici tavole al testo unico bancario ed oltre*, en *Diritto e Giurisprudenza*, 2008, p.163 y ss. . El autor, en la página 164, efectivamente, describe la derrota sufrida en el intento de eliminar el préstamo con interés del panorama de los negocios lícitos y sugiere la reconducción a parámetros controlados en lugar de las aspiraciones de total eliminación.

22. El mencionado momento de generalización de la prohibición representa un punto alcanzado gradualmente, cuyas etapas significativas se pueden considerar las series de cartas que el pontífice León I el Magno envió en el 440 a los obispos de Campania, Piceno y Toscana, invitándolos a aplicar un tratamiento más restrictivo a las *usurae*, condenando a todos los laicos cristianos que aplicaban el interés a los préstamos. Sucesivamente, en el siglo XII, con los Concilios II y III de Letrán de 1139 y 1179, el de Lyon de 1180 y el IV de Letrán, la prohibición general fue reiterada, plasmándose en las Decretales de Gregorio IX.

23. Indicativa de esta actitud es, sin duda, la *Admonitio Generalis* de Carlo Magno de 798 y la multitud de estatutos municipales que en los siglos XII-XIII recogen la prohibición en cuestión.

24. Deuteronomio (23:20): *No obligues a tu hermano a pagar interés, ya se trate de un préstamo de dinero, de víveres, o de cualquier otra cosa que pueda producir interés. (23:21) Podrás prestar a interés al extranjero, pero no a tu compatriota, para que el Señor, tu Dios, te bendiga en todas tus empresas, en la tierra de la que vas a tomar posesión.*

Sobre este tema véase la exhaustiva obra de WEIGORT A., *Intérêt et Crédit dans le Droit Talmudique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979, donde se analiza la historia y la evolución del préstamo a interés en el Derecho hebreo, así como la completa voz “*Usury*” de Haim H. Cohn en el tratado de ELON M., *The Principles of Jewish Law*, New Brunswick (U.S)/London (UK), Transaction Publishers, 1975 (ed.2007), p.500-506. En el mismo volumen se puede consultar el concepto de prés-

ciones con gentiles (prohibiendo solo la aplicación del interés crediticio entre judíos), de forma diferente de lo establecido para los cristianos, cuya prohibición *erga omnes* se encuentra reforzada por el precepto de Lucas *muttum date nihil inde sperantes*²⁵.

Tradicionalmente los judíos se consideraban *extra ecclesiam* y destinatarios de un *ius singulare*, lo que, con determinados límites, les permitía poder aplicar el interés a los negocios onerosos²⁶ y asumir un papel indudablemente significativo en la actividad crediticia.

Por lo tanto, según lo afirmado, la religión y la diferente interpretación de las mismas disposiciones plasma el modelo de interacción entre algunos componentes económicos de la sociedad de la Alta Edad Media²⁷. Tal sistema se mantiene intacto

tamo hebreo (bajo la voz “loan”, p.289 y ss.), cuya lectura combinada con el capítulo “*Legality of Object*” de Rabbi HERZOG I., *The Main Institutions of Jewish Law, the Law of Obligations*, Vol.II, London-New York, Soncino Press, 1967, p.130-139.

De la lectura de las fuentes citadas emergen una serie de motivos políticos que llevaron, entre otros, los israelitas a aplicar un sistema subjetivo en el préstamo. La aplicación del interés a los extranjeros se presenta también como una forma de cohesión entre el pueblo elegido, rodeado de enemigos y nación históricamente errante.

25. Lucas, (6:34): *Y si prestan a aquellos de quienes esperan recibir, ¿qué mérito tienen? También los pecadores prestan a los pecadores, para recibir de ellos lo mismo.* (6:35): *Amen a sus enemigos, hagan el bien y presten sin esperar nada en cambio. Entonces la recompensa de ustedes será grande y serán hijos del Altísimo, porque él es bueno con los desagracedidos y los malos.*

26. Si puede parecer incontestable que la prohibición canónica favoreció el préstamo hebreo, cabe, por otra parte, evidenciar que los autores no se expresan uniformemente sobre este punto, debiéndose citar COLORNI V., *Prestito Ebraico e Comunità Ebraiche nell'Italia Centrale e Settentrionale*, en Rivista di Storia del Diritto Italiano, VIII, 1935, p.407-457, que matiza la conclusión citada, afirmando que la Iglesia tenía medios indirectos para controlar la actividad de los prestamistas hebreos y que, a través de las autoridades municipales, podía activarse un mecanismo de reglamentación de la competencia en el sector, autorizándose la actividad de un solo prestamista hebreo en el territorio municipal. En la página 420 del mencionado artículo se explica el caso de la súplica de Francesco Gonzaga, señor de Mantova, al pontífice Bonifacio IX, que en 1401 solicitó la autorización papal para mantener a prestamistas judíos en su territorio sin incurrir en sanciones espirituales. Estas tesis tienen el fin de demostrar que la libertad económica de los judíos se veía estrictamente regulada y limitada por las autoridades eclesiásticas, en contra de las visiones de importantes históricos, cual Neumann, que ven un nexo causal neto entre la beneficiosa proliferación de los banqueros judíos y la prohibición canónica.

27. La experimentada dialéctica y relación entre autoridades civiles de influencia cristianas y prestamistas judíos, según lo anteriormente afirmado, está demostrada por varios documentos, como por ejemplo la autorización que Federico II concede, en su *Liber Constitutionum*, Libro I, a los banqueros judíos, que pueden aplicar intereses a las actividades crediticias pero con los límites indicados en la Ley; análogamente a lo que ocurre en Francia con la Ordenanza Real francesa de 1630.

durante varios años, soportado por la obra de la escolástica, e, *in primis*, por las concepciones aristotélicas y tomistas.

En relación con la doctrina considerada, Santo Tomás afirmaba la natural esterilidad del dinero, elaborando la teoría del *iustum pretium*, favorable a una lógica negocial perfectamente sinalagmática²⁸. La visión en cuestión propone por tanto una necesaria evaluación equitativa de las prestaciones y una concepción de los rendimientos del trabajo proporcionados a los esfuerzos, acorde con los preceptos bíblicos inherentes a la sola licitud de las percepciones de frutos provenientes del “*sudor de la frente*”.

Por lo tanto, el “mero alquiler del dinero” (así se consideraba el préstamo a interés en la doctrina aristotélica y tomista) es antitético respecto al principio anteriormente citado y además se considera contrario al Derecho Natural en cuanto implica la percepción de frutos de cosa ajena si el dinero prestado pasa a ser propiedad del deudor²⁹.

Los mencionados principios chocan, durante la Baja Edad Media, con la ascensión de la clase comercial y sus necesidades. Ello implica una neta intensificación de los tráficós en la Europa continental y mediterránea y una consecuente necesidad de pronta circulación de la moneda, acompañada por un ágil recurso a la financiación. Estos factores, fundamento del *ius mercatorum*, junto con la irrenunciable necesidad de mantener actuales los preceptos religiosos, determinaron cierta permisividad de las autoridades eclesiásticas en ámbito crediticio, a partir del IV Concilio de Letrán (1515). Las mismas razones fueron las que favorecieron la creación de los Montes de Piedad en el siglo XIV y XV, cuyo reconocimiento formal de la Bula *Inter Multiplices*

28. Parece importante mencionar la comparación entre la visión tomista y la hermenéutica talmúdica descrita en WEIGORT A., *Intérêt et Crédit dans le Droit Talmudique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979, p.7-8.

29. Particularmente aclaradores resultan algunos textos, citados por JIMÉNEZ MUÑOZ F.J., *El Tratamiento de los Intereses en el Derecho Canónico y en el Derecho Islámico*, UNED, Revista de Derecho UNED, 3, 2008, p.78 y ss. de la Política de Aristóteles: “*muy razonablemente aburrida es la usura, porque, en ella, la ganancia procede del mismo dinero, y no de aquello para lo que éste se inventó. Pues se hizo para el cambio; y el interés, al contrario, por sí solo produce más dinero. De ahí que haya recibido ese nombre, pues lo engendrado es de la misma naturaleza que sus generadores, y el interés es dinero de dinero, de modo que de todos los negocios éste es el más antinatural*” y “*recibir interés por un préstamo monetario es injusto en sí mismo, porque implica la venta de lo que no existe... el uso propio y principal del dinero es su consumo y su inversión, por lo que... con el interés se produce una desigualdad que es contraria a la justicia*”. ARISTÓTELES, *Política*, I, X, 1258 b, 4-5, Madrid, Biblioteca Básica Credos, 2000, p.32.

de León X les permitió la percepción de interés para cubrir los gastos soportados en relación con la gestión y el mantenimiento de la entidad³⁰.

