

EL DERECHO ISRAELI

NATAN LERNER
Jurisconsulto argentino

1. De territorio bajo mandato a Estado independiente

El Estado de Israel no tiene Constitución escrita. Aquellos que reclamaban, después de la declaración de su independencia, un estatuto fundamental que diera inmediata base de solución a los problemas legales propios de una vida tan intensa y mutable como la de ese país, hubieron de ceder ante los que no deseaban agudizar los conflictos ideológicos de la joven República y alegaban, en favor de su tesis, las transformaciones constantes de un período de transición marcado por una enorme afluencia inmigratoria. Pero, no obstante, su régimen político y constitucional puede ser estudiado en función de la Constitución de hecho que tiene todo Estado, aunque carezca de una carta fundamental escrita, y que consiste en la suma de instituciones básicas, en las relaciones reales de poder que se dan en un país y que configuran el complejo de normas que definen los alcances y los límites de los órganos del Estado y aseguran los derechos subjetivos de libertad e intervención de los ciudadanos respecto al poder del Estado.

El punto de partida de la consideración del panorama legal de Israel se remonta al 29 de noviembre de 1947, día en que las Naciones Unidas resolvieron crear, en lo que había sido el territorio de Palestina bajo mandato británico, dos Estados, uno judío y otro árabe. En ese instante comenzó la desintegración de la administración mandataria, administración que hubiera dejado un caos jurídico en el país de no haber tomado las instancias judías las medidas necesarias para sustituir su autoridad por nuevos resortes administrativos, basándose en las estructuras de autogobierno de la comunidad judía, cuya cúspide era el *Vaad Leumi* (Consejo Nacional), y del movimiento sionista mundial, a través de la Agencia Judía.

El 14 de mayo de 1948 se reunió en Tel Aviv el Consejo Provisional del Estado, organismo representativo de la comunidad judía del territorio bajo mandato y del movimiento sionista, integrado por 37 miembros. En esa fecha, emitió dos documentos: la Declaración del Establecimiento del Estado de Israel, o Declaración de Independencia —en la que se expresaba que ese Consejo actuaría como Consejo Provisional del Estado y se delegaba en una rama ejecutiva el ejercicio del gobierno provisional del país— y una Proclamación, en la que se afirmaba que el Consejo Provisional del Estado sería la autoridad legislativa, se derogaban las leyes del "Libro Blanco" inglés de 1939 y las restricciones que contenía y se formulaba un principio que sería el punto de partida de todo el edificio jurídico que en ese momento comenzaba a erigirse en Israel. "Mientras no se dicten leyes por o en nombre del Consejo Provisional de Estado, las leyes existentes en Palestina al 14 de mayo de 1948 conti-

nuarán en vigencia en el Estado de Israel, en tanto que la vigencia de esas leyes sea consistente con el contenido de esta Proclamación, con las futuras leyes y con los cambios que resulten del establecimiento del Estado y sus autoridades"

No nos corresponde entrar aquí en el análisis de si esa proclamación constituye o no una ley, con sus efectos normativos propios, desde un punto de vista técnico. Este y otros aspectos doctrinarios del problema pueden ser profundizados mediante la lectura de un folleto de Shabtai Rosenne, asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel, publicado en castellano por el Instituto Central de Relaciones Culturales Israel-Ibero-américa.¹ Seguimos a esta autorizada fuente en buena parte en este capítulo.

Precisamente para obviar la discusión principista acerca del valor normativo de la Proclamación el Consejo Provisional de Estado dictó inmediatamente, el 19 de mayo de 1948, la Ordenanza de Ley y Administración, que, junto con la Ley de Transición (16 de febrero de 1949), contiene las disposiciones constitucionales básicas de Israel. Rosenne señala la especial significación del artículo 11, modificatorio de la norma de la Proclamación que hemos citado y que dice así: "Las leyes que existían en Palestina al 14 de mayo de 1948 continuarán en vigencia en tanto que en ellas no haya nada opuesto a esta Ordenanza o a las otras leyes que sean promulgadas por o en nombre del Consejo Provisional del Estado y sujetas a las modificaciones que resulten del establecimiento del Estado y sus autoridades"

2. Las fuentes del derecho israeli

¿Cuáles eran esas leyes que regían en la Palestina bajo mandato el 14 de mayo de 1948?

