

## El Estado se convierte en Iglesia

*Cómo el principio de legalidad se desarrolló en la India y en Oriente Próximo, pero no en China; cómo, en la práctica, la autoridad se dividió entre poderes religiosos y laicos en Oriente Próximo; cómo los regímenes premodernos de Oriente Próximo observaban los derechos de propiedad; por qué los ulenmas musulmanes no fueron nunca capaces de controlar el poder del Estado al estilo de la Iglesia cristiana; por qué no existe el principio de legalidad en el mundo árabe contemporáneo; el principio de legalidad moderno comparado.*

En China, la religión no reflejaba un consenso social y cultural, sino que tendía a ser una fuente de protesta social. Esto se aprendía desde el taoísmo de la dinastía Han y el budismo de la dinastía Tang hasta la rebelión Taiping influida por el cristianismo en el siglo XIX y el Falun Gong actual. El Estado chino no ha reconocido nunca una fuente de autoridad religiosa superior a él, y ha controlado a los sacerdotes con facilidad.

No había, por tanto, una base histórica para un principio de legalidad basado en la religión en China. En una tradición anclada en el legalismo, los chinos consideraban fundamentalmente su ley como una ley positiva. Ley era cualquier cosa decretada por el emperador. Los principales códigos legales fueron publicados durante las dinastías Qin, Han, Sui, Tang y Ming; muchos de los cuales eran simplemente listas de castigos por diferentes infracciones. El código Tang, publicado en diferentes versiones en los siglos VII y VIII, no contiene ninguna referencia a una fuente de derecho divina; por el contrario, deja claro que las leyes son elaboradas por gobernantes terrenales para controlar a personas cuya mala conducta podía perturbar el equilibrio natural y social.<sup>539</sup>

539. John W. Head, «Codes, Cultures, Chaos, and Champions: Common

Las cosas eran totalmente distintas en India, donde el brahmanismo que se desarrolló de manera contemporánea, o ligera-mente antes de la época de la formación del Estado indio, subordinaba la clase política/guerrera de los chatrias a la clase sacerdotal de los brahmanes. La religión india se construyó alrededor de la cuádruple jerarquía de varnas en cuya cúspide se encontraban los sacerdotes, y todos los gobernantes indios tenían que acudir a los brahmanes en busca de legitimidad y autorización social. Por tanto, la ley estaba profundamente arraigada en la religión, no en la política; el primer texto legal, el *Dharmasastra*, no era una recopilación de edictos de emperadores, como en China, sino de documentos escritos por autoridades religiosas.<sup>540</sup>

El derecho indio posterior se desarrolló en cierto modo como el *common law* inglés, no basándose estrictamente en esos textos legales, sino interpretando la ley caso por caso y aplicando precedentes generados por los panditas, o expertos religiosos en la ley.<sup>541</sup> Su gobierno no sólo acostumbraba a hacerse valer por los brahmanes en lugar de por las autoridades políticas, sino que los brahmanes no permitían un ámbito legislativo laico separado. La ley tenía muchas de las características enumeradas por Hayek: por lo general era inalterable, o sólo podía modificarse en referencia a un precedente aún más antiguo, del cual la ley vigente se consideraba una degeneración.<sup>542</sup> Como se cuenta que dijo un hindú conservador en respuesta al intento del Parlamento indio posterior a la independencia de modificar las leyes sobre matrimonio y divorcio: «La autoridad del Parlamento no puede ignorar los dictados de los *shastras* [textos], la palabra de Dios, escrita en beneficio nuestro por los *rishis* [maestros sa-

bios] que todo lo ven. Ningún hindú puede aceptar más autoridad que la de los *shastras*.»<sup>543</sup>

La clase de los brahmanes no estaba organizada en una única jerarquía capaz de dar órdenes a reyes y emperadores. No había un «papa» hindú ni una «Iglesia» hindú. La clase de los brahmanes era más bien una red cuyos miembros se comunicaban unos con otros de manera horizontal entre los miles de pueblos y ciudades en que vivían. No obstante, los brahmanes estaban a su vez divididos por diferencias sociales marcadas por los jatis. Un brahmán encargado de presidir las investiduras reales podía no estar dispuesto a relacionarse con otro que oficiara ritos funerarios. Las autoridades religiosas, por tanto, ejercían una tremenda influencia a escala local, puesto que sus servicios eran necesarios en prácticamente todos los acontecimientos sociales. Nunca estuvieron subordinados al Estado ni llegaron a ser funcionarios del mismo. Sin embargo, tampoco podían llevar a cabo una acción colectiva a través de una organización jerárquica e institucional. La fragmentación provocada por los jatis no sólo afectaba al poder político, sino también al poder religioso.

### El principio de legalidad en Oriente Próximo

Aparte de India y de Europa, la otra civilización del mundo en la que apareció el principio de legalidad fue Oriente Próximo. Todavía hoy, mucha gente de dentro y fuera de la región es consciente de que muchos regímenes, especialmente en el mundo árabe, son dictaduras crueles sin restricciones provocadas por la creencia en una ley o justicia superior.<sup>544</sup> A menudo, los occidentales piensan que la identificación de Iglesia y Estado es intrínseca al islam, mientras que eso no sucede en la Europa cristiana,

Features of Legal Codification Experiences in China, Europe, and North America», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 13, n.º 1, 2003, pp. 1-38. Véase también Shapino, *Courts*, pp. 169-181.