El tema del interés ha sido objeto de atención reiteradamente a través de las sucesivas prohibiciones contenidas en las encíclicas *Vix pervenit* (1745), *Rerum novarum* (1974) y en el *Codex iuris canonici* de 1917³¹, que, a pesar de su contundencia, no consiguieron agotar el debate en cuestión.

Los múltiples precedentes históricos demuestran que los intentos de combinar las lógicas comerciales con la ortodoxia religiosa han sido varios y, en determinadas momentos, han implicado la prevalencia de una lógica sobre la otra³².

A los fines de la presente investigación, por el momento, cabe observar el primer esquema de solución entre las dos exigencias expuestas, que pasa por la asunción por parte de la religión de un rol esencial, capaz de orientar y, de alguna forma, hasta dirigir y plasmar las dinámicas prácticas, con consecuencias de primaria importancia.

III. Los sistemas puros y su imperfección estructural

En virtud de lo anteriormente expuesto, es la religión la que orienta al sistema económico, cuya morfología revela la profunda influencia, por lo menos formal-nominalista, de las prescripciones religiosas.

Gráficamente, podemos representar el sistema mencionado a través de un triángulo (figura 1), inspirado en el análisis de Ugo Mattei sobre la influencia de los varios componentes en los sistemas jurídicos³³, cuyo vértice está ocupado por la religión, centro de gravedad de todo el sistema. Efectivamente, el vértice determina las lógicas

30. No caería en la tentación de considerar los Montes de Piedad los primeros bancos éticos porque, en mi opinión, el eje de la cuestión y la innovación en el modelo bancario está en la propuesta de un tipo de entidad (la banca ética estrictamente entendida) que pueda ejercer la actividad bancaria sin, por esta razón, traspasar o ignorar instancias morales. El esquema de la elusión del principio remunerativo del crédito no me parece útil a dichas finalidades.

31. Véase, en particular, el canon 1543: “*Si res fungibilis ita alicui detur ut eius fiat et postea tantundem in eodem genere restitatur, nihil lucri, ratione ipsius contractus, percipi potest; sed in praestatione rei fungibilis non est per se illicitum de lucro legali pacisci, nisi constet ipsum esse immoderatum, aut etiam de lucro maiore, si iustus ac proportionatus titulus suffragetur*”.

32. La misma batalla doctrinal, como veremos, ha jugado un papel fundamental en el desarrollo del *Islamic banking*.

33. MATTEI U. & MONATERI P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padua, CEDAM, 1997, p.79.

más modernos esquemas financieros, cuales los derivados³⁶, en una perspectiva de ética religiosa³⁷ aplicada.

Tal modelo, como anticipado, ha sido tradicionalmente criticado en relación con los presuntos fallos estructurales ínsitos a los principios inspiradores. En particular, en los análisis de los comparatistas clásicos, cuales René David³⁸ o Zweigert³⁹, el carácter ontológico de los preceptos religiosos determina la no idoneidad de los mismos para ser considerados como guía en un contexto laico⁴⁰. Los puntos más frágiles históricamente se detectan, ante todo, en la inmutabilidad de las fuentes religiosas⁴¹, elemento que determina la inflexibilidad del sistema y su consecuente incapacidad de responder de forma moderna a las necesidades negociales. Este elemento,

de Reforma del Sistema Financiero, y por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988), encontraría su principio inspirador en el texto levítico y en la hermenéutica del mismo. Con respecto al segundo texto citado, se introduce un mecanismo de freno a los negocios aleatorios, cuales los derivados financieros de segunda generación, en todos los supuestos en que se evidencie una injusticia de medidas es decir cuando el sinalagma contractual presente un excesivo desequilibrio.

El mérito de la visión de la autora, en mi opinión, es la percepción de la necesidad de corregir el sistema actual y de la inaplazabilidad de la consideración del elemento meta-jurídico. La obra de Canarutto además parece interesante porque se enfrenta a la cuestión de la compatibilidad entre la tesis *de quo* y la teoría del análisis económico del Derecho.

Por nuestra parte, creemos que con el presente trabajo podemos avanzar en el debate porque, como se verá, el objeto de nuestra propuesta es un modelo aplicable al contexto laico, superando la visión sectorialmente orientada de Canarutto.

36. Es curioso y anecdótico que algunos autores citen un episodio bíblico (Génesis, 29) como primer derivado de la historia (OLDANI C., *I derivati Finanziari. Dalla Bibbia a Eron*, Roma, Franco Angeli Editore, 2004.) y como primer *default* de tales instrumentos.

En particular, tales autores se refieren a la opción para tener derecho a casarse con Raquel que Jacob compró. Tal opción que le costó 7 años de trabajo. Una vez vencido el plazo, Laban no cumplió lo pactado y quiso ceder a Jacob el derecho de casarse con su hija menor Leah. Jacob quería casarse también con Raquel, y entonces compró otra opción para casarse con ella por otros 7 años de trabajo.

37. En la obra citada se habla de ética hebrea.

38. DAVID R., *Traité élémentaire de Droit Comparé*, Paris, 1950, p.226 y ss. .

39. ZWEIGERT K. & KÖTZ H., *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press México, 2002, p.71-82.

40. En una óptica típicamente kelseniana los derechos religiosos no consiguen el rango de ordenamientos dotados de juridicidad, carácter relacionado, en la obra del autor citado, con el elemento formalista.

41. Debida al hecho, en las enfáticas palabras pronunciadas en uno de sus discursos parlamentarios por Pasquale Stanislao Mancini, que el legislador ha muerto. (véase la obra de FERRARI S., anteriormente citada, p.111).

según L. Friedman, obliga a un uso excesivo y ampliamente *praeter legem* de la *fictio iuris* y de la analogía⁴², quedando de esta manera la ortodoxia solo formalmente respetada.

El uso de los instrumentos mencionados por lo tanto demuestra, a los ojos de los autores clásicos, que la rigidez sistemática ha causado el efecto contrario al que se perseguía. El carácter inmutable ha favorecido paradójicamente la elusión de las normas religiosas, vaciándolas de contenido material y quedando salvaguardada solo nominalmente la *ratio* inspiradora de las mismas.

La segunda objeción del modelo en examen es, sin duda, la irracionalidad inherente en los derechos religiosos, característica que implica que las soluciones adoptadas en tal ámbito no respondan necesariamente, en algunos casos, a cánones de eficiencia económica⁴³.

Las instancias expuestas, que empezaron a manifestarse en la Baja Edad Media, impulsaron la afirmación de ideologías diferentes, como hemos visto, encaminadas a responder a las necesidades de la clase comerciante y del naciente *ius mercatorum*.

En particular, los intentos de combinar las varias exigencias capitularon frente a la progresiva influencia de la burguesía y de la ideología del *laissez faire*, la cual se refleja, sin duda, en el *Code Napoleon* de 1803.

Siguiendo el *leit motiv* del presente trabajo, observamos que el código francés, paralelamente a las ideologías de las iglesias reformadas, califica el *prêt a intérêt* como contrato naturalmente gratuito, pero, al mismo tiempo, admitiendo normativamente el interés, convierte el supuesto negocial en un esquema oneroso socialmente típico⁴⁴.

42. En la opinión de L. Friedman, el uso excesivo de las técnicas mencionadas reforzaría la inmutabilidad del sistema, cuya flexibilización pasa inexorablemente por el recurso al método casuístico y a un “lujurioso” desarrollo del método analógico. (FERRARI S., obra citada, p.152).

43. Me refiero al fundamental canon de justicia, compartido por los monoteísmos abrahámicos, que permite separarse de la literal aplicación de la Ley para que se respete el orden moral divino. Es expresión de tal visión un episodio del Talmud, en que Rabba Bar Chanah contrató a unos obreros para transportar unos barriles de vino. A causa de la negligencia de los obreros los barriles se cayeron y el rabino sufrió graves pérdidas. Este último demandó a los obreros exigiendo una indemnización. El Tribunal rabínico condenó Rabba Bar Chanah a pagar el salario a los obreros, que no tenían otras fuentes de sobrevivencia.

A la pregunta “¿es ésta la ley?” el Tribunal contestó que ésta era la ley del caso, que imponía la superación del dispositivo literal. Este caso explica de forma ejemplar la prevalencia del aspecto moral, que puede perjudicar la eficiencia y la racionalidad económica. (RABELLO A.M., *Introduzione al Diritto Ebraico*, Turin, Giappichelli, 2007, p.73 y ss.).

