

DE ACTOR SECUNDARIO A ACTOR PRINCIPAL: EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA «REVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL» EN ISRAEL *

POR

J. A. TELES PEREIRA

Juez de Apelación. Asesor del Gabinete del Vicepresidente
del Tribunal Constitucional de Portugal

«En un Estado como este, la democracia tendría que someterse a los rabinos. El *Knesset* (Parlamento), el Gobierno, el Tribunal Supremo sólo serían autorizados a existir si los rabinos aprobasen sus decisiones»

AMOS OZ

I. INTRODUCCIÓN

La cita que encabeza el presente trabajo ha sido recogida de un artículo del escritor israelí Amos Oz publicado en periódicos de diversos países, a finales de agosto de 2005, tras la retirada unilateral de Israel de las colonias judías de la Franja de Gaza¹. La referencia al Tribunal Su-

* Traducción del portugués al castellano realizada por Álvaro Xosé López Mira, Profesor Titular de Ciencia Política, Universidad de Vigo.

¹ «Como vão os palestinianos responder à retirada unilateral israelita», publicado en Portugal en el periódico *Público* de 24/08/2005, p. 5.

premo tiene un sentido específico y contiene una historia, poco conocida fuera de Israel, a lo largo de la cual el Tribunal Supremo de Israel (TSI) ha evolucionado desde un papel relativamente apagado en la vida política del país hasta lograr una importancia que sólo tiene paralelo en el caso del Tribunal Supremo Federal norteamericano. Es ese tramo de la historia del Estado de Israel, habitualmente designado como «Revolución Constitucional»², el que este trabajo pretende describir.

La intencionalidad de la alusión de Amos Oz al Tribunal Supremo se percibe, a lo largo de su texto, cuando el escritor refiere el antagonismo de «dos sueños», en relación al futuro del Estado de Israel, que dividen la sociedad israelí: uno, protagonizado por el llamado «mundo de los colonos»³; otro, el de los «israelíes laicos»⁴. Añade Amos Oz que lo que

² La expresión «Revolución Constitucional» fue utilizada por primera vez por el Juez Aharon Barak (actualmente Presidente del TSI) en un trabajo publicado en 1992, en el que describía el efecto de la aprobación por el Parlamento (el Parlamento es llamado en hebreo *Knesset*, que significa Asamblea), en ese mismo año, de dos «Leyes Fundamentales», denominadas «Dignidad Humana y Libertad» y «Libertad de Ocupación», a las cuales les fue atribuida superioridad jerárquica y, consecuentemente, naturaleza constitucional (v. infra ítem VI; cfr. Gershon Zafiro, Yoav Peled, *Being Israeli. The Dynamics of Multiple Citizenship*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 263). La expresión tiene en la actualidad un sentido más amplio, refiriéndose —y ese constituye el tema del presente trabajo— tanto a la alteración del sistema constitucional israelí, resultante de esas Leyes, como a la modificación de la naturaleza del TSI inducida por ellas. Aharon Barak ha sido, como tendremos oportunidad de ver, un importante protagonista de esta alteración (el texto de 1992 de Aharon Barak fue originalmente publicado, en hebreo, en el número 1 de la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Haifa (*Mishpat Ouminshal*, «Derecho y Poder»), estando traducido al francés en el número 72 de la Revista *Pouvoirs* (pp. 17/35), con el título «La Révolution Constitutionnelle: La Protéction des Droits Fondamentaux».

³ Para ser exactos —en la perspectiva del presente trabajo, que no es la de la contienda política en la que se sitúa el texto de Amos Oz— tendremos que añadir que el «mundo de los colonos» constituye un sector específico de un grupo social más amplio, que podríamos calificar como derecha nacionalista religiosa. La delimitación de cuáles son los sectores que integran este espacio político supone una tarea compleja, ya que se trata de un grupo social heterogéneo, de geometría variable y en constante mutación. Como ejemplo de esta evolución puede verse la reciente separación del *Likud* del grupo del Primer Ministro Sharon, quien fundó el partido *Kadima* (Avanzar). Se trata de una evolución, previsiblemente muy significativa, que le retira al tal «mundo de los colonos» un sector considerable de la derecha israelí (puede destacarse que el llamado «fenómeno *Kadima*» abarca sectores mucho más amplios que la derecha, englobando incluso sectores tradicionales de la izquierda laborista).