La Liga de las Naciones había acordado a Gran Bretaña el mandato sobre Palestina por decisión del 24 de julio de 1922. El mismo año se dictó el *Order-in-Council*, destinado a reglar la vida interna del territorio y por cuyo artículo 17 el Poder Legislativo se radicaba en el Alto Comisionado, con la limitación de no producir legislación que fuese contraria a los términos del Mandato. Se mantenía en vigor el derecho otomano anterior, en tanto no fuera incompatible con la nueva legislación, y, con la misma limitación, por el artículo 46 se declaraba la aplicabilidad del *common law* inglés.

Esto engendró un verdadero mosaico jurídico. Ni el derecho otomano ni el británico de Palestina eran exclusivos. El sistema jurídico otomano-musulmán era un cuerpo legal vasto y complejo, en el que cabía distinguir tres grandes y variados elementos: la ley

¹ Shabtai Rosenne: Estructura del Sistema Jurídico y Constitucional del Estado de Israel.

mahometana, basada principalmente en el Corán y en la costumbre, la ley francesa, adoptada por los turcos y ajustada a sus propias necesidades, y la ley personal de las comunidades no musulmanas. Eran muchos los aspectos en los que la ley se remitía al derecho basado en el estatuto personal, es decir las leyes religiosas de los ciudadanos otomanos y las leyes nacionales para los extranjeros amparados por las Capitulaciones. Las comunidades religiosas contaban con sus propias estructuras judiciales y los extranjeros se hallaban sujetos en amplia medida a la jurisdicción de los respectivos cónsules. El sistema subsistió durante el Mandato, aun cuando la jurisdicción consular quedó reducida a ciertas materias no contenciosas, con el desuso de las Capitulaciones. Las comunidades religiosas tenían jurisdicción sobre cuestiones vinculadas con el estado personal, tales como matrimonio, divorcio, alimentos, legitimación y adopción de menores, sucesiones, etc. La jurisdicción de los tribunales religiosos musulmanes era exclusiva. En cuanto a los tribunales judíos y cristianos, era también exclusiva en algunos casos, como en lo tocante a sucesiones, matrimonio, divorcio, alimentos, etc., siempre que no se tratara de extranjeros, pero, en otras cuestiones relativas al estatuto personal, la jurisdicción dependía del consentimiento de las partes. De no obtenerse, actuaban los tribunales civiles, que aplicaban igualmente la ley personal y que tenían también competencia en los asuntos relativos al estatuto personal de los extranjeros que no fueran musulmanes.

Durante el período del Mandato se operó un pronunciado desplazamiento del derecho romano por el derecho británico, dando inclusive forma escrita a lo que en Inglaterra era sólo *common law*. Con todo, una buena parte de la legislación otomana ha subsistido, especialmente en materia civil y, en particular, en el campo de los derechos reales. Más aún en este rubro el nuevo derecho palestinese invadió el derecho otomano, incorporándole los principios del *common law* y las doctrinas inglesas de la equidad. La posibilidad de apelar contra las sentencias de la Corte Suprema de Palestina ante el *Privy Council* de Londres tornaba más acentuada la creciente hegemonía del derecho inglés aun cuando se intentó amoldarlo a las modalidades propias del territorio bajo mandato.

Declarada la independencia, a las dos fuentes mencionadas, la otomana y la inglesa, se añadió una tercera que el legislador y el juez israelí se sienten naturalmente impulsados a tomar en primerísima consideración el derecho judío tradicional, sistema jurídico que, a pesar de su carácter no compulsivo en las últimas centurias, siguió siendo, sin embargo, un sistema vivo, en especial a través de sus formas codificadas, como el Código de Maimónides, de 1180, y el *Shulján Aruj* ("Mesa Preparada", en hebreo), cuyo principal autor es Josef Karo y que se remonta a 1557.² La vigencia moderna del derecho ha inducido a Nathan

Isaacs³ a calificar su influencia sobre Occidente no como un "legado jurídico" sino como una "donación entre vivos".

Por consiguiente, como lo enseña el juez del Superior Tribunal de Jerusalén Henry E. Baker⁴, para interiorizarse cabalmente de las fuentes del derecho de Israel es menester tener un conocimiento amplio de tres sistemas de derecho, el mahometano, el francés y el inglés, aparte del derecho judío, y de cuatro lenguas —turco, árabe, francés e inglés— ahora desplazadas por el hebreo, idioma en el que se dictan las leyes en Israel. "Será la tarea de la legislatura de Israel —agrega este magistrado— reemplazar ese heterogéneo cuerpo jurídico por un sistema de derecho homogéneo escrito en un solo idioma —el hebreo— y adaptado a las necesidades de un Estado moderno, progresista".