44. Artículo 1905: *Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières.*

Para confirmación de esta concepción, el artículo 1907 del *Code* prevé, junto con el interés convencional, el interés legal, y una diferente disciplina en el ámbito civil y mercantil.

El mencionado tipo de visión nos introduce el segundo esquema aplicable en relación a la combinación entre exigencias morales y lucrativas. Este ulterior modelo emerge decisivamente con la corriente utilitarista del siglo XVIII y XIX, con las obras de Adam Smith, Bentham y Malthus.

Pese a las diferencias entre los teóricos citados, parece emblemática a los fines definitorios, la crítica dirigida a estas teorías por parte de Charles Dickens. A través del grotesco personaje Thomas Grandgrind de *Tiempos difíciles*, el autor realiza una fervorosa caricatura del utilitarismo inglés, llevada a sus extremos cuando el personaje llega a criticar el buen samaritano, definiéndolo “*un mal economista*”⁴⁵.

El ejemplo mencionado nos descubre de forma retórica el núcleo de la teoría en examen, basado en la estricta división entre esfera moral y material y en la búsqueda constante del beneficio por parte de los individuos, mediante la máxima libertad negocial. Tal esquema, en la visión de los fautores del utilitarismo, favorecería la subida del nivel de estándares sociales confiriendo un beneficio general considerable⁴⁶.

Las teorías utilitaristas representan la base ideológica, según diferentes autores, del análisis económico del Derecho⁴⁷ y del neoliberalismo.

En relación con las primeras ideologías mencionadas, la obra de autores como Calabresi, Posner y Coase, según lo anticipado, en la segunda mitad del siglo XX, inaugura una interesante convergencia entre Derecho y Economía, sustituyendo el tradicional concepto de justicia con el de eficiencia económica.

45. El mismo personaje, Thomas Gradgrind, en su énfasis utilitarista, afirma que *la única transacción económica razonable es la adquisición al precio más bajo y la reventa al más alto, habiendo sido claramente demostrado por los filósofos que tal principio resume todos los deberes del hombre*. (Textos traducidos y citados de DICKENS C., *Tempi Difficili*, Milano, Einaudi, 2006, p.111 y ss., consultable en la versión española, DICKENS C., *Tiempos difíciles*, Alianza Editorial, 2010).

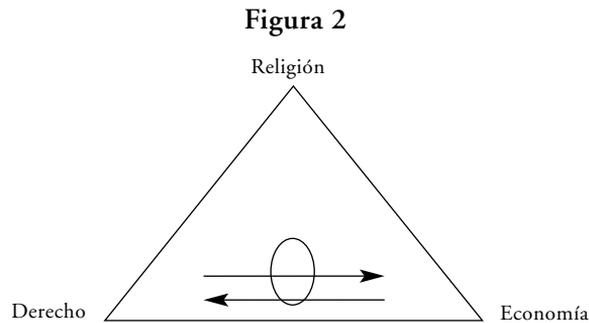
46. Es famosa la frase de Smith según la cual si se quiere obtener comida del carnicero es preferible confiar en su egoísmo, en su deseo de beneficio, mucho más que en su espíritu solidario. Para una panorámica sobre el pensamiento de Smith, se recomienda la lectura de VINER J., *The Intellectual History of Laissez Faire*, in *Journal of Law and Economics*, Oxford, 1960, p.45.

47. POSNER R., *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Law & Business, 1998. CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milán, Giuffrè, 1975; COASE R., *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economic*, 3, 1960; COOTER R., *Law and Economics*, 6th edition, Pearson series in Economics, (del mismo autor), *Il mercato delle regole: analisi economica del Diritto Civile*, Bologna, Il Mulino, 2006.

Este último elemento se convierte en el fin de la actividad normativa, que se emancipa del concepto sustancial y metafísico de justicia, convertido en un mero criterio matemático. El jurista inspirado por el EAL (*Economic Analysis of Law*), por lo tanto, realiza un balance entre costes y beneficios de cada operación, *modus operandi* típico del economista, y evalúa el ordenamiento con base en el resultado obtenido de la mencionada operación.

Tal visión se conjuga perfectamente con el espíritu del Liberalismo y su defensa del *minimal State* y de la teoría de la *mano invisible*, según la cual, como dicho, el bienestar general es la suma de aspiraciones egoístas de los individuos.

Tal modelo puede ser representado en el mismo esquema utilizado anteriormente (figura 1), con algunas diferencias. Como es fácil notar, el vértice del precedente sistema ahora queda excluido de las dinámicas de la sociedad y de la influencia sobre el centro de gravedad de la misma. El Derecho y la Economía se funden, acercan sus métodos analíticos y es el intercambio de instrumentos entre ellos el que define los caracteres del ordenamiento.



La primera crítica del modelo estudiado es, como anticipado, de tipo objetivo y práctico: los efectos de la actual crisis financiera demuestran el potencial nocivo del liberalismo extremo. La fe ciega en la autorregulación del mercado ha fomentado profundas distorsiones y ha evidenciado la necesidad de reconstrucción⁴⁸.

48. Conforme a dicho fin podemos mencionar la encíclica *Caritas in Veritate*, que invita a considerar la crisis como una posibilidad, óptica compartida por los líderes del G-20 que, en el Statement de Pittsburgh de 2009, afirman que “*the economic crisis demonstrates the importance of ushering in a new era of sustainable global economic activity grounded in responsibility*” (*Leader’s Statement, The Pittsburgh Summit, September 24-25- 2009; Annex, 1, documento citado en la página 2 de la nota del Pontificio*

Además uno de los puntos neurálgicos de la tesis en cuestión ha sido, según varios intérpretes, el total abandono de elementos metajurídicos y la exclusión de la esfera moral del terreno económico.

Dicho elemento, en mi opinión, se reviste de gran importancia sobre todo en relación con los mecanismos de control aplicables al sistema financiero. Un modelo despojado de elementos morales se encuentra delante del abismo de la tecnocracia⁴⁹ y ofrece a los operadores el simple mecanismo del respeto formal de las normas para cumplir sus obligaciones. La ética, en otras palabras, se identifica con el concepto kelseniano de mero respeto de la Ley, concepto vacío y formalista, si consideramos que el credo del libre mercado es la ausencia de frenos a la libertad.

Ambos modelos analizados, según hemos visto, presentan defectos relevantes que impiden que podamos elegirlos como sistemas ideales. Los defectos evidenciados, la poca flexibilidad y adaptabilidad a las exigencias empresariales, en un caso, y el apriorismo económico del otro, tienen su origen en el mismo error conceptual. Ambas visiones promulgan la prevalencia de una exigencia sobre la otra, la religión y la eficiencia económica, excluyendo a una de las dos de la dialéctica.

Metodológicamente el modelo no parece fructuoso ni totalmente pragmático, porque, como demostrado, la lógica lucrativa y la ética/religiosa son exigencias concretamente coexistentes en el hombre y la compaginación refleja la posibilidad de no renunciar a ninguna de las dos. Además, la interacción no representaría una parcial dilución de las dos instancias sino que, en mi opinión, podría producir la corrección de las distorsiones del cada modelo y favorecer la extracción de un modelo de síntesis que diera respuesta a ambas necesidades⁵⁰.

Con el fin de aseverar la validez de la propuesta de la presente investigación, a continuación intentaremos explicar la experiencia islámica, en la que la citada síntesis ha sido una exigencia irrenunciable, dada la inseparabilidad de las esferas religiosa y

Consejo de Justicia y Paz, “*Por una reforma del sistema financiero y monetario internacional en la perspectiva de una autoridad pública con competencia universal*” del 24 de octubre de 2011”, consultable en: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20111024_nota_it.html.

49. Este concepto es definido por la encíclica *Caritas in Veritate* (n.45) y por la nota del Pontificio Consejo de Justicia y Paz citada como la absolutización de la técnica que tiende a generar una incapacidad para percibir lo que no se explica con la simple materia.

50. Uno de los ejemplos más indicativos del mejor funcionamiento del modelo sintético es, sin duda, el sistema, del que hablaremos en adelante, del control ético de las inversiones, según el modelo de los *religious boards*, que no afectaría al objetivo lucrativo, sino que lo dotaría de una inusitada solidez, otorgada por el control finalista y *ex ante* de la inversión.

temporal, lo que determina importantes consecuencias dogmáticas, prácticas y nos dota de un precedente sistemático.