⁴ «Los colonos judíos de la Franja de Gaza y Cisjordania tienen un sueño para el futuro de Israel. También yo tengo un sueño para el futuro de Israel [...] totalmente

está en cuestión es una especie de «lucha entre Sinagoga y Estado» (o sea «algo por lo que han pasado muchas naciones: ¿cuáles deben ser la posición y la influencia de la religión y de los clérigos en el gobierno de un país?»).

En esta confrontación, la intervención del TSI ha sido, y continúa siendo, particularmente relevante, hasta el punto de que algunos la consideran —esa es, por ejemplo, la tesis defendida por Ran Hirschl⁵— como una especie de último reducto de resistencia de la generación fundadora del Estado de Israel —la llamada elite seglar *ashkenazi*⁶— contra el acoso, protagonizado por nuevos sectores generacionales y étnicos, a la preponderancia de aquella elite, en tanto que grupo que se ve como guardián de un sionismo fundacional, asentado en una idea según la cual el marco de desarrollo de Israel como Estado, como «Hogar Nacional del Pueblo Judío», es el de una democracia laica. Se trata de lo que la Declaración de Independencia de 1948 expresó en los siguientes términos: «El Estado de Israel estará abierto a la inmigración judaica y a los Judíos venidos de todos los países de su Diáspora; buscará el desarrollo del país en beneficio de todos sus habitantes; se fundará en la libertad, la justicia y la paz según el ideal de los Profetas de Israel; asegurará la más completa igualdad social y política a todos sus habitantes sin distinción de religión, de raza o de sexo; garantizará la libertad de culto, de conciencia, de expresión, de educación y de cultura; asegurará la protección de los lugares santos de todas las religiones y será fiel a los principios de la Carta de Naciones Unidas».

II. LA FORMACIÓN DEL ESTADO DE ISRAEL Y SUS INSTITUCIONES: LA DEBILIDAD DEL APARATO JUDICIAL

Cuando analizamos el surgimiento del Estado de Israel, pensando en la específica acepción del concepto de Estado (poder y aparato, es decir, un conjunto de órganos e instituciones que ejercen el poder po-

diferente de la fantasía religiosa de los colonos. [...] vivir en paz y libertad, pero no bajo el poder de los rabinos, ni siquiera bajo el poder del Mesías, sino obedientes a un gobierno elegido por nosotros mismos. [...]».

⁵ «Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales», en *Texas Law Review*, junio de 2004, Vol. 82, n.º 7, p. 1835.

⁶ Los judíos de origen centroeuropeo llamados *ashkenazi* [s] habían sido los fundadores, en el siglo XIX, del Movimiento Sionista y constituyeron, mediante las cinco primeras grandes oleadas (en hebreo llamadas *alyot*) de emigrantes judíos hacia Palestina (entre 1881 y 1939), lo esencial de la base poblacional inicial del Estado de Israel y la totalidad de su clase dirigente fundadora.

lítico sobre una comunidad nacional dotada de un territorio), verificamos que Israel, el día de su independencia, 14 de mayo de 1948, ya disponía, instalados o a punto de entrar en funcionamiento, de lo esencial de tales órganos (de soberanía), creados, paulatinamente, a lo largo del período conocido como *yishouv* (implantación⁷).

Realmente, ya existía un verdadero Gobierno constituido por la Agencia Judía —el organismo de representación de las comunidades judaicas en Palestina, creado en 1922 al abrigo del Mandato británico— que, desde 1935, con la designación del Comité Nacional (*Va'ad Le'umi*) se había estructurado en departamentos sectoriales semejantes a los Ministerios⁸.