3. El espíritu del derecho israelí

Jaim Cohen, ex-procurador general de Israel y actualmente miembro de su Corte Suprema, sintetizó, en un discurso pronunciado en la Convención Internacional de Juristas celebrada en Jerusalén en 1958⁵, el espíritu que alienta en la legislación israelí. Destaca allí la continuidad histórica entre la vieja ley judía, enriquecida y transformada en el transcurso de los siglos, y la del joven Estado. De esa continuidad debe surgir una síntesis, superando cualesquiera conflictos que pudieran brotar de los naturales cambios acaecidos después de tantos siglos. Tal síntesis y continuidad son una consecuencia forzosa de los móviles que han llevado a la existencia del Estado de Israel y que se condensan en la Declaración de su Independencia, del 14 de mayo de 1948, que reproducimos a continuación.

Erets Israel ha sido la cuna del pueblo judío. Aquí se ha forjado su personalidad espiritual, religiosa y nacional, aquí ha vivido como pueblo libre y soberano, aquí ha creado una cultura con valores nacionales y universales, y ha legado al mundo entero el impecadero Libro de los Libros.

Luego de haber sido desterrado de su patria por la fuerza, el pueblo judío le ha guardado fidelidad en todos los países de su dispersión, y no ha cesado jamás de rogar por el retorno a su país y de confiar en restablecer en él su independencia nacional.

Impulsados por este vínculo histórico y tradicional, los judíos han luchado, a través de las generaciones, por retornar a su antigua patria y arraigarse en ella. En generaciones recientes retornaron en masa a su país. Pioneros, inmigrantes "ilegales" y combatientes, redimieron los yermos, restauraron su lengua hebrea, construyeron ciudades y aldeas y establecieron una creciente comunidad, poseedora de una economía y

² Una síntesis del Compendio del *Shulján Aruj*, en traducción del autor del presente trabajo, fue publicada por la Editorial S. Sigal, en Buenos Aires, en 1956.

³ Nathan Isaacs, *La influencia del Judaísmo en el Derecho de Occidente*, en "El Legado de Israel", Buenos Aires, 1938, edición de la Sociedad

Hebraica Argentina.

⁴ Henry E. Baker, *The Legal System of Israel*, Jerusalén, 1961, pág. 132.

⁵ *International Lawyers Convention in Israel*, 1958, Jerusalén, 1959, pág. 13 y sig.

cultura propias, amante de la paz pero capaz de defenderse por sí misma y portadora del progreso a todos los habitantes del país, que ahora aspira a la independencia y a la soberanía

En el año 5657 (1897) se reunió el Primer Congreso Sionista, respondiendo al llamado del visionario del Estado Judío, Teodoro Herzl, y proclamó el derecho del pueblo judío al resurgimiento nacional en su propio país

Este derecho fue reconocido por la Declaración Balfour del 2 de noviembre de 1917 y ratificado por el Mandato de la Liga de las Naciones, que dio explícito vigor internacional al histórico vínculo entre el pueblo judío y Erets Israel y al derecho del pueblo judío de reconstruir su hogar nacional

La hecatombe que en nuestro tiempo sacrificó millones de judíos en Europa, mostró claramente una vez más la apremiante necesidad de resolver el problema del pueblo judío sin patria ni independencia, restaurando el Estado Judío en Erets Israel, que abrirá sus puertas a todos los judíos y los llevará a una posición de nación con igualdad de derecho en la familia de los pueblos

Los sobrevivientes de la horrenda matanza nazi en Europa así como los judíos de otros países, jamás ha cesado de inmigrar a Erets Israel, pese a todas las dificultades, obstáculos y peligros, y no han dejado de exigir su derecho a una vida de dignidad, libertad, trabajo y justicia en la patria de su pueblo

En la Segunda Guerra Mundial la población judía de Erets Israel contribuyó hasta el máximo a la lucha que las naciones amantes de la libertad y la paz emprendieron contra la barbarie nazi, su esfuerzo bélico y la sangre derramada por sus soldados le valieron el derecho de contarse entre los pueblos fundadores de la alianza de las Naciones Unidas