IV. La experiencia del *Islamic banking*

El mundo islámico se ha enfrentado históricamente al mismo debate que hemos mencionado en relación con el interés en las transacciones financieras. A tal fin es necesaria una premisa conceptual, que nos obliga a evidenciar que los sistemas islámicos son múltiples y presentan características heterogéneas, elemento que dificulta una total generalización.

Si en la tradición europea muchos contrastes entre preceptos religiosos y temporales se han resuelto históricamente mediante la separación de las dos esferas implicadas, esta división metodológica no se ha reproducido *in toto* en algunos países con fuerte presencia islámica, debido al concepto tendencialmente omnicompreensivo de *Sharia*. Tal noción no es susceptible de absoluta identificación con la noción romanista de derecho, abarcando la totalidad de los fenómenos morales, materiales y sociales⁵¹, determinando una congénita coexistencia de los dos espíritus citados.

La ausencia parcial de laicismo⁵², en la acepción europea del término, implica la necesaria salvaguardia de la conformidad de los sectores materiales sobre el orden moral divino (musulmán). Tal factor ha sido cualificado frecuentemente como retrógrado, conclusión que personalmente, como veremos, no puedo suscribir en su totalidad.

En algunos sectores, especialmente el económico, la inmanencia de la religión ha influido profundamente en la conformación de las estructuras negociales, en cohabitación con la necesidad de los grandes operadores islámicos de participar competitivamente en el sistema financiero mundial⁵³.

51. La *Sharia*, como la *Halachà* hebrea, no prevé una neta separación entre lo temporal y lo divino, según la concepción de S. Mateo (22, 15-21): “*Dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios*”.

52. Según lo anticipado, es difícil generalizar en relación a la variedad y a la profunda diversidad de los panoramas sociopolíticos de los países islámicos. Además, el momento actual impone cierta prudencia en las conclusiones, vistos los cambios *in itinere* en territorios con fuerte presencia musulmana, en la llamada “*primavera árabe*”.

53. Esta es la verdadera sustancia del compromiso que estamos analizando. La solución positiva, es decir un modelo mixto, no siempre es el resultado de meras aspiraciones morales, sino que a veces es fruto de la imposibilidad de suprimir uno de los términos de la dialéctica. En el caso estudiado, la exigencia de preservar la ortodoxia encuentra su límite en la no suprimible aspiración lucrativa, y en la participación en los mercados globales.

La mencionada exigencia ha sido fundamental en la afirmación del modelo de banca islámica, definida por el *International Association of Islamic Banks* como entidad financiera cuyas leyes, estatutos y reglamentos establecen expresamente el compromiso de operar según los principios de la *Sharia*, la eliminación de interés, recibidos o pagados, en cualquier operación⁵⁴.

La prohibición de aplicar el interés encuentra su base teórica en el concepto coránico de *riba'*, literalmente incremento, expansión, usura, considerada un pecado capital⁵⁵.

El Profeta Mahoma delinea dicho concepto en varios textos del Corán, que revelan cierta diferencia de tono, siendo mucho más incisivas las amonestaciones derivadas de las revelaciones de Medina⁵⁶ que las de la Meca⁵⁷. En los mencionados textos

54. Definición recogida en PICCINELLI G.M., *"Banche Islamiche In Contesto Non Islamico"*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1996, p.69-70.

55. BOUSQUET G.H., *Le Droit musulman*, Armand Colin, n.373, Section de Droit, 1963, p.145; ORTIZ J.L., *Derecho musulmán*, Barcelona, Editorial Labor S.A., p.197; SALEH N. A., *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic Law: riba, gharar and Islamic Banking*, London-Dordrecht-Boston, 1992, p.11 y ss.; SANTILLANA D., *Istituzioni di Diritto Musulmano Malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, vol.II, Roma, 1938, p.60 y ss.; CASTRO F., *Il Modello Islamico*, Turin, Giappicchelli Editore, 2007, p.15 y ss.; ALGABID H., *Les Banques islamiques*, Paris, Economica, 1990, p.32 y ss.; ABDULLAH S., *Islamic banking and interest: a study of the prohibition of riba and its contemporary interpretation*, Leiden, E. J. Brill, 1999, p.35 y ss..

56. Sura IV, 161: *por usurear, a pesar de habérseles prohibido, y por haber devorado la hacienda ajena injustamente. A los infieles de entre ellos les hemos preparado un castigo doloroso.*

Sura II, 275: *Quienes usurean no se levantarán sino como se levanta aquél a quien el Demonio ha derribado con sólo tocarle, y eso por decir que el comercio es como la usura, siendo así que Alá ha autorizado el comercio y prohibido la usura. Quien, exhortado por su Señor, renuncie conservará lo que haya ganado. Su caso está en manos de Alá. Los reincidentes, esos serán los condenados al Fuego y en él permanecerán para siempre.*

276: *Alá hace que se malogre la usura, pero hace fructificar la limosna. Alá no ama a nadie que sea infiel pertinaz, pecador.*

277: *Los que hayan creído y obrado bien, los que hayan hecho la azalá y dado el azaque tendrán su recompensa junto a su Señor. No tienen que temer y no estarán tristes.*

278: *¡Creyentes! ¡Temed a Alá! ¡Y renunciad a los provechos pendientes de la usura, si es que sois creyentes!*

279: *Si no lo hacéis así, podéis esperar guerra de Alá y Su Enviado. Pero, si os arrepentís, tendréis vuestro capital, no siendo injustos ni siendo tratados injustamente.*

280: *Si está en apuro, concededle un respiro hasta que se alivie su situación. Y aún sería mejor para vosotros que le condonara la deuda. Si supierais...*

Sura III, 130: *¡Creyentes! ¡No usureéis, doblando una y otra vez! ¡Y temed a Alá! Quizás, así, prosperéis.*

57. Sura XXX, 39: *Lo que prestáis con usura para que os produzca a costa de la hacienda ajena no os produce ante Alá. En cambio, lo que dais de azaque por deseo de agradar a Alá... Ésos son los que recibirán el doble.*

hay una constante contraposición entre la compraventa (*tigara*)⁵⁸, lícita; la limosna (*zakat*)⁵⁹, deber del musulmán; y la usura (*riba*), prohibida.

En sentido estricto, por *riba* se entiende la dilación concedida al deudor a cambio de un incremento monetario respecto a la entidad del préstamo originario (*riba al nasi'ah*, el corriente préstamo a interés)⁶⁰. En sentido amplio, el concepto de *riba*' no se refiere solo al préstamo remunerado, sino a cualquier desequilibrio de las prestaciones contractuales (*riba al-fadl*)⁶¹.

Por tanto, la prohibición de usura abarca: (i) cualquier excedencia cuantitativa o diferencia cualitativa respecto a lo acordado en la conclusión del contrato; (ii) los servicios no pactados, prestados por el deudor y ulteriores a lo acordado; (iii) cualquier retraso o modificación en la ejecución de la prestación⁶².

Cuanto afirmado representa la aversión de la doctrina islámica para todas las hipótesis de enriquecimiento injusto o de negocios aleatorios (*gharar*)⁶³, en cuanto contra-

58. Véase nota 56, Sura II, 275: [...] *asi que Alá ha autorizado el comercio y prohibido la usura* [...].

59. Véase nota 57, Sura XXX, 39: *Lo que prestáis con usura para que os produzca a costa de la hacienda ajena no os produce ante Alá. En cambio, lo que dais de azaque por deseo de agradar a Alá... Ésos son los que recibirán el doble.*

60. ABDEL-HAQ M., *Islamic Banking. Theory, Practice and Challenges*, London, Atlantic Highlands, 1996, p.8.

61. La clasificación expuesta es la más frecuente, pese a los varios criterios de clasificación de los supuestos de *riba*' en el panorama doctrinal islámico. Recordemos, entre ellos, la distinción en base al origen histórico de la prohibición entre *riba' al nasi'ah* y *riba' al-fadl*, directa derivación de los *Ahàdith* del Profeta, y *ribal Jahiliyyah*, cuya fuente es el Corán. NONNE L., *Il Prestito ad Interesse nel Diritto Islamico tra Solidarietà e Profitto*, in *Il Libro e La Bilancia*, Tomo II, Roma, Edizioni scientifiche italiane, 2011, p.840 y ss.