De la misma forma, el *Haganah* (*Defensa*; designación abreviada de la «Organización Judía de Defensa de la Tierra de Israel»), la organización militar de defensa fundada en 1920, representaba, realmente, un ejército asentado en un sistema de reclutamiento, dotado de una jerarquía definida, que disponía de unidades regulares de combate, de Fuerzas Especiales, de unidades mecanizadas y de artillería, de Fuerza Aérea, de Servicios de Información⁹, en fin, de un verdadero cuerpo militar que, el día siguiente a la independencia, logró entablar, ya bajo el acrónimo *Tsahal* (*Tsva Haganah le Ysrael*-Fuerzas de Defensa de Israel), una guerra defensiva victoriosa contra los países árabes vecinos¹⁰.

⁷ Se trata del período anterior a la fundación del Estado de Israel, de fijación de las comunidades judaicas en Palestina, a través de sucesivas oleadas migratorias (*alyot*, v. nota 6).

⁸ Cfr. Joan B. Culla, *La Tierra más disputada. El Sionismo, Israel y el conflicto de Palestina*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, pp. 93/135.

⁹ El *Haganah* disponía de una estructura denominada *Shai* (*Sherut Yediot*-Servicio de Información), creada en 1934, comandada por Reuven Shiloah (el futuro primer Director del *Mossad*) que, posteriormente, después de la independencia, dio origen al Departamento Político (el embrión del *Mossad*, creado en 1951; denominación abreviada de *Ha'Mossad le'Mode'in ve'leTafkidim Meyouchadim*, Instituto Central de Información y de Actividades Especiales), a los Servicios de Seguridad Internos (el *Shin Bet*, en la actualidad llamado *Shabak*, acrónimo de *Sherut Ha'Bitachom Ha'Klalim*-Servicio de Seguridad General) y a la División de Información Militar (el *Aman*); v., sobre la historia de los Servicios de Información de Israel, Richard Deacon, *The Israeli Secret Service*, Taplinger Publishing Company, Nueva York, 1977, pp. 21/60.

¹⁰ Sobre la historia del *Tsahal*, v. Martin Van Creveld, *The Sword and the Olive. A Critical History of the Israeli Defense Force*, Public Affairs, 2.^a ed., Nueva York, 2002, Parte I, pp. 5/99. El uso de la fuerza con propósitos defensivos, en el decurso del proceso de renovación de la soberanía judía que culminó con la fundación del Estado de Israel, supuso un nuevo desafío para el pensamiento judaico. Éste, en efecto, se

Además, la sociedad israelí, desde antes de la fundación del Estado de Israel, constituía un organismo colmado de vitalidad política, dotado de partidos y elites políticas que representaban las diversas corrientes ideológicas de ese tiempo: socialistas, nacionalistas de derechas, comunistas. La genealogía de los partidos políticos israelíes se remonta a los años veinte, cuando las divergencias en el seno del movimiento sionista sobre la estrategia de la implantación judía en Palestina conducirían a la formación de los dos grandes bloques políticos del futuro Estado: el del Sionismo Socialista, que originó el Partido Laborista (*Mapai*) liderado por David Ben Gurion (1886-1973)¹¹ y que dominó la escena política israelí hasta 1977, y el del llamado Sionismo Nacionalista Revisionista, agrupado en el partido *Hérouth (Libertad)*, de Zeev Jabotinsky (1880-1940) y Menahem Begin (1913-1992), la corriente de derechas que originaría, bastante más tarde, el bloque *Likud (Unidad)*, mediante el cual Begin alcanzó el poder en las elecciones de 1977¹². Ha sido esta diversidad, originada en la matriz común del sionismo¹³, la

había forjado en el presupuesto de la integración de los judíos, como minoría, en otras sociedades y, consecuentemente, del no uso de la fuerza y hasta de una cierta aceptación, resignada, del hecho de ser un objeto común del uso de la fuerza por parte de otros (v. sobre la discusión, en el plano del «derecho religioso» judío, de las consecuencias de pasar a disponer de un «aparato de ejercicio de la fuerza», Arye Edrei, «Divine Spirit and Physical Power: Rabbi Shlomo Goren and the Military Ethic of the Israel Defense Forces», en *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 7, n.º 1, diciembre, 2005, pp. 255/297; también disponible en www.bepress.com/til/default/vol17/iss1/art11).