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 29 de noviembre de 1947 una resolución disponiendo la creación de un Estado Judío en Erets Israel. La Asamblea exigió a los habitantes de Erets Israel adoptar ellos mismo todas las medidas pertinentes para la ejecución de esta resolución. Este reconocimiento por parte de las Naciones Unidas del derecho del pueblo judío a crear su propio Estado, es irrevocable

Es derecho natural del pueblo judío el de desarrollarse, como todos los demás pueblos, una existencia independiente en su Estado soberano

Por consiguiente, nosotros, miembros del Consejo del Pueblo, representantes de la población judía en Erets Israel y del Movimiento Sionista, nos hemos reunido hoy, en el día de la finalización del Mandato Británico sobre Erets Israel, y en virtud de nuestro derecho natural e histórico

y en base a la resolución de la asamblea de las Naciones Unidas, proclamamos la fundación de un Estado Judío en Erets Israel. El Estado de Israel

Resolvemos que a partir del instante de la expiración del Mandato, esta medianoche entre el 5 y el 6 de Iyar de 5708 (14-15 de mayo de 1948), y hasta el establecimiento de los organismos electos y permanentes del Estado de acuerdo con la constitución que será promulgada por la Asamblea Constituyente a más tardar el 1º de octubre de 1948, el Consejo del Pueblo actuará en calidad de Consejo Provisional de Estado, y su organismo ejecutivo, la Administración Nacional, constituirá el Gobierno Provisional del Estado Judío que se llamará *Israel*

El Estado de Israel estará abierto a la inmigración judía de todos los países, promoverá el desarrollo del país para beneficio de todos sus habitantes, y estará basado en los principios de libertad, justicia y paz, a la luz de las enseñanzas de los profetas hebreos, mantendrá una completa igualdad social y política de derecho para todos sus ciudadanos sin distinción de credo, raza o sexo, y garantizará la libertad de culto, conciencia, idioma, enseñanza y cultura, salvaguardará los lugares santos de todas las religiones, y será fiel a los principios de la Carta de las Naciones Unidas

El Estado de Israel está dispuesto a cooperar con los organismos y los representantes de las Naciones Unidas para llevar a la práctica la resolución de la Asamblea General del 29 de noviembre de 1947, y tomará las medidas necesarias para crear la unión económica de toda Erets Israel

Apelamos a las Naciones Unidas para que ayuden al pueblo judío en la construcción de su Estado, y admitan al Estado de Israel en la familia de las Naciones

Exhortamos —aún en medio de esta agresión sangrienta que viene llevándose a cabo contra nosotros hace ya varios meses— a los habitantes árabes del Estado de Israel a mantener la paz y a participar en la construcción del Estado sobre la base de plenos derechos civiles y de una representación adecuada en todas sus instituciones temporarias y permanentes

Ofrecemos la paz y la amistad a todos los países vecinos y a sus pueblos, y los invitamos a cooperar con el pueblo judío independiente en su patria, basados en la ayuda mutua. El Estado de Israel está dispuesto a colaborar en el esfuerzo común por el progreso de todo el Medio Oriente

Llamamos al pueblo judío en toda la diáspora a congregarse en torno a la población del Estado y a secundarlo en sus tareas de inmigración y construcción y en su gran empresa por la cristali-

zación de sus aspiraciones milenarias de redención del país

Con fe en el Todopoderoso firmamos de nuestro puño y letra esta declaración, en la sesión del Consejo Provisional del Estado sobre el suelo de su patria, en la ciudad de Tel Aviv, este día, víspera de sábado, 5 de Iyar de 5708, 14 de mayo de 1948

Lo que hay de singular en la declaración transcrita, lo que la diferencia de otras declaraciones de independencia de Estados modernos, es la afirmación del contenido judío del Estado de Israel, la noción de que "el Estado de Israel es el Estado judío en la tierra de Israel". Ello queda reafirmado por la promesa de que el mismo estará abierto a todos los judíos que deseen incorporarse a él y por la determinación de la reunión de las diásporas como meta esencial. También contribuye a afirmar ese carácter la invocación de la visión de los profetas