62. Hay que remarcar que esta concepción explica el favor de la doctrina islámica hacia los contratos instantáneos, simultáneos, de bienes del mismo género (recordemos la conocida máxima coránica "*Oro por oro, plata por plata, trigo por trigo, cebada por cebada, dátíl por dátíl, y sal por sal, deben ser vendidos en equidad unos con otros*"), y reales, con intercambio inmediato, de mano en mano, y perfeccionamiento a la entrega. Todos estos mecanismos, como es fácil intuir, sirven para preservar el sinalagma y evitar el desequilibrio. La misma exigencia conlleva el deber de abstenerse del *ribah*, es decir de las operaciones sospechosas y parecidas a las prohibidas (la semejanza semántica remarca la cercanía conceptual), según las indicaciones del Califa Umar Ibn Al-Katthab. (VOGEL F. E., *The Islamic Law and Finance. Religion, Risk and Return*, the Hague-London-Boston, 1998, p.73 y ss.).

63. SANTILLANA D., (obra citada), p.54-55; SALEH N. A., (obra citada), p.62.

rias al ideal de justicia socio-económica, a la distribución equitativa de la riqueza y a la protección del débil⁶⁴, factores fundamentales del mensaje musulmán⁶⁵.

Sentadas las premisas conceptuales, cabe analizar el desarrollo de la banca y la reacción de los operadores financieros en el contexto mencionado, evidenciándose el *modus agendi* adoptado frente a las restricciones mencionadas. A tal fin es necesario diferenciar las realidades territoriales, y los varios modelos de actuación, según tres macro-líneas: (i) la de la elusión y de los subterfugios legales, (ii) la del balance entre dicotómicas exigencias éticas y (iii) la del PLS (*Profit and Loss Sharing System*)⁶⁶.

La expresión *hiylal* se refiere, de forma omnicomprendensiva, a la pluralidad de subterfugios legales idóneos a asegurar la convergencia, meramente formal y nominalista, entre el *homo economicus* y el *mu'min* (creyente)⁶⁷.

64. En tema de interés cabe recuperar la observación del Profesor Nonne (NONNE L., obra citada, p.860) que nos invita a considerar la diferencia entre *riba'* de producción y de consumo. Con respecto al segundo no hay duda que la prohibición tiende a evitar la explotación de los débiles. Por lo inherente al primero, nos referimos a los supuestos de financiación que los pequeños ahorradores facilitan a las grandes empresas, a través, por ejemplo, de bonos. En este supuesto el interés es la forma de remunerar los ahorros de la parte contractualmente débil y la prohibición tendría el efecto paradójico de favorecer a los colosos frente a los particulares. A modo de resumen, se propone una relativización conceptual de la noción de *riba'*, a la luz de la *ratio* protectora expuesta.

65. En el mismo sentido, se pueden citar los *fugaha'* clásicos, que remarcan que el *riba'* es una cuestión en conexión con la más amplia función del capital, que puede ser utilizado al servicio de la sociedad o, en caso contrario, utilizado para la destrucción de la misma (a través de la acumulación del capital en oligopolios que impiden el desarrollo de los pequeños operadores). Las teorías de los juristas musulmanes, como evidenciado por Ziaul Haque, constituyen "*An attempt to bring all economic activity under social and moral control*" (véase PICCINELLI G. M., obra citada., p.66-67; en el mismo sentido, COMAIR-OBEID, *Les Contractes en droit musulman des affaires*, Paris, 1995, p.56 ; IQBAL, Z., *Islamic financial systems, Finance & Development*, 1997, p.42-45.

66. La presente es una clasificación finalizada a la mera recopilación y coexiste con otras presentes, cuales la de Piccinelli (obra citada, p.38 y ss.), que diferencia la interpretación del problema de la usura según tres modelos: los sistemas formalmente puros (codificados, como el Irán y el Pakistán, y parcialmente codificados, cuales Arabia Saudí), sistemas europeos (como los que han recetado los modelos europeos; como el tunecino, influenciado por la codificación francesa), y los modelos integrados (los que intentan compaginar las exigencias religiosas y lucrativas).

En mi opinión, a los fines del presente escrito, constatada la tendencial imprecisión de cualquier esfuerzo catalogador de un universo tan fragmentado como el de los ordenamientos islámicos, es útil evidenciar el hecho de que las tres visiones que menciono comparten la idea de compatibilidad chariática, siendo interesante destacar que el camino hasta este resultado es significativamente diferente.

67. PICCINELLI G.M., obra citada, p.30.

Dentro de esta visión, podemos citar las concepciones doctrinales presentes en algunos de los países considerados puramente islámicos, empezando por las tesis que consideran que la prohibición de *riba'* no se extiende a las personas jurídicas, pues están privadas de capacidad moral⁶⁸ y consecuentemente imposibilitadas para cumplir acciones religiosamente reprochables⁶⁹.

En la misma línea podemos evocar la doctrina saudí⁷⁰, de clara inspiración hanbalita, que rechaza el término interés⁷¹, pero que, al mismo tiempo, presenta un sistema económico en el cual los negocios bancarios y las consecuentes cuestiones de remuneración del capital mantienen un papel primordial.

En el mismo ámbito, además, ha proliferado la teoría de la *darura*, que permite mantener la abstracta ilicitud del interés, casuísticamente derogada en los casos de necesidad⁷², considerándose tal la exigencia de participación en el contexto financiero internacional⁷³.

68. Dicha interpretación, en cierto sentido, puede relacionarse con la máxima penalista del *societas delinquere non potest*, principio parcialmente superado que afirmaba la imposibilidad de la persona jurídica de incurrir en dolo o culpa y por tanto de integrar el elemento subjetivo del supuesto penal.

69. Este argumento ha sido invocado, junto con el de la *darura* (institución que mencionaremos a continuación), en la famosa sentencia de la Corte Suprema Federal de los Emiratos Árabes Unidos, *Baroda Bank v. Abu Dhabi Electronic Trading Co.* (1983). En este caso, la Corte desestimó el recurso de Baroda Bank para conseguir el pago de un interés en una línea de crédito, creando una contradicción con otros pronunciamientos del mismo órgano. Tal línea hermenéutica se puede compaginar con la idea de prohibición aplicable según la calidad del sujeto (vigente por lo tanto solo para personas físicas) que representa el fundamento de la dicotomía entre ámbito civil (considerado el derecho de las personas físicas) y el mercantil (reservado casi exclusivamente a entidades). Tal visión es presente en los códigos del Kuwait (véase el artículo 305 del Código civil, que prohíbe el interés y el artículo 102 del Código de comercio, que lo permite) y en el egipcio.

70. No parece secundario recordar que Arabia Saudí no ha adoptado una constitución formal escrita, considerando el Corán la única constitución que un Estado islámico puede reconocer. De todas maneras, en el 1982 el Rey Fahd ha promulgado un reglamento para disciplinar la estructura estatal y que actúa de constitución de segundo grado.

Dentro del marco dibujado, el tema del interés ha sido fragmentariamente reglado por varias Comisiones ministeriales (recordamos las del 1985 y de 1987) que, en varios casos, han tomado decisiones antitéticas respecto a las cortes chariáticas.

71. El término no aparece en ninguna regulación, pues en general, se prefieren las expresiones de *charges* o *commissions*.

72. El mismo concepto es un elemento relevante del *iter* motivacional de la famosa sentencia del 1981 de la Corte Suprema de los Emiratos Árabes Unidos (caso *Janata*), decisión inspiradora del artículo 43 del Código de las obligaciones, según el cual la necesidad justifica el cumplimiento de una acción prohibida. (concepto contenido en SCHACHT J., *Introduzione al Diritto Islamico*, Turín, Giappichelli, 1995, p.88-89.)

El catálogo de la legitimación incidental del sistema remunerativo del préstamo prosigue con la preponderancia que muchos juristas atribuyen al principio coránico *pacta sunt servanda* (V, I), así otorgando al consentimiento entre las partes una insólita prevalencia jerárquica⁷⁴.

En el marco de las *hiylal*, destaca sin duda el esquema negocial del *'uhda*, en uso en la región de Hadramawt (Yemen), que prevé la obligación de custodia de la propiedad (normalmente una finca agrícola), que el financiado concede al financiador a cambio de crédito. Durante un tiempo determinado el vendedor conserva el derecho de revocar la venta pagando el mismo precio, y así readquirir la finca, después del periodo mínimo garantizado, en el cual el comprador-financiador puede arrendar (al mismo vendedor o a terceros) la finca⁷⁵.

73. El canon de necesidad permite flexibilizar los preceptos chariáticos hasta el punto de derogarlos completamente. Cabe recordar que los juristas islámicos clásicos consideraban la *darura* como un instrumento cuyo recurso sería circunscrito y reservado a los casos de extrema necesidad personal, semejantemente a la interpretación penalista de la eximente. Por lo tanto técnicamente puede ser criticable la extensión del recurso a este concepto para dotar de licitud un entero sector de actividades.