¹¹ David Ben Gurion —nacido David Gryn, en Plonsk (Polonia) el 16 de octubre de 1886— fue el personaje clave de la creación y construcción del Estado de Israel, del cual es considerado, con justicia, como el verdadero «Padre Fundador». De las diversas biografías existentes, cabría destacar la de la autoría de Pierre Haski (*Ben Gourion David Gryn*, Éditions Autrement, París, 1998), que constituye una excelente primera aproximación a la vida y al pensamiento de Ben Gurion.

¹² En el seno del bloque Socialista Sionista, ya después de la independencia y por medio de una nueva disidencia, se formaría el Partido Comunista (*Maki*). Además de los bloques Socialista y Revisionista, el único partido con raíces anteriores a la independencia —también el único partido religioso anterior a la fundación del Estado— fue el Partido Nacional Religioso (*Mafdal*). Sobre la sociedad política israelí, antes de y en los primeros tiempos de la independencia, cfr. Elie Barnavi, *Une Histoire Moderne D'Israël*, Flammarion, París, 1988, pp. 52/77; Clive Jones, Emma C. Murphy, *Israel. Challenges to identity, democracy and the state*, Routledge, Londres, Nueva York, 2002, pp.35/43.

¹³ «Se ha dicho varias veces que «Sionismo» no es un nombre propio pero sí un apellido, un nombre de familia, y se trata de una familia dividida, discutiendo en torno a la cuestión: ¿Cómo queremos vivir aquí?», Amos Oz, *In The Land of Israel*, Vintage Books-Random House, Nueva York, p.128.

que estructuró, desde antes de la independencia, la sociedad israelí como cuerpo político.

En este marco, en el que Israel había edificado lo esencial de las instituciones que caracterizan a un Estado —incluso antes de su proclamación—, el aparato judicial constituía, posiblemente, la única excepción, puesto que no tenía ningún precedente, próximo o remoto, en el período anterior a la independencia. De ahí que el órgano de la cúpula judicial, el Tribunal Supremo (en hebreo: *Bet Hamishpat Haelion*¹⁴), haya sido el último órgano en establecerse —el 15 de septiembre de 1948, cuatro meses después de la independencia— en una situación de escaso interés por parte de los poderes preponderantes (Gobierno y Parlamento), en la concreción de un poder judicial verdaderamente actuante en la construcción del nuevo Estado¹⁵.

A esta situación contribuyó decisivamente el clima de «guerra por la supervivencia» en el que nació el Estado de Israel y en el cual fue forzado a vivir los primeros años de independencia, clima poco propicio para afrontar el sistema judicial como prioridad. Más allá de este factor, en las características de la ideología sionista que prevaleció en la fundación y construcción del Estado, encontraremos también un importante elemento para la comprensión de esta debilidad inicial del poder judicial. En efecto, el sionismo de los padres fundadores del Estado de Israel se asentaba en una ideología comunitaria, de raíz marxista, en la cual la superioridad de los intereses del Estado —del Estado en cuanto comunidad— sobre los del individuo asumía un papel fundamental. Expresando este elemento, que es conocido con la denominación de *Mamlachtiyut* (traducible como «estatismo» o «colectivismo»¹⁶), decía

¹⁴ Con frecuencia, el TSI es más conocido con la denominación *bagats*, que constituye el acrónimo de *Bet deen Gavo'ah le-Tsedek* (Alto Tribunal de Justicia).