540. Para conocer los antecedentes, véase J. Duncan M. Derrett, *Religion, Law, and the State in India*, Faber, Londres, 1968, caps. 3-4.

541. Véase Richard W. Larivière, «Justices and Panditas: Some Ironies in Contemporary Readings of the Hindu Legal Past», *Journal of Asian Studies*, vol. 48, n.º 4, 1989, pp. 757-769.

542. J. Duncan, M. Derrett, *History of Indian Law (Dharmasastra)*, E. J. Brill, Leiden, 1973.

543. Larivière, «Justices and Panditas», pp. 763-764.

544. Alfred Stepan y Graeme Robertson señalan que el verdadero déficit de la democracia liberal reside más en el mundo árabe que en el mundo musulmán en general. Véase Alfred C. Stepan y Graeme B. Robertson, «An "Arab" More Than a "Muslim" Democracy Gap», *Journal of Democracy*, vol. 14, n.º 3, 2003, pp. 30-44.

y que el régimen teocrático que se estableció en Irán tras la revolución de 1979 constituye, de algún modo, el regreso a la forma de gobierno tradicional musulmana. Ninguna de estas afirmaciones es exacta.

El surgimiento de las dictaduras musulmanas modernas es resultado de los accidentes de la confrontación de la región con Occidente y la ulterior transición a la modernidad. En la Europa cristiana, frecuentemente, la autoridad política y la religiosa estaban unidas. En el mundo musulmán, ambas autoridades estuvieron separadas durante largos períodos históricos. En los países musulmanes, la ley desempeñaba el mismo papel que en los cristianos: un control (aunque más débil) al poder de los gobernantes políticos para que no puedan actuar como les plazca. El principio de legalidad es fundamental en la civilización musulmana y, de hecho, la define en muchos aspectos.

Empecemos por catalogar las similitudes entre los mundos musulmán y cristiano respecto al papel de la ley en la sociedad. La ley está enraizada en la religión en ambas tradiciones; sólo existe un Dios, el cual ejerce una jurisdicción universal y es la fuente de toda verdad y justicia. Ambas tradiciones, junto con el judaísmo, están fuertemente basadas en escrituras, con normas sociales básicas codificadas desde el principio. En el caso del islam, esas reglas no son sólo las del sagrado Corán, sino también las de la sunna y los hadiz, que incorporaban, respectivamente, preceptos y dichos y hechos de la vida de Mahoma que podían servir de guía de comportamiento. No obstante, en muchos casos, la interpretación de esas reglas era incierta, y tenía que delegarse en una clase de sacerdotes especiales: los miembros del clero, en el caso de la Iglesia cristiana, y los ulemas, o sabios, en el caso del islam. En ambos casos, la ley no procede del poder político, como en China, sino de Dios, el cual rige por encima a las autoridades políticas. Aunque Mahoma se convirtiese en un líder tribal durante su vida, su autoridad sobre sus compañeros árabes no residía simplemente en su fuerza política, sino en su papel de transmisor de la palabra de Dios.

Los primeros califas aunnaban, como Mahoma, autoridad religiosa y política en su persona, una práctica que continuó durante la dinastía de los omeyas. Sin embargo, el poder político y el califal empezaron a separarse hacia el final de la dinastía,

cundo un príncipe omeya que huía de los abasíes estableció un califato occidental separado en la península Ibérica. Diferentes provincias del imperio se fueron separando con el tiempo, reduciendo el ámbito de autoridad del califa de Bagdad a la zona que circundaba la capital, e, incluso allí, se convirtió en un títere del mando militar que ostentaba realmente el poder.<sup>545</sup> En Túnez y, posteriormente, en Egipto, los fatimíes instauraron su propio califato, y la autoridad del califa de Bagdad nunca fue reconocida, en primer lugar, por los chíes, pero tampoco por los carijitas. Aunque los califas reivindicaban su autoridad espiritual universal, su jurisdicción real no llegó a tanto.

De hecho, en el siglo XI, el poder se dividía entre el califa y quien estuviera al mando del poder político en un territorio determinado. El auténtico titular del poder —es decir, el príncipe laico— asumía el título de «emir de emires». Mediante un juego de manos legal, el califa afirmaba haber delegado en él su autoridad, a cambio de asegurarse la autoridad en materias más estrictamente religiosas.<sup>546</sup> El erudito jurista Abu al-Hasan al-Mawardi explicaba que esto era legítimo porque el califa seguía ejerciendo su autoridad terrenal a través de su delegado, aunque la realidad era exactamente la contraria: el califa se había convertido en un títere del emir.<sup>547</sup> En realidad, el mundo del islam era cesaropapista, no teocrático: los gobernantes laicos ostentaban el poder y tenían un califa en su territorio y un ulema que administraba la sharía.<sup>548</sup>

Lo que nunca sucedió en el mundo musulmán suní fue la su-

545. Bernard Lewis, «Politics and War», pp. 165-166.

546. *Ibidem*, p. 168.

547. Noah Feldman, *The Fall and Rise of the Islamic State*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 37-38.

548. Los límites de la autoridad del califa se hacían evidentes cuando alguno trataba de intervenir demasiado en la política. El sultanato mameluco Bahri había trasladado al califa abasí de Bagdad a El Cairo, donde desempeñaba un papel relativamente menor en la legitimación de los sultanes mamelucos. Hacia el final del sultanato, el califa al-Mutawakkil III se vio envuelto en intrigas anticristianas, por lo cual fue depuesto, y, más adelante, rehabilitado. Su hijo al-Mustain fue utilizado por los emires para sus propios fines, pero fue depuesto como califa, igual que otro sucesor, al-Qaim, el cual participó en un intento de golpe de Estado. Jean-Claude Garcin, «The Regime of the Cirsasian Mamliks», en Petry (ed.).

presión formal del califa y el ulema de los sistemas de gobierno de los que formaban parte, para crear una institución separada con su propia y clara jerarquía, jurisdicción y control sobre su propio personal. Es decir, que nadie estableció nunca una única «Iglesia» musulmana comparable a la Iglesia católica surgida tras la reforma gregoriana. Como en la Iglesia católica antes del conflicto de las investiduras, los eruditos musulmanes eran una red de sacerdotes, jueces e intérpretes académicos que leían y aplicaban la jurisprudencia musulmana. Dentro de la tradición suní había cuatro escuelas principales de derecho que competían entre sí, que eran filosóficamente heterogéneas y cuyo auge y caída dependían de favores políticos. Dado que los ulemas nunca se institucionalizaron formando una jerarquía, no se pudo crear una única tradición legal. Tampoco fue posible que una jerarquía musulmana se enfrentara al poder político como hacían los papas romanos.

### Separación entre mezquita y Estado

Esto no significaba, sin embargo, que no hubiera una separación funcional entre autoridad religiosa y laica. En el imperio otomano del siglo xv, Tursun Bey escribió que el sultán podía promulgar leyes positivas por iniciativa propia, independientemente de la sharía. Este cuerpo legal laico llegó a ser conocido como *kanunname* (derivado del término «*canon law*», o «derecho canónico», utilizado en Europa), y era usado en zonas donde la jurisprudencia tradicional islámica no conseguía establecer normas adecuadas, como en el caso del derecho público y administrativo. Las normas relativas a la tributación y a los derechos de propiedad en territorios conquistados recientemente, así como las normas reguladoras de la emisión de moneda y del comercio, estaban recogidas en el *kanunname*.<sup>549</sup> La sharía tradicional, centrada principalmente en el matrimonio, la familia, la herencia y otros asuntos de la esfera personal, era aplicada por una red de kadis y mujtahides, jurisperitos formados en las obras clásicas musulmanas, los cuales podían aplicar ese di-

549. Inalcik, *The Ottoman Empire*, p. 70.

fuso cuerpo legal a casos concretos, en la línea de los panditas hindúes.<sup>550</sup> Aquello requirió el establecimiento de dos instancias judiciales paralelas, una laica y otra religiosa. Los kadis aplicaban la sharía, pero tenían que recurrir a las autoridades laicas para que impusieran el cumplimiento de sus sentencias.<sup>551</sup>

En teoría, el creciente cuerpo legal laico utilizado en el imperio otomano estaba subordinado a la sharía y era revisable por las autoridades religiosas. Sin embargo, igual que la teórica autoridad del califa sobre el sultán se contradeía con una verdadera relación de dependencia, también la ley religiosa estaba constreñida por las crecientes necesidades de regulación de una pujante sociedad mercantil. La independencia de las autoridades religiosas se vio aún más restringida cuando la corte otomana creó la figura del gran muftí. Anteriormente, el gobierno había nombrado a kadis entre la comunidad de sabios, pero dejando en sus manos la determinación del contenido de la ley. El nuevo muftí y la administración a su cargo estaban autorizados para emitir resoluciones no vinculantes, o fetuas, sobre el contenido de la sharía. Turquía tomó la dirección contraria a Europa, tendente a aumentar el control político sobre la religión.<sup>552</sup> Si la Iglesia romana adoptó atributos de Estado, el Estado turco adoptó atributos de «Iglesia».

550. Wael B. Hallaq, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005, pp. 75-80. Max Weber afirmaba que el kadi se sentaba en el mercado y tomaba decisiones de manera completamente subjetiva, sin hacer ninguna referencia a reglas o normas formales. En su taxonomía de sistemas legales, Weber los consideraba el arquetipo de la irracionalidad sustantiva. De hecho, los kadis operaban según la jurisprudencia y los precedentes, de manera parecida a los jueces europeos. El problema era que la ley musulmana no había experimentado la síntesis y sistematización que tuvo lugar tanto en el derecho canónico como en el laico en Europa después de la reforma gregoriana. La imprecisión de la ley subyacente incrementaba de manera significativa los poderes discrecionales del juez individual. Véase Inalcik, *The Ottoman Empire*, p. 75; y Max Rheinstein, «Introduction», en Max Weber, *Max Weber on Law in Economy and Society*, selección, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1954, p. xlviii.

551. Lybyer, *The Government of the Ottoman Empire*, pp. 36-37.

552. Feldman, *The Fall and Rise of the Islamic State*, pp. 50-52. Hasta la actualidad, el gobierno de la República de Turquía controla férreamente el poder religioso musulmán.

¿Hasta qué punto se respetaba realmente el principio de legalidad en el Oriente Próximo premoderno? Como hemos señalado en el capítulo 17, actualmente, el principio de legalidad tiene, como mínimo, dos significados; el primero tiene que ver con la observancia cotidiana de los derechos de propiedad y la ley contractual que permiten que tengan lugar el comercio y las inversiones, y el segundo está relacionado con la voluntad del gobernante y de la clase dirigente de respetar los límites establecidos por la ley. El segundo significado tiene implicaciones en el primero, porque, si la clase dirigente de una sociedad no respeta el principio de legalidad, estará tentada de arrebatarles arbitrariamente la propiedad a quienes son más débiles que ella. Sin embargo, como también se ha señalado, es posible que los gobernantes dispongan de grandes poderes técnicos para violar arbitrariamente los derechos de propiedad y, a pesar de todo, en la práctica, respeten cotidianamente el principio de legalidad.

Por lo que respecta a los dos regímenes de Oriente Próximo que hemos examinado en profundidad, los manelucos egipcios y los otomanos turcos, el principio de legalidad en el primer sentido existía por defecto. Es decir, había reglas claramente determinadas, relativas a la propiedad y a la herencia, que permitían tanto las inversiones a largo plazo como las transacciones comerciales predecibles. El principio de legalidad en el segundo sentido existía también, ya que tanto los manelucos como los sultanes otomanos asumían el principio de que sus poderes estaban limitados por una ley anterior promulgada por Dios. En la práctica, sin embargo, gozaban de libertad considerable para interpretar la ley a su favor, especialmente en épocas de rigor fiscal, en las cuales la búsqueda de ingresos les llevaba a incumplir normas legales arraigadas.

Aunque en ninguno de los casos existían plenos derechos de propiedad modernos, no está claro que su ausencia constituyese una «restricción obligatoria» determinante para el desarrollo económico en el mundo musulmán.<sup>553</sup> La mayor parte de la tie-

rra del Imperio otomano era propiedad del Estado, y se cedía a los cipayos solamente por el tiempo que duraba su servicio militar activo. Sin embargo, los campesinos que trabajaban la tierra de los cipayos gozaban de derecho de usufructo que podían transmitir a sus hijos. Otros reayas, como los artesanos y los comerciantes, tenían derechos de propiedad privada y podían amasar grandes fortunas si eran hábiles y tenían suerte. Todos los dirigentes tradicionales de Oriente Próximo eran muy conscientes de los peligros que podían suponer unos impuestos excesivamente elevados y gravosos, los cuales trataban de evitar en nombre de la «justicia». Por otra parte, como sucedía con otros monarcas, consideraban que su cometido era el de protectores de la gente corriente frente a los instintos depredadores de la élite nobiliaria. Ni siquiera el sultán podía saltarse la ley. Si los cipayos del sultán tenían que aplicar un castigo en nombre del sultán, tenían que conducir al acusado ante la presencia de un kadi para que éste sentenciase. En los casos en que un individuo moría sin otorgar testamento, la propiedad permanecía en manos de un albacea antes de que pudiese ser reclamada por el Estado. La propiedad de extranjeros no musulmanes fallecidos era registrada de manera parecida por un kadi y guardada hasta que aparecía un heredero.<sup>554</sup>

Una prueba evidente de cómo la ley limitaba el poder de los gobiernos musulmanes tradicionales era el papel de los waqfes benéficos. Como hemos visto, los esclavos militares que hacían funcionar el régimen tenían prohibido tener descendencia o acumular propiedades. Tanto los manelucos como los jenízaros

<sup>553</sup> La expresión matemática «restricción obligatoria», o «restricción limitante» (*binding constraint*), está sacada de Dani Rodrik, Ricardo Hausmann y Andrés Velasco, «Growth Diagnostics», en Narcís Serra y Joseph E.

Stiglitz (eds.), *The Washington Consensus Reconsidered*, Oxford University Press, Nueva York, 2008). Había muchas otras restricciones limitantes a la aparición de un crecimiento económico sostenido en el mundo musulmán más allá de los mediocres derechos de propiedad. Tal vez la más importante fuese una creciente falta de voluntad intelectual para entablar un debate público acerca del propio sistema, tal y como se estaba haciendo en Occidente, especialmente tras el conflicto con los sádividas a finales del siglo xvii. Para una visión general de las teorías acerca de cómo el islam está relacionado con el atraso económico, véase Timur Kur'an, *Islam and Mammon: The Economic Predicaments of Islamism*, Princeton University Press, Princeton, 2004, pp. 128-147.

<sup>554</sup> Inalcik, *The Ottoman Empire*, p. 75.

turcos eludieron esas normas, primero adquiriendo la capacidad de formar familias, y luego creando fundaciones benéficas para que las dirigieran sus hijos u otras personas designadas por ellos, y cuyos ingresos garantizarían el sustento de sus descendientes. Los dirigentes árabes y turcos dejaron intactos muchos de esos waqfs durante muchas generaciones, a pesar de que había estrictas restricciones a la modificación de la herencia que limitaban su utilidad económica.<sup>555</sup>

Sin embargo, si el waqf define los límites a la capacidad del Estado para expropiar propiedades privadas, su frecuente utilización como refugio de activos sugiere que otras formas de propiedad, menos protegidas desde un punto de vista religioso, estaban sujetas a cargas fiscales arbitrarias. Incluso en el caso de que ningún Estado merezca ser calificado como depredador, todos los Estados están tentados de volverse depredadores cuando las circunstancias lo exigen. El régimen mameluco circasiano del siglo xv empezó a pasar cada vez más apuros económicos, lo que llevó a sus sultanes a buscar desesperadamente estratagemas para obtener ingresos. Los tipos impositivos ordinarios aumentaron de manera arbitraria y se aprehendieron fortunas, lo cual llevó a los individuos adinerados a buscar formas cada vez más creativas de ocultar su riqueza en lugar de invertirla. De manera parecida, la crisis fiscal a la que se enfrentaron los otomanos en la segunda mitad del siglo xvi, provocó el aumento de los tipos impositivos y supuso una amenaza a los derechos de propiedad tradicionales. Las arraigadas reglas institucionales relativas al empleo de los jenízaros y a la prohibición de formar familias se suavizaron, y los timares estatales fueron vendidos de manera fraudulenta por personas con información privilegiada al mejor postor, en lugar de conservarlos como recompensa al servicio militar. Los mamelucos llegaron incluso a asaltar los waqfs en busca de dinero, igual que los gobernantes cristianos trataban constantemente de poner sus manos sobre las riquezas de los monasterios u otras propiedades de la Iglesia.

### *Las divisiones del papa*

Se dice que Stalin preguntó con desdén: «¿Cuántas divisiones tiene el papa?». Dado que, como he expuesto, el principio de igualdad tiene sus raíces en la religión, podemos hacernos unas preguntas parecidas sobre los jueces y los abogados: ¿cuántas divisiones despliegan en un Estado de derecho?, ¿qué poderes de ejecución tienen para hacer que los gobernantes obedezcan las leyes según sus interpretaciones?

Las respuestas, por supuesto, son: ninguna y ninguno. La separación del poder ejecutivo y el judicial es solamente metafórica. El poder ejecutivo tiene un auténtico poder de coerción, y puede recurrir al ejército y a la policía para hacer cumplir su voluntad. El poder judicial, o el de las autoridades religiosas que custodian la ley, reside únicamente en la legitimidad que pueden otorgar a los gobernantes y en el respaldo popular que reciben como protectores de un amplio consenso social. Gregorio VII pudo obligar a Enrique IV a acudir a Canossa, pero no pudo derrocarlo como emperador. Para eso, el papa tuvo que recurrir a aliados militares como los príncipes germánicos que tenían ce los de Enrique IV, o a los reyes normandos del sur de Italia. La capacidad del papa de atraer a aliados de todo el mundo dependía, a su vez, de sus opiniones acerca de la legitimidad de su causa, así como de su propio interés a corto plazo. El resultado del conflicto de las investiduras fue una compleja mezcla de factores tanto materiales como morales. Al final, un gobernante terrenal con acceso a recursos militares y económicos se veía obligado a ceder ante un líder espiritual con algunos recursos económicos, pero sin poder de coerción. De manera que la autoridad del papa era verdadera, pero no dependía de sus divisiones militares.

El poder de los ulemas musulmanes se basaba, como el poder del papa, en su capacidad de otorgar legitimidad al sultán. Este poder era especialmente importante durante las luchas por la sucesión. En los territorios musulmanes, tanto la costumbre tribal islámica como la turca prohibían el establecimiento de normas claras de sucesión como la primogenitura. Los sultanes podían designar herederos, pero, frecuentemente, el proceso de sucesión se abría a todos los hijos del sultán o, en el caso de los mamelucos, a los principales líderes de facciones. En esta situa-

<sup>555</sup> Timur Kuran, «The Provision of Public Goods Under Islamic Law: Origins, Impact and Limitations of the Waqf System», *Law and Society*, n.º 35, 2001, pp. 841-897.

ción, el poder de los ulemas a la hora de conceder o denegar su respaldo les hacía tener una influencia considerable. No obstante, si la intervención en la lucha por el poder se volvía demasiado evidente, como en el caso de los califas durante la época de los manelucos circasianos, los ulemas podían atenuar su postura.

No deberíamos, sin embargo, exagerar la importancia del principio de legalidad en las sociedades musulmanas premodernas. La ley funcionaba «bastante bien» en cuanto a la protección de los derechos de propiedad y del comercio, pero no constituía nada parecido a una garantía constitucional de los derechos frente a los gobernantes decididos a vulnerarlos. El hecho de que el gran muftí y la red de kadis fueran seleccionados y empleados por el Estado, reducía significativamente su autonomía, de manera muy distinta a los juristas empleados por la Iglesia católica después del siglo xii. El Estado otomano siguió siendo cesaropapista hasta el final y, de hecho, con el paso del tiempo, aumentó su grado de control sobre los eruditos musulmanes.

### **Cómo el principio de legalidad no logró mantener el contacto con Occidente tanto en India como en el islam**

Existen muchas similitudes entre el principio de legalidad en la India y en Oriente Próximo antes de que fueran colonizados o fuertemente influidos por Occidente. En ambos casos, existía una ley escrita tradicional protegida por las autoridades religiosas y un complejo cuerpo de jurisprudencia legal, elaborado durante siglos por jueces religiosos —los panditas hindús y los kadis musulmanes—, transmitido como precedentes. En ambos casos, la ley religiosa era la fuente última de justicia; los dirigentes políticos solamente estaban, al menos en teoría, autorizados o delegados para aplicarla.

A este respecto, tanto la India como Oriente Próximo estaban mucho más cerca de la Europa cristiana de lo que cualquiera de esas tres regiones lo estaba de China. En lo que tanto la India como Oriente Próximo se diferenciaban de Europa era en el hecho de que sus instituciones religiosas no procedían del or-

den político. Nunca hubo nada parecido a un papa brahmán, y, si bien había un califa musulmán, tras los omeyas éste era básicamente prisionero del gobernante dominante en los territorios islámicos. Al no ser independiente de los gobiernos, la institución religiosa no podía establecerse como una administración jerárquica moderna con autonomía para controlar a su personal y la promoción del mismo. Sin autonomía, a la administración legal religiosa le resultaba difícil actuar como un importante control del Estado. Dado que la institución religiosa continuaba encajada en el Estado, éste no podía evolucionar como una institución laica independiente.

El principio de legalidad tradicional no sobrevivió a la modernización en la India ni en el mundo musulmán, lo cual resultaba especialmente trágico en este último caso. En la India, la presencia de la Compañía Británica de las Indias Orientales, encabezada por Warren Hastings, decidió, en 1772, aplicar el Dharmastra a los hindús, la ley islámica a los musulmanes y una versión de los principios ingleses de «justicia, equidad y buena conciencia» en todos los demás casos.<sup>556</sup> Al aplicar la ley hindú, los británicos no entendieron bien el papel de la ley en la sociedad india. Creían que el Dharmastra era el equivalente al derecho eclesiástico europeo, es decir, una ley religiosa, en contraposición a la ley laica, codificada en textos escritos y aplicable de manera uniforme a todos los hindús. El derecho canónico en Europa se había convertido en eso, como hemos visto, tras un largo período de desarrollo, pero el derecho indio nunca experimentó una evolución parecida. No se trataba tanto de un derecho codificado como de un cuerpo normativo vivo y en constante evolución, supervisado por panditas y aplicado en función del contexto en las diferentes partes de la India.<sup>557</sup> Los gobernantes británicos se vieron perjudicados por, entre otras cosas, su limitada capacidad para leer el sánscrito. Los británicos recurrían a los panditas como si se tratase de expertos eruditos en el Dharmastra, pero no se fiaban de ellos y trataban de sortearlos a medida que los textos sánscritos iban estando disponibles en inglés. El uso de panditas se prohibió del todo en 1864, cuando

556. Derrett, *History of Indian Law*, pp. 2-3.

557. Head, «Codes, Cultures, Chaos», pp. 758-760.

fueron sustituidos por jueces británicos que trataban de interpretar la ley tradicional hindú por sí solos. (Lo mismo sucedió también respecto al uso de la sharía por parte de los musulmanes indios.)<sup>558</sup> Llegados a este punto, la ley hindú tradicional como tradición viva se desplomó. Revivió bajo la República de la India, pero para entonces, la continuidad de la tradición ya se había roto.

Una ruptura todavía más radical fue la que tuvo lugar en la tradición del principio de legalidad musulmán. El gobierno otomano trató de hacer lo mismo que había hecho el británico con la ley india mediante un texto reformado denominado Mecelle, recopilado entre 1869 y 1876. El objetivo era codificar la sharía y sistematizarla en un único y coherente cuerpo legal, tratando, en la práctica, de conseguir lo que Graciano había hecho con el derecho canónico en 1140. En el proceso, rebajaron el papel social tradicional de los ulemas, puesto que, en un sistema legal estrictamente codificado, el papel del juez es muy diferente y menos importante que en un sistema más amorfo. La Constitución otomana de 1877 redujo la sharía a una forma de ley entre varias, privándola de su antiguo papel como marco legitimador para el gobierno político en su conjunto. La clase tradicional de eruditos fue siendo desplazada gradualmente por jueces formados en el derecho occidental. Con la llegada al poder de Kemal Atatürk y la República de Turquía, tras la primera guerra mundial, el califato fue abolido, y la base islámica del Estado turco fue sustituida por el nacionalismo laico.<sup>559</sup> Los árabes, por su parte, no aceptaron nunca la plena legitimidad del Mecelle, y desarrollaron un sentimiento de identidad cada vez más separado, a medida que se desplegaban los movimientos otomano y de los Jóvenes Turcos. Tras la independencia, se encontraron encallados entre un sistema truncado de la sharía tradicional y un sistema legal occidental traído por las potencias coloniales.

Los caminos indio y árabe divergieron enormemente tras la transición del colonialismo a la independencia. La República de

la India estableció un orden constitucional en el que el poder ejecutivo estaba limitado tanto por la ley como por las elecciones legislativas. La ley india posterior a la independencia no ha sido nunca demasiado agradable a la vista —es un mosaico de formas legales modernas y tradicionales, famoso por ser excesivamente procedimental y lento—. Pero al menos se trata de una ley y, con la breve excepción del estado de emergencia declarado por Indira Gandhi en la década de 1970, los líderes indios se han mostrado dispuestos a trabajar dentro de sus límites.

En el mundo árabe, la situación fue muy diferente. Los monarcas tradicionales nombrados por las autoridades coloniales británica, francesa e italiana en países como Egipto, Libia, Siria e Irak fueron sustituidos rápidamente por altos mandos militares nacionalistas laicos, los cuales procedieron a centralizar la autoridad en ejecutivos poderosos o que no estaban limitados ni por las asambleas legislativas ni por los tribunales. El papel tradicional de los ulemas fue abolido en todos esos regímenes, y fue sustituido por una ley «modernizada» que emanaba exclusivamente del poder ejecutivo. La única excepción fue Arabia Saudí, la cual no había sido colonizada y mantuvo un régimen neofundamentalista cuya autoridad ejecutiva estaba equilibrada por la corriente religiosa del wahabismo. Muchos de los regímenes árabes dominados por el poder ejecutivo se convirtieron en dictaduras opresoras que no consiguieron ni el crecimiento económico ni la libertad personal de su pueblo.

El jurista Noah Feldman afirma que el auge del islamismo a principios del siglo XXI y la demanda generalizada de regresar a la sharía por parte del mundo árabe reflejan una gran insatisfacción con el autoritarismo ilegal de los regímenes contemporáneos, así como un sentimiento de nostalgia por una época en que el poder ejecutivo estaba limitado por un genuino respeto a la ley. Sostiene que la demanda de la sharía no debería considerarse simplemente como una forma reaccionaria de retrasar el reloj a la época del islam medieval, sino más bien como el deseo de un régimen más equilibrado en el que el poder político estuviera dispuesto a ajustarse a normas predecibles. La repetida demanda de «justicia» incorporada a los nombres de muchos partidos islamistas refleja no tanto una exigencia de igualdad social como la exigencia de un trato igualitario ante la ley. Los Estados

558. Muhammad Qasim Zaman, *The Ulama in Contemporary Islam: Custodians of Change*, Princeton University Press, Princeton, 2002, pp. 21-31.

559. Feldman, *The Fall and Rise of the Islamic State*, pp. 62-68.

modernos y poderosos no sujetos al imperio de la ley o a la responsabilidad dan origen a dictaduras más redondas.<sup>560</sup>

Si los islamistas modernos pueden o no alcanzar un régimen democrático limitado por el principio de legalidad es una pregunta delicada. La experiencia de la República Islámica de Irán tras la revolución de 1979 no ofrece mucho optimismo. Desde el siglo XIX, el Irán chií ha tenido una jerarquía clerical mejor organizada que cualquier otra de las existentes en el mundo suní. Esta jerarquía, liderada por el ayatolá Jomeini, se hizo con el control del Estado iraní y lo transformó en una auténtica teocracia en la que la jerarquía clerical controlaba todo el aparato del Estado. Ese Estado se convirtió en una dictadura clerical que encarcelaba y ejecutaba rutinariamente a los disidentes y que se ha mostrado constantemente dispuesta a adecuar la ley a sus necesidades.

En teoría, la Constitución de la República Islámica de Irán de 1979 podía ser la base de un Estado de derecho moderado y democrático. Permite las elecciones legislativas y presidenciales, limitadas por las decisiones de un líder supremo no elegido y del Consejo de Guardianes de la Constitución, compuesto por clérigos doctos que son los representantes humanos de Dios. En sí, este tipo de organización no es necesariamente «medieval» o premoderna. La Constitución de la Alemania Guillermo que, según Max Weber, era la quintaesencia de un Estado racional moderno, tenía una asamblea legislativa electa cuyos poderes estaban limitados por un káiser no electo. Si el líder supremo o el Consejo de Guardianes iraníes considerasen que su papel es simplemente como el de unos ulemas tradicionales superdotados con atribuciones equivalentes a las de un tribunal supremo y con la capacidad para declarar periódicamente no islámicas algunas leyes promulgadas por la asamblea consultiva islámica elegida democráticamente, podría tener sentido calificar esto como una forma islámica actualizada del principio de legalidad. La constitución de 1979, sin embargo, otorga al líder supremo no sólo poderes judiciales, sino también poderes ejecutivos sustanciales. Tiene control sobre el Ejército de Guardianes de la Revolución Islámica y el Basij, la milicia paramilitar de voluntarios;

puede intervenir activamente para descalificar a candidatos que aspiren a cargos electos y, evidentemente, manipular las elecciones para obtener resultados favorables.<sup>561</sup> Como la Constitución de Bismarck o la Constitución japonesa de la era Meiji en la que se inspiró, la Constitución iraní establece una esfera reservada de poderes ejecutivos que no se le conceden a un emperador, sino a la jerarquía clerical. Igual que en Japón y en Alemania, esos poderes ejecutivos son corruptos y han provocado el control de las fuerzas armadas por parte de los clérigos, en lugar de la relación inversa especificada en la Constitución.

La construcción del Estado concentra el poder político, mientras que el principio de legalidad lo limita. Sólo por esa razón, el desarrollo de un principio de legalidad será impugnado políticamente e impulsado por los intereses políticos de actores concretos, como los antiguos reyes ingleses o un papa ambicioso, o bien por grupos islamistas opositores que reclaman la vuelta a la sharía. Las bases del principio de legalidad europeo se sentaron en el siglo XII, aunque su posterior evolución dependió del resultado de varios siglos más de luchas políticas. La historia del principio de legalidad en años posteriores empieza a fusionarse con la historia de la aparición de la responsabilidad gubernamental, ya que, en un principio, los defensores de un gobierno responsable no exigían elecciones democráticas, sino un poder ejecutivo que acatase la ley. Esta historia la retomaremos en el capítulo 27.

### **Por qué el principio de legalidad fue más fuerte en Europa occidental**

El principio de legalidad existía en la Europa medieval, en Oriente Próximo y en la India mucho antes de que dichas regiones hubieran realizado la transición a la modernidad. Los gobernantes de esas sociedades reconocían vivir sujetos a una ley no creada por ellos. Sin embargo, hasta qué punto ello suponía restricciones reales a su conducta es algo que no dependía únicamente

560. Véase ibidem, pp. III-117.

561. Shaul Bakhash, *Reign of the Ayatollahs: Iran and the Islamic Revolution*, Basic Books, Nueva York, 1984.

camente de este reconocimiento teórico, sino también de las condiciones institucionales que rodeaban la formulación y la ejecución de la ley. La ley podía convertirse en una restricción más importante para los gobernantes si se daban determinadas condiciones: si estaba codificada en un texto acreditado; si el contenido de la ley estaba determinado por especialistas en derecho y no por autoridades políticas; y, por último, si la ley estaba protegida por un orden institucional separado de la jerarquía política, con recursos propios y poder para nombrar a sus miembros.

El principio de legalidad se institucionalizó más en Europa occidental que en Oriente Próximo o en la India. Esto, probablemente, no fue tanto resultado de las ideas religiosas subyacentes como de las circunstancias históricas contingentes del desarrollo europeo, ya que la Iglesia oriental ortodoxa no experimentó nunca un desarrollo comparable. Un factor determinante fue la extrema fragmentación del poder en Europa, la cual concedió a la Iglesia una influencia tremenda. Ello condujo a una situación inusual en la que el principio de legalidad se incorporó a la sociedad europea antes incluso no sólo del advenimiento de la democracia y la responsabilidad del gobierno, sino del propio proceso de construcción estatal moderno. Esto resulta evidente en todos los aspectos del derecho institucionalizado.

### *Codificación*

A diferencia de la India, donde los vedas se transmitían oralmente y sólo se escribieron en un momento relativamente tardío, las tres religiones monoteístas, el judaísmo, el cristianismo y el islam, se basaban desde un primer momento en escrituras de peso. Dichas religiones eran todas «pueblos del Libro». Pero sólo en Europa occidental se sistematizó el maremágnum de textos escritos, decretos, interpretaciones y comentarios con el fin de que fueran coherentes desde un punto de vista lógico. En las tradiciones musulmana, hindú u ortodoxa oriental, no hubo nada equivalente al Código de Justiniano o al Decreto de Graciano.

### *Especialización legal*

En este sentido, el cristianismo no se diferencia esencialmente de las otras tradiciones, ya que todas ellas crearon un cuadro de especialistas legales para interpretar y administrar la ley. Sin embargo, el grado de desarrollo de la formación legal en un sistema universitario sofisticado fue probablemente mayor en Europa occidental que en ningún otro sitio.

### *Autonomía institucional*

Según las categorías de Huntington, la autonomía es un rasgo distintivo del desarrollo institucional, y, en este sentido, en Occidente la ley se desarrolló mucho más que sus homólogos en otros lugares. Ninguna otra parte del mundo experimentó algo equivalente a la reforma gregoriana y el conflicto de las investiduras, lo cual provocó que toda la jerarquía eclesiástica se sumergiera en un prolongado conflicto político con el gobernante terrenal que acabaría en un punto muerto. El acuerdo resultante, el Concordato de Worms, garantizó la autonomía de la Iglesia como institución y le concedió incentivos considerables para que desarrollase su propia administración y sus propias reglas formales.

De manera que, en la época premoderna, el principio de legalidad se convirtió en un control del poder de los gobernantes terrenales de Europa occidental muy superior al del caso de Oriente Próximo, India o la Iglesia ortodoxa oriental. Esto tuvo consecuencias importantes para el desarrollo posterior de las instituciones libres.

En Europa, el principio de legalidad sobrevivió, incluso cuando cambió su legitimidad durante la transición a la modernidad. Esto fue el resultado de un proceso orgánico interno, ya que la reforma socavó la autoridad de la Iglesia y las ideas de la Ilustración erosionaron la creencia en la religión como tal. Nuevas teorías sobre la soberanía basada en la autoridad del rey, la nación o el pueblo empezaron a sustituir a la soberanía de Dios como base de la legitimidad legal. Como han señalado muchos observadores, en Occidente, el principio de legalidad precedió

en muchos siglos a la democracia, de manera que, en el siglo xviii, ya fue posible que hubiera una Prusia basada en el *Rechtsstaat* (Estado de derecho) que controlase al poder ejecutivo, mucho antes de que se reconociese el principio de soberanía popular. Sin embargo, a finales del siglo xix, la idea de democracia había adquirido legitimidad, y la ley se consideraba cada vez más como la expresión positiva de una comunidad democrática. Para entonces, los hábitos engendrados por el principio de legalidad ya se habían incorporado plenamente a la sociedad occidental. La idea de que la vida civilizada estaba limitada por la ley, la existencia de una gran administración legal autónoma y las necesidades de una floreciente economía capitalista sirvieron para reforzar el principio de legalidad incluso cuando cambió la base de su legitimidad.

He insistido repetidamente en que la única gran civilización mundial en la que no existía el principio de legalidad era China. Desde luego, los emperadores chinos eran capaces de realizar actos tiránicos, como el primer emperador Qin, el cual creó un Estado chino unificado basado en duros castigos legalistas. No obstante, la China dinástica no fue célebre por la dureza de su gobierno. El Estado chino respetaba ciertos límites claros relativos a los derechos de propiedad, a los impuestos y al grado hasta el que estaba dispuesto a intervenir para remodelar las prácticas sociales tradicionales. Si dichos límites no procedían de la ley, ¿cuál era su origen? La gobernación de China como una sociedad agraria moderna es el objeto de los dos capítulos siguientes.