Esta temática evidencia, una vez más, las críticas a las cuales se exponen las concepciones en las que prevalece decisivamente la óptica religiosa. Según lo anticipado, la inflexibilidad y la imposibilidad de la evolución de las fuentes impone al jurista un uso amplio y atrevido de los instrumentos de interpretación, como la analogía.

74. Sura V, I: “;Vosotros que creéis! Cumplid los contratos!”. Este principio actúa de forma parecida al tradicional principio *pacta sunt servanda* en *civil law* o del *sanctity of contract* en *common law*, tutelando y preservando de forma prioritaria la validez de lo pactado entre las partes.

Según esta visión hermenéutica el consentimiento de las partes sirve para legitimar un supuesto de aplicación del interés en relación con la prevalente obligación (coránica) de respetar los pactos y dotar el tráfico comercial de la necesarias seguridad. En este sentido, varios autores consideran el principio del necesario cumplimiento de lo pactado merecedor de un rango superior respecto a la prohibición del interés.

75. Para un completo análisis del *'uhda* véase BOXBERGER L., *Avoiding riba': credit and custodianship in nineteenth – and early – twentieth Century Hadramawt*, in 5 *Islamic Law and Society* 196, 1998, según citado por NONNE L., (obra citada).

En particular, este último autor se detiene en un breve estudio sobre dicha figura, evidenciando el favor que ha conseguido en la doctrina islámica, la cual se ha concentrado en añadir requisitos que puedan decretar la compatibilidad con la moral islámica (entre estos requisitos, la inferioridad de lo abonado para el *'uhda* al precio final de la propiedad). Algunos juristas, por contrario, han subrayado que estos negocios se pueden convertir en instrumentos para permitir a los más fuertes privar a los débiles de la propiedad de fondos. Esta opinión ha sido contrastada a través la afirmación del derecho (potestativo) del vendedor-deudor de revocar la venta.

Frente a las mencionadas praxis elusivas, encontramos las otras dos construcciones doctrinales, impulsadas a principios del siglo XX por los juristas modernistas. Emblemática, en este sentido, es la célebre *fatwà* emitida por Muhammad Abduh en ocasión del *Sunduq at-Tawfir Affair* (1903-1904). En este caso, la Administración Central del Correos en Egipto, quiso constituir una Caja de Ahorros (*Sunduq at-Tawfir*) mediante la cual aseguraba a los depositantes una contraprestación en la forma de un interés con tasa predeterminada. Más de tres mil ahorradores rechazaron la percepción del interés por ser contrario al precepto religioso, interesando el Gran Muftí del caso.

El consejo de los Ulemas, acogiendo parcialmente la motivación del Muftí, calificó la operación como lícita⁷⁶, basándose en la cooperación que los depositantes habían prestado en operaciones que sustentaban el desarrollo general del país. De esta forma, el término *interés* se convertía en *dividendos*⁷⁷.

Con el fin de compaginar el progreso con el rigor chariático, algunos discípulos de Muhammad Adbuh, en particular Rasid Rida y Mahmud Saltut, profundizaron en la línea hermenéutica mencionada, afirmando la licitud del interés en base a evaluaciones éticas. En particular, se alega que la solidaridad, la hermandad islámica y los valores sociales, columnas de la *Sharia*, se pueden perseguir eficazmente a través de la remuneración de capital⁷⁸.

En otras palabras, la instrumentalización de la lógica capitalista para la satisfacción de exigencias sociales, determina la prevalencia del elemento finalista que permea de licitud todo el supuesto⁷⁹.

76. A pesar de que el consejo de los Ulemas siguió las argumentaciones del Gran Muftí, tenemos que remarcar que la conclusión de los dos órganos fue diferente: el Gran Muftí declaró la operación ilícita.

77. Este matiz no es un elemento meramente terminológico, sino que representa la separación y la profunda diferencia entre el concepto de *interés*, como contraprestación por el uso del capital del acreedor, calculado *ex ante* y según índices predefinidos; y el *beneficio* (*profit*), como resultado de una actividad, proporcionado al éxito de tal actividad.

78. A través de esta interpretación se afirma la licitud de los intereses pagados por el Estado sobre los títulos de deuda pública. Mediante los fondos captados con la venta de tales títulos, el Estado puede realizar obras de utilidad social y subir el estándar de bienestar de los hermanos musulmanes, cumpliendo los preceptos religiosos.

79. Contrariamente a esta posición, cabe recordar que los tradicionalistas excluyen una función social del *qard* (préstamo).

Según esta construcción doctrinal por lo tanto empresas privadas y bancos tienen un papel relevante para el Estado, contribuyendo a realizar las finalidades sociales⁸⁰, prescritas por las normas chariáticas⁸¹.

La misma óptica armonizadora representa la base de la hermenéutica del PLS (*profit and loss sharing system*)⁸², que a diferencia de la tesis anteriormente expuesta, no resuelve la dialéctica a través de la prevalencia jerárquica de inquietudes éticas, sino que, mediante sus tesis, profesa la superación de los experimentados esquemas bancarios. La conversión del modelo generalizado del interés en un modelo de negocios participativos por tanto preservaría la pureza del sistema islámico y mejoraría la eficacia del mismo⁸³.

Tal modelo bancario se impone a finales de los '70, con la recuperación, por un lado, de esquemas contractuales islámicos clásicos y, por otro, con la "islamización" de las prácticas de las bancas occidentales. Citando como relevantes precedentes los

80. Como veremos tal óptica ha llevado a algunos gobiernos (Irán por ejemplo) a nacionalizar a los bancos, proponiendo una estricta cohesión operativa.

81. Tal sustrato ideológico, en mi opinión, ha jugado un papel esencial en la delineación del modelo del microcrédito diseñado por el Premio Nobel M. Yunus. La combinación entre los fines sociales y lucrativos es un dogma del programa del Grameen Bank (Bangladesh) y la evidente aplicación del interés (en algunos casos tan alto que, en nuestro ordenamiento, rozaría el límite de la usura penalmente relevante) representa un medio para la difusión del modelo y la persecución capilar del objetivo de la emancipación de determinados sujetos.

No es casual que tal esquema negocial haya florecido en un territorio de clara influencia islámica, pese a las opiniones contrarias de varios islamistas, ámbito en el cual el aspecto moral es inherente a varias actividades.

Cabe recordar, para dotar al lector de la visión más amplia posible, que los ambientes islámicos más tradicionalistas han impugnado y criticado el modelo del microcrédito por varias razones: primero de todo, porque representaría una clara hipótesis de usura, en segundo lugar, vulneraría y desviaría el creyente del deber de ayudar los hermanos mediante la limosna (*zakat*), y, en último, el papel principal de las mujeres ha sido objeto de discusión.

82. SATTAR AL-HARAN S.A., *Islamic Finance: partnership financing*, Selangor, Pelanduk Publications, 1993, p.55-73; NEJATULLAH SIDDIQI M., *Issues in Islamic Banking*, Leicester-London, The Islamic foundation, Capítulo "*Economics of Profit Sharing*", 1983.

83. La característica digna de relevancia es que la tesis aspira a superar los estándares de eficiencia del sistema del interés, no solo a igualarlos. El valor de esta visión se identifica en la mejoría del objetivo lucrativo mediante la inserción del elemento ético.

sistemas como el iraní⁸⁴ y el pakistaní⁸⁵, el método participativo se ha difundido y se ha extendido de forma que adquiere competitividad⁸⁶, no solo en el mundo islámico, sino también en campos donde operan los bancos occidentales⁸⁷, anticipando el debate sobre la banca ética.

Tal conclusión es ampliamente soportada por el estudio de las tres vertientes del sistema analizado: la consciente compartición del riesgo bancario, la cooperación que relaciona el beneficio con la efectiva producción y la compatibilidad ética de las inversiones.

Estas líneas directrices se aplican, *in primis*, a la actividad de captación del ahorro, con los depósitos participativos⁸⁸, *hisabat al-mustaraka* y a las cuentas corrientes de inversión, *hisabat al-istitmar*. Estos instrumentos se estructuran como depósitos vinculados a plazo, acompañados por un mandato que el cliente otorga a la banca para que invierta el dinero en iniciativas *halal*⁸⁹. La banca, como en los sistemas

84. En Irán el proceso de islamización ha tenido tres fases de desarrollo: la primera ha empezado con la nacionalización y la progresiva reestructuración del sistema bancario, con significativas reformas; la segunda fase empieza en el 1983 con una legislación (Ley sobre las operaciones bancarias sin interés) que actúa concretamente en la mecánica bancaria y la tercera fase, desde 1986, en la que las estructuras bancarias se insertan y complementan con la acción gubernamental.

85. La transformación del sistema empieza en el 1979, cuando el Presidente de la República consulta el Consejo de la ideología islámica con el fin de reestructurar, en clave islamista, el sistema bancario. A través de un proceso gradual (1981-85) el interés desaparece formalmente de los contratos bancarios, regulados por el sistema participativo, incluso los depósitos y las cuentas de ahorros.

86. Hay que repetir que estos bancos no se deshacen del lado lucrativo, siguiendo su presencia en las actividades de captación del ahorro, erogación del crédito y en todas las actividades de inversión.

87. Aquí el fenómeno es doble: por un lado, la banca islámica ha conseguido una posición privilegiada, obviamente, en territorio musulmán. Por otra parte, el modelo se ha difundido y ha tenido cierto éxito en todo el mundo, conectando este factor con el pluralismo social, que ha permitido a entidades exportar el *Islamic system* con relevantes resultados. Los ejemplos son numerosos: piénsese en la Banca Árabe de Inversión (Egipto), en U.S, la Enterprise Federal Savings Bank (Landover) y, a nivel internacional, Citibank. En estos casos, el éxito de las ofertas *halal* sería un argumento que demuestra *ipso facto* el éxito del tipo de banca (ética) islámica y la viabilidad del modelo.

88. Numerosos bancos islámicos, al lado de los mencionados depósitos participativos, prestan servicio de depósito totalmente gratuito.

89. La banca utiliza frecuentemente el capital en fondos comunes de *musaraka* o de *mudaraba* (que trataremos más adelante) y puede diversificar la inversión, firme la necesaria compatibilidad moral del destino de la misma. Por iniciativas religiosamente compatibles se entienden todas las operaciones que evitan el empleo de los fondos en actividades prohibidas por el Islam (juegos al azar, carne de cerdo, prostitución etc.).

occidentales, reembolsa al caducar el plazo el depósito con el capital y las reservas, remunerando dicho depósito de forma proporcional al éxito de la inversión, elemento que sustituye la remuneración predeterminada del interés e involucra a las dos partes en el riesgo⁹⁰.

La morfología del *profit and loss sharing system* asume una conformación particularmente interesante y de notable relieve en tema de erogación del crédito para actividades productivas y comerciales, a través de los contratos de *mudaraba* y *musaraka*⁹¹.

La *mudaraba*, en la praxis bancaria, representa un contrato asociativo, un híbrido de capital y obra, mediante el cual la entidad financiera concede un capital al cliente-empresario para la realización de un determinado proyecto empresarial. El cliente quedará obligado a la restitución del capital más el reparto (en un porcentaje determinado) de los beneficios con el financiador⁹².

De esta forma, se instaura una asociación tanto en los beneficios como en los riesgos porque el cliente emplea sus conocimientos técnicos como único gestor para la consecución del resultado proficuo y el banco monitoriza externamente el proyecto⁹³, del que depende la obtención del útil.

Si el proyecto no tiene beneficios, el cliente, según lo dicho, quedará obligado al mero reembolso del capital, cuya entidad puede estar garantizada mediante letras de

90. Se pueden encontrar ejemplos de los esquemas mencionados, entre otros, en los modelos del Islamic Development Bank (www.isbd.org) y del Kuwait Finance House (www.kfh.com/en). Sobre el detallado funcionamiento y las garantías de tales depósitos véase KHAN M.F., *Guarenteeing Investment Deposits in Islamic Banking System*, Islamic Economics, vol.16 n.1, 2003, p.84-135.

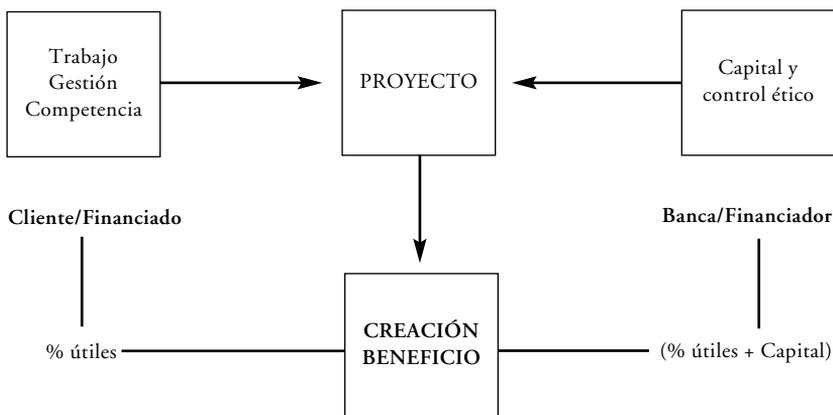
91. Estos contratos representan la renovación de esquemas presentes en la Arabia del siglo 7 a.C., donde la economía estaba basada en la autofinanciación y en la financiación directa del capitalista al empresario. La elaboración moderna de estos esquemas los dota de plasticidad y flexibilidad, adaptándolos, entre otras cosas, a las modalidades de participación indirecta. (PICCINELLI G.M., obra citada, p.100-101). Estos modelos encuentran un correspondiente esquema en derecho hebreo, el *iska*, mediante el cual un socio activo se asocia con el financiador (socio silente). Este contrato, que asume los rasgos de un contrato mixto de crédito y prenda (cuando se prevean mecanismos de garantía), es frecuentemente aplicado por la Discount Bank of Israel y por el Leumi Bank of Israel en relación con la prohibición de interés. (Capítulo V *Mishnà Bavà Metzi'à*, en la versión comentada por RABELLO A.M., *Mishnà Massèkhet Bavà Metzi'à*, Roma, ARI, 2011, p.85 y ss.; ELON M., obra citada, p.280 y ss.

92. Para un eficaz análisis de dicho instrumento en contexto técnicamente bancario, véase FARHI S., *La Banca Islamica e i suoi fondamenti teorici*, Catanzaro, Rubbettino, 2010, p.23-26.

93. En otras palabras, el banco es socio en los útiles pero tercero en relación a la administración de la iniciativa económica y no puede intervenir en la gestión. Fotografía perfectamente este esquema la definición del *mudaraba* como *dormant partnership* contenida en SALEH N. A., obra citada, p.93.

compensación entre el capital erogado y el depósito del cliente en la misma entidad, tal como previsto en el modelo contractual de la Albaraka International Bank LTD londinense⁹⁴.

Figura 3.
Mudaraba: Financiación de empresas

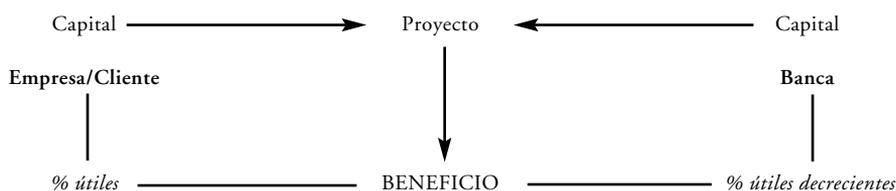


La diferencia con la línea de crédito de los bancos occidentales es evidente, bajo varios puntos de vista: ante todo, el empresario en dicho modelo está obligado a devolver el capital y un porcentaje de interés predeterminado, siendo irrelevante el éxito del empleo del capital recibido. Además, el banco, para conceder la financiación, realizará un análisis de mera solvencia de su cliente. En la *mudaraba*, normalmente aplicada para operaciones comerciales a corto plazo, la entidad financiera, que puede conseguir solo una ganancia proporcional al éxito del proyecto, realiza un triple análisis previo a la concesión: (i) sobre la compatibilidad chariática de la operación concreta, (ii) sobre la posibilidad de éxito del proyecto y las capacidades del cliente, y (iii) sobre la solvencia de este último.

94. <http://www.albaraka.co.za/home.aspx>.

Para proyectos a largo plazo el modelo más utilizado es la *musaraka*, mediante la cual dos o más sujetos contribuyen a la financiación de una iniciativa empresarial (en cuotas iguales o desiguales) y las pérdidas están divididas proporcionalmente al capital aportado. En las prácticas bancarias, la *musaraka* actúa como un sistema de *venture capital*, mediante el cual la banca (*musarik*) participa en el capital de empresas existentes o de nueva constitución (capital riesgo) (figura 4), pudiendo sucesivamente y eventualmente transferir las participaciones titularizadas al mismo empresario o colocarlas en el mercado.

Figura 4.
Musaraka “decreciente”



La técnica de financiación es homologable a las de *equity financing*, y es interesante ver como este modelo participativo puede adaptarse perfectamente a las características erogativas a través de la modalidad de *musaraka* “decreciente”, mediante la cual la entidad financiera financia un proyecto, recibiendo a cambio una cuota de útiles decreciente cada año, mientras que el empresario financiado readquiere la plena disponibilidad de una cuota “creciente” del capital de la empresa (fig.4). De esta forma se auxilia eficazmente el *start up* de las empresas, beneficiándose de una cuota determinada por el éxito de la iniciativa y diluida a lo largo del tiempo.

Los modelos en examen⁹⁵ representan una compleja estructura comercial⁹⁶ que tiende a compaginar las aspiraciones lucrativas y el respecto de la prohibición de *riba*'

95. Los mismos modelos representan el esquema técnico de las operaciones de *Project financing* como los *syndicated loan* y de los *Islamic swaps*. Para un análisis completo de esta gama de instrumentos se puede consultar el interesante volumen de KAMALI M. H., *Islamic Commercial Law: an analysis of future and options*, Cambridge, Islamic Texts Society, 2000.

96. El modelo asociativo implica elementos comerciales del préstamo/crédito (según la naturaleza real o consensual), combinados con el depósito y con el mandato fiduciario otorgado al cliente para gestionar la iniciativa empresarial. Además normalmente los bancos consideran aplicable al contrato la cláusula *rebus sic stantibus*.

a través de los elementos mencionados y del estricto control del destino de las inversiones.

A este último fin es fundamental el mecanismo del SSB *Sharia Supervisory Board*⁹⁷, mediante el cual dicho órgano, compuesto por expertos en Derecho islámico normalmente nombrados por el Consejo de administración, actúa como garante de la conformidad chariática de las operaciones bancarias. Tal tarea se desarrolla a través de un control concreto y abstracto de las operaciones, que se concreta en los informes legales, *fatwà*⁹⁸.

V. Conclusiones

En este breve recorrido, hemos analizado los modelos históricamente experimentados, evaluando la respectiva viabilidad y la mutua compenetración, con el fin de dibujar un modelo general funcional en su tejido económico-financiero.

En virtud del *excursus* expuesto, y con particular atención a la experiencia islámica, nos decantamos por la viabilidad de un modelo mixto, en el que el elemento ético pueda actuar de correctivo de los excesos a los que ha llevado la aséptica búsqueda del lucro. En este marco, los interrogativos alrededor de dicha conclusión son múltiples, empezando por la reflexión sobre la competitividad del sistema propuesto.

El elemento ético, en mi opinión, no representaría un freno para las exigencias empresariales sino que las puede fortificar, otorgándoles inédita solidez y cercanía a sujetos anteriormente excluidos. En este sentido la experiencia islámica ha sido altamente útil, gracias a las citadas construcciones negociales que se han englobado a la lógica bancaria, sin, por ello, determinar una disminución de competitividad y eficiencia.

Piedras angulares de dicha síntesis son, sin duda, la tendencia a responsabilizar a todas las partes de la operación bancaria, y a involucrarlas en los beneficios y riesgos; además del determinante control ético. Tales requisitos me parecen perfectamente susceptibles de exportación a contextos totalmente laicos a través del sistema de la difusión y osmosis de modelos⁹⁹, instrumentos del comparatista.

97. Véase, por ejemplo, el modelo del Jordan Islamic Bank:

<http://www.jordanislamicbank.com/en/?427dacca3edd8203f5aceefbb0607878fc4d0aac776c3>.

98. Tal tarea puede tener cierta connotación progresista, en la medida en que propone esquemas alternativos y competitivos con los modelos basados en el interés.

99. Una de las posibles facetas prácticas del derecho comparado según GAMBARO A. & SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Milán, Utet, 2009, p. 3-7.

En particular, el PLS consigue, como idea general, una convergencia de intereses entre financiado y financiador, ambos atados al éxito del proyecto. Esta característica impone a la entidad acreedora de ejercer un control profundo de la actividad, fuera de la mera lógica de la ciega transmisión del riesgo. Dicho carácter se combinaría con el control finalista de las operaciones, elemento mutuado por los comités religiosos que verifican la conformidad chariática.

Las cautelas evidenciadas de esta forma quedarían parcialmente emancipadas del vínculo con los preceptos religiosos, y convertidas en lógicas éticas o sostenibles, de amplia aplicabilidad.

El efecto que tendría la renovada cercanía (o dependencia) entre las partes sería, en mi opinión, facilitar el acceso a la financiación a sujetos que no la hubieran obtenido según meras evaluaciones técnicas. Además, la adopción de esta visión favorecería, en sus variantes, la circulación de capitales financieros de relevancia local, incentivando la pequeña empresa, y otorgaría soporte al ahorro.

En este marco conceptual la banca ejercería un nuevo e indirecto papel social, conforme al vigente fermento sobre la economía ética, consistente en soportar el desarrollo de una parte de la sociedad, sin renunciar a su vocación lucrativa¹⁰⁰.

El eje de la presente concepción no es la anacrónica pretensión de convertir los bancos en entidades estrictamente éticas (en este caso la batalla estaría inexorablemente perdida y, probablemente, el término ética perdería su significado), sino el de encontrar la estructura negocial que permita el ingreso estable del elemento meta-jurídico en el mundo financiero, una vez superado el “*acid test*” de la compatibilidad. De esta forma el control finalista se concentraría en la *ratio* de las operaciones bancarias, debiendo entrar el elemento ético en la génesis negocial¹⁰¹.

La corrección de las distorsiones del sistema vigente, por tanto, no pasa exclusivamente por el empleo necesario de los fondos en iniciativas morales (que representa otra propuesta válida y parcialmente diferente de la presente), sino que podría basarse en el implante de cláusulas de destino que responsabilicen *ex ante* a las dos partes (financiado y financiador) de las operaciones bancarias.

A nivel de mecánica contractual, las alternativas para el jurista son múltiples, debiéndose mencionar la posibilidad de dar un giro copernicano a la visión y asumir, a través de los principios generales, otra conformación de la causa contractual en el ámbito bancario.

100. Aquí vemos otra convergencia con la encíclica *Caritas in Veritate* (véase nota 1 del presente trabajo).

101. En lugar de concentrarme sobre elementos de política monetaria, cuales la oportunidad de una autoridad mundial de las finanzas o la implantación de elementos keynesianos en las políticas gubernamentales.

En este caso, el elemento ético entraría en la función económico-individual del negocio, convirtiéndose, consecuentemente, algunos supuestos de financiación (participativa) en contratos con causa mixta. La sanción en casos de defectos de la causa así percibida, podría llevar a la nulidad del negocio.

Con el fin de permitir al lector valorar plenamente estas premisas, cabe evidenciar que la aplicabilidad de estos esquemas a supuestos de microfinanzas tiene otra importante consecuencia: la emancipación de la mera lógica consumista de la financiación (ética).

En particular, la propuesta del presente trabajo se sustancia en la posibilidad de dotar de más vertientes la disciplina de la economía ética: desde la clásica y válida financiación consumista de sujetos desventajados, hasta una ponderada línea de política productiva cuyo núcleo se identificaría en la erogación crediticia a las PYMES.

La extensión del modelo en cuestión al mundo empresarial y la visión participativa consiguen, en nuestra opinión, la convergencia total entre productividad y óptica solidaria.

Según lo dicho, entidades financieras y PYMES pueden así desarrollar sus actividades directamente lucrativas e indirectamente sociales, produciéndose consecuentemente una ascensión de los estándares de bienestar a nivel general, conforme al superior interés público. La aplicación de la misma visión a nivel global podría actuar como propuesta para disminuir la distancia entre los países más pobres y los más ricos.

En virtud de los conceptos mencionados, hemos podido ver que la tradición nos ha dotado de precedentes útiles, que han recuperado la respectiva actualidad en virtud de la profunda crisis financiera. La tarea, notablemente ardua, para los intérpretes consiste en adecuar estos modelos al contexto actual, combinarlos con la actualidad laica y pluralista, además de imprimir una eficiente competitividad.

Para realizar dichas finalidades, hemos elegido el método de la compaginación de instancias y, renunciando a la ortodoxa adhesión a una de las dos, el camino más difícil: el del equilibrio entre las esferas lucrativa y moral.

El objetivo es encontrar una síntesis no solo propositiva, sino concretamente aplicativa, evitando que las lógicas en cuestión, hablando idiomas distintos, generen una moderna Babel, auspiciándose, por el contrario, una convergencia teleológica, una Pentecostés.