¹⁵ Cfr. Pnina Lahav, «Rights and Democracy: The Court's Performance», en Ehud Sprinzak, Larry Diamond (eds.), *Israeli Democracy Under Stress*, pp. 127/128. Contrariamente a las restantes instituciones, que fueron ubicadas en Tel Aviv, el TSI permaneció en Jerusalén, entonces bajo ocupación militar y cuya integración en el Estado de Israel, a la luz de la Resolución de Partición, no era absolutamente clara.

¹⁶ Un discurso profundamente antiindividualista, expresado a través de los conceptos de *Mamlachtiyut* y de *Chalutzit* (traducible como «virtud cívica»), constituye el aspecto más marcado del pensamiento político de Ben Gurion. La especificidad de este elemento en la experiencia israelí reside en la circunstancia de —contrariamente a las experiencias comunistas contemporáneas— no haber dado origen a un régimen totalitario. Israel, efectivamente, no necesitó realizar, a lo largo de su historia, transición democrática alguna, porque construyó desde el principio un régimen democrático.

Ben Gurion, interviniendo en el debate en el *Knesset* en 1951, sobre la [no] necesidad de una Constitución escrita: «[...] en un Estado libre, como el Estado de Israel, no es necesaria una «Carta de Derechos», de lo que precisamos antes es de una «Carta de Deberes»: deberes para con la tierra madre, para con el pueblo, para con la *aliya*¹⁷, en la construcción de la nación [...]»¹⁸. Además, esta ideología, a pesar de haberse reclutado a los jueces entre pioneros de la *yishouv*¹⁹, no dejó de influenciar el sentido de algunas de las primeras decisiones del TSI, donde es frecuente encontrar (particularmente cuando estaban en cuestión asuntos políticamente sensibles) un discurso justificativo de la primacía de los intereses de la colectividad (siempre identificada con el Estado) sobre los del individuo. Paradigmática en la afirmación de esta especie de *ethos* sionista, en 1948, es una de las primeras decisiones del TSI, respecto a la persecución, no judicial, de los miembros del grupo judío extremista *Lehi*²⁰, también conocido como grupo *Stern*, donde se afirma: «Cuando la seguridad del Estado y la paz pública están en grave peligro, los mecanismos legales normales son, muchas veces, insuficientes. Entonces resulta imperativo dar preferencia, sobre los derechos individuales, a las exigencias de la seguridad del Estado. En este caso, a cualquier ciudadano se le puede exigir, por parte de toda la sociedad, el sacrificio de sus libertades» (sentencia *Brun v. Primer Ministro*²¹).

III. TENER O NO TENER UNA CONSTITUCIÓN ESCRITA

Cuando se procede a una caracterización del derecho israelí, resulta frecuente una consideración previa referida a la ausencia de Consti-

¹⁷ Singular de *alyot*, cfr. nota 6.

¹⁸ Cit. Por Pnina Lahav, en «Rights and Democracy...», cit., pp. 130/131. Cfr., sobre el concepto de *Mamlachtiyut*, Clive Jones, Emma C Murphy, *Israel...*, pp. 19/21.

¹⁹ Gershon Zafiro y Yoav Peled caracterizan al TSI, en el momento de su establecimiento, como «[...] formado esencialmente por juristas judíos de origen alemán e inglés sin antecedentes de pionerismo sionista.» (*Being Israeli...*, cit., p. 262).

²⁰ Acrónimo de *Lohamei Herut Israel* (Combatientes por la Libertad de Israel), grupo judío extremista que mantuvo, incluso después de la independencia, operaciones de ataque a intereses británicos en la zona de Jerusalén. A este grupo se le atribuye —y este fue el factor que desencadenó la persecución tras la independencia— el asesinato, en septiembre de 1948, del emisario de las Naciones Unidas, el conde Bernadotte.

²¹ El resumen de las decisiones del TSI se puede buscar en inglés en el sitio web <http://elyon1.court.gov.il>. Algunas de las decisiones más relevantes del TSI pueden también encontrarse en inglés en el *website* del *Israel Law Resource Center* (www.geocities.com/savepaletinenow/israelcourtrulings).

tución escrita²². No obstante, el objetivo expresado por la Declaración de Independencia era el de que Israel pudiera disponer de una Constitución, aprobada por la primera Asamblea electa después de la fundación del Estado²³. Sin embargo, la Asamblea Constituyente, elegida como tal el 25 de enero de 1949, pronto decidió alterar su propia naturaleza, intitulándose a sí misma como 1.º *Knesset*²⁴, incumpliendo el objetivo constituyente para el que había sido elegida, y asumiendo poderes legislativos propios de un Parlamento. Fue una opción impuesta por Ben Gurion, primero al propio Partido Laborista y, posteriormente, al *Knesset*, basándose en el argumento de que una Constitución formal, conteniendo una *Bill of Rights*, contradecía el principio mayoritario, debilitando el poder democrático electo y también a un Estado que, como sucedía con el de Israel, se enfrentaba simultáneamente a la tarea de su construcción y de su supervivencia. En esta pretensión Ben Gurion contó, además, con el apoyo del Partido Nacional Religioso y de la ortodoxia religiosa, que entendían —al igual que Ben Gurion por razones de conservación del propio poder— que Israel no necesitaba una Constitución escrita; en el caso de los religiosos ortodoxos, de una «Constitución hecha por hombres», puesto que ya tenían, en la sagrada *Torah*²⁵, una «Constitución hecha por Dios»²⁶.

La referida convergencia entre el sionismo laico de Ben Gurion y el *establishment* del judaísmo ortodoxo²⁷ en el rechazo a una Constitución

²² Cfr. Claude Klein, *Le Droit Israélien*, Presses Universitaires de France, París, 1990, p. 37.

²³ Decía la Declaración de Independencia: «[...] declaramos que desde el final del Mandato, en esta víspera de *Shabat*, 6 *Iyar* de 5708 (15/05/1948), y hasta el establecimiento de las autoridades regulares del Estado, debidamente elegidas, de conformidad con la Constitución que deberá ser aprobada por la Asamblea Constituyente, convocada antes del día 1 de octubre de 1948 [...]».

²⁴ Desde entonces, existe en Israel la práctica de designar ordinalmente los sucesivos Parlamentos electos, correspondiendo cada elección a una legislatura. En el presente (noviembre de 2005) transcurre el 16.º *Knesset*, resultante de las elecciones de 28 de enero de 2003.

²⁵ Se refiere al texto básico de la religión judía, el Pentateuco, compuesto por los cinco primeros libros de la Biblia: Génesis, Éxodo, Levítico, Números, Deuteronomio.

²⁶ V. el relato de este debate en Gershon Shafir y Yoav Peled, *Being Israeli...*, cit., pp. 260/262; cfr. Milton R. Konvitz, *Torah & Constitution. Essays in American Jewish Thought*, Syracuse University Press, Nueva York, 1998, pp. 3/16 y 163/173.

²⁷ El judaísmo moderno está constituido, fundamentalmente, por tres corrientes: la ortodoxa, la conservadora y la reformada, también llamada liberal (v. Rabbi Joseph Telushkin, *Jewish Literacy. The Most Important Things to Know About the Jewish Religion. Its People, and Its History*, Morrow, Nueva York, 1991, pp. 230/232 y 436/438; cfr. las entradas «*orthodox*», «*conservative*» y «*reform and reconstructio-*

escrita, no eran indiferentes a las respectivas visiones en lo tocante al papel del poder judicial en el joven Estado de Israel. En el caso de los religiosos ortodoxos, estaba en cuestión la exclusividad del poder que les había sido entregado por el sionismo laico en materias directa o indirectamente relevantes para la religión (definición de la cuestión de «¿quién es judío?»; exclusividad en las conversiones religiosas; control de la legislación relativa al estatuto de la persona; reconocimiento de los Tribunales Rabínicos, etc.). Para Ben Gurion, que sabía que una Constitución escrita necesariamente conduciría a la *judicial review of legislation* (como acabaría sucediendo, incluso sin Constitución formal), y trataba de evitar la fiscalización del poder político por jueces de los cuales desconfiaba, por no encontrar entre ellos *compagnons de route* del pionerismo sionista. De ahí que, en los debates constituyentes, Ben Gurion haya ilustrado su punto de vista respecto a la inconveniencia de una Constitución y, consecuentemente, de un poder judicial anclado en ella, aludiendo al papel conservador de la *Supreme Court* norteamericana, que había anulado la legislación progresista del *New Deal*, por considerarla contraria a la Constitución: «¿Es eso lo que pretendemos?», preguntó con énfasis Ben Gurion, en plena sesión del *Knesset*²⁸.

Este debate constitucional en el seno del 1.º *Knesset* se cerraría, en junio de 1950, con la aprobación de una Resolución —la llamada «Resolución Harari» (nombre del diputado primer proponente de la misma)—, transmitiendo los poderes constituyentes de aquella Asamblea a los Parlamentos posteriormente elegidos, poderes que éstos ejercerían mediante la aprobación de Leyes Fundamentales sectoriales que —posteriormente fusionadas en un documento único— formarían los diversos capítulos de una futura Constitución del Estado²⁹.

La ausencia de un texto constitucional tuvo el efecto de introducir en el debate político y jurídico la cuestión del valor normativo de la Declaración de Independencia³⁰. Ésta, en tanto que documento que con-

nist» en la Enciclopedia *Jewish Virtual Library*, disponible en www.jewishvirtuallibrary.org). La corriente ortodoxa asume en Israel, en régimen de exclusividad, el estatuto de judaísmo oficial (cfr. «The «Who is a Jew?» Controversy», disponible en www.countrystudies.us/israel).

²⁸ Cfr. Gershon Shafir y Yoav Peled, *Being Israeli...*, cit., p. 261.

²⁹ La Resolución Harari decía: «La Constitución del Estado será elaborada capítulo a capítulo, de modo que cada uno de éstos constituya una Ley Fundamental autónoma» (cfr. Aharon Barak, «La Révolution Constitutionnelle: La Protection des Droits Fondamentaux», en *Pouvoirs* n.º 72, 1995, p.22):

³⁰ Cfr., sobre este debate, Francesco Lucreis, «Sul valore giuridico della Dichiarazione d'Indipendenza di Israele», en *Teoria del Diritto e dello Stato*, n.º 3, 2003, pp. 524/525.

tiene los principios fundacionales del Estado de Israel, era considerada por muchos como una verdadera Constitución. El TSI, en la primera aproximación al problema, muy pronto en el mismo 1948, en la sentencia *Zeev v. Gubernik*, rechazó que la Declaración de Independencia tuviera valor jurídico alguno y que, como tal, pudiera ser invocada, como fuente de derecho, ante un tribunal³¹.

Este acuerdo sería, sin embargo, alterado en 1953, en una sentencia histórica (*Kol Haam v. Ministro del Interior*) que, para algunos, marcó el advenimiento del activismo judicial del TSI. Se cuestionaba la aplicación, por parte del Ministro del Interior, de una disposición heredada de la legislación de emergencia de la época del Mandato (*Press Ordinance* de 1933), que preveía la suspensión administrativa de medios de comunicación por la publicación de noticias susceptibles de poner en peligro el orden público («*likely to endanger public peace*»). La historia nos remonta a la enardecida lucha política de los primeros tiempos de la independencia, al escenario de la Guerra Fría, en plena Guerra de Corea, y a los pasos iniciales de la alianza estratégica Estados Unidos-Israel³². En marzo de 1953, el diario israelí *Ha'aretz* (*El País*), el periódico de mayor difusión nacional, publicaba la noticia de que el embajador de Israel en Washington, el futuro Ministro de Asuntos Exteriores Abba Eban, había comunicado a las autoridades norteamericanas que, en la hipótesis de guerra entre los Estados Unidos y la URSS, Israel apoyaría al aliado americano con 200.000 soldados. Esta declaración —que algunos consideran notoriamente exagerada y sólo explicable en el marco de suministro de armas que se estaba negociando en aquel momento— fue reproducida en el periódico *Kol Haam* (*La Voz del Pueblo*) y en la edición de éste en lengua árabe (*Al Ittihad*), ambos periódicos oficiales del Partido Comunista de Israel, causándoles, únicamente a estos dos y no así al *Ha'aretz*, la aplicación de la medida de suspensión por parte del Ministro del Interior³³.

³¹ Cfr. Pnina Lahav, «Rights and Democracy...», cit., p. 131 y nota 16.

³² La alianza estratégica Estados Unidos-Israel, en tanto que elemento fundamental de la política exterior norteamericana, se estableció durante el mandato del Presidente Kennedy. De todos modos, tuvo como antecedente importante — a la par con el trabajo del lobby del *American Israel Public Affaire Comité* (AIPAC)— la actividad del Embajador Abba Eban (v. Warren Bass, *Support Any Friend. Kennedy's Middle East and the Making of the U.S.-Israel Alliance*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2003, pp. 1/14).

³³ Un relato detallado del caso *Kol Haam* se encuentra disponible en www.tau.ac.il/institutes/bronfman (cfr. Debbie L. Rabina, «Access to government information in Israel: stages in the continuing development of a national information policy», disponible en www.ifla.org/IV/ifla66/papers).

En el Parlamento, respondiendo a las críticas de la oposición, Ben Gurion les sugirió a los diputados comunistas, seguramente pensando en anteriores ejemplos de *self-restraint* judicial en asuntos de esta naturaleza, que recurriesen la decisión del Ministro ante el TSI. El Tribunal, sorprendentemente, en una decisión unánime con el juez Shimon Agranat³⁴ como relator, consideró la medida como atentatoria contra la libertad de expresión y desproporcionada, revocándola³⁵. El aspecto más sobresaliente de la sentencia, y que supuso un viraje en la jurisprudencia del TSI, se ponía de manifiesto en la afirmación de que la libertad de prensa era, en términos de la Declaración de Independencia, una «piedra angular» de la democracia israelí y en que el texto de la Declaración asumía el papel de «mediador normativo entre la forma de gobierno y el contenido de los derechos individuales». Un dato curioso, siempre citado a propósito del caso *Kol Haam*, enlaza con el *timing* de la sentencia. Ésta, objeto de discusión pública en junio y decidida en octubre de 1953, constituyó la primera sentencia del TSI subsiguiente a la aprobación por el *Knesset*, en agosto, de la llamada «Ley de los Jueces», concretando verdaderamente, por primera vez desde la fundación del Estado de Israel, una garantía legal efectiva de la independencia del Poder Judicial.

IV. LOS AÑOS DE AFIRMACIÓN DEL TRIBUNAL (1950-1970)

La sentencia *Kol Haam* es calificada por algunos autores como una verdadera *Marbury v. Madison* israelí³⁶. Esta calificación —que quiere

³⁴ El juez Shimon Agranat integró, tras la independencia, la primera formación del TSI, a cuya presidencia ascendería a finales de los años 60. Se trataba de un jurista nacido y formado en Estados Unidos, de cuyo derecho era profundo conocedor (la referencia a las sentencias del Tribunal Supremo Federal norteamericano era frecuente en las suyas). El nombre del juez Shimon Agranat quedaría ligado a la llamada «Comisión Agranat», presidida por él, y que fue la encargada de establecer responsabilidades por las faltas de previsión que estuvieron en el origen de la Guerra del *Yom Kippur*, en 1973 (www.wikipedia.org/wiki/Agranat_Comision).

³⁵ V. el análisis de la sentencia *Kol Haam* en Pnina Lahav, «Rights and Democracy...», cit., pp. 133/139. Un aspecto destacado de la sentencia, que subsiste como precedente en la jurisprudencia israelí, reside en la circunstancia de haber formulado el Tribunal, como criterio de ponderación de restricciones de derechos, un enunciado en el cual el valor relevante afectado por el ejercicio del derecho es puesto