Esto traducido al campo del derecho, implica para el jurista la necesidad de remontarse a la tradición legal judía, cuyo sello deberá notarse en la vida legislativa del Estado, sin que ello signifique, por sí solo, que el producto de esa vida legislativa será totalmente judío. Naturalmente, esa tradición legal es de inspiración religiosa. Tiene su punto de partida en los Diez Mandamientos, en las Escrituras, en el Talmud y en las codificaciones posteriores, ya citadas. Pero, con el correr del tiempo, se produjo, para la ley judía, lo que Jaim Cohen llama "el descenso del cielo a la tierra", es decir un proceso de transición de lo divino a lo humano, de lo irracional a lo racional, de adaptación permanente a las necesidades de cada momento histórico. Este proceso fue acompañado por un creciente arraigo del respeto por la ley en la tradición judía y por una fuerte adhesión de los judíos a sus propias instituciones, diversificadas, eso sí, según las respectivas comunidades. Esto, es verdad, acarrió una honda separación entre esas comunidades y las poblaciones circundantes, lo que, a su turno, engendró un virtual desconocimiento, por parte del mundo no judío, de las instituciones y tradiciones legales judías. Este desconocimiento explica el hecho de que ninguno de los grandes historiadores del derecho demostrara mayor interés por el derecho judío pos-talmúdico ⁶.

Por supuesto la ley ancestral judía no se aplica automáticamente en el Estado de Israel. Como lo señala Cohen, cuando surge un conflicto entre la herencia cultural judía y las necesidades o la ética de una sociedad moderna, libre y progresista, aquélla cederá a estas últimas. Así, por citar un ejemplo entre

muchos, la ley judía tradicional autoriza el matrimonio de una niña de 12 años, pero la legislación israelí prohíbe el matrimonio de una muchacha menor de 17 años. Cohen ha resumido el criterio que se sigue en ese proceso con las siguientes frases: "El principio que fundamenta todos nuestros esfuerzos ha sido, desde el comienzo, que en Israel debe crearse un sistema de normas jurídicas que tenga por guía a los demás sistemas del mundo, y al que se incorpore todo lo que es justo, equitativo y digno, descartándose lo que es anacrónico, injusto o no práctico. También se ha prestado consideración especial a las fuentes del antiguo derecho judío. Toda vez que nuestros expertos encuentran en este tipo de derecho provisiones que puedan adaptarse a las necesidades de nuestro moderno y progresista país, les hemos dado prioridad sobre las provisiones de otros sistemas. Las cuestiones con las que nos confrontamos en este momento se resuelven ellas mismas en el problema de determinar cuál es la solución más razonable y práctica que el derecho puede proporcionar. Siempre que hemos encontrado que la solución más práctica y razonable de un problema ha sido establecida por el antiguo derecho judío, la hemos adoptado. Pero en cuantas ocasiones hemos comprobado que las provisiones del derecho judío, por más que sean santificadas por la tradición o los sentimientos religiosos, son inadecuadas, las hemos abandonado, buscando soluciones aceptables en otros sistemas, aunque fueran extranjeros".

Shabtai Rosenne, que cita en el folleto antes mencionado las frases que acabamos de reproducir, examina también ese problema al analizar el lugar del derecho judío en conjunto dentro de la vida del Estado. Rosenne señala que el derecho judío en sí mismo no está atrofiado en el Talmud y los códigos medievales. Es un sistema jurídico vivo desarrollado continuamente por medio de decisiones, respuestas rabínicas y literatura especializada. En los últimos siglos su desarrollo se ha visto impedido en virtud de su falta de obligatoriedad, con lo cual se ha ido restringiendo a las cuestiones del estatuto personal principalmente.

El legislador israelí aspira a ver las normas jurídicas del país como "las mejores", sin darle prioridad subjetiva al derecho judío por el mero hecho de ser judío. Pero, por otra parte, se desea aprovechar el valor creativo y unificador del derecho judío en la vida de Israel. Naturalmente, una y otra tendencia se enfrentan de tanto en tanto y sólo el tiempo dará la respuesta definitiva a este problema, produciendo, en éste como en otros campos de la realidad israelí en transformación, la síntesis adecuada a los requerimientos de la época.

⁶ Para el conocimiento del derecho judío tradicional, ver, en castellano, "Derecho Hebreo", del Dr. Mateo Goldstein, ed. Atalaya, Buenos Aires, 1947, y, en inglés, *An Introduction to Jewish Law*, editado por Peter

Elman y publicado por el Congreso Judío Mundial, Sección Británica, Londres, 1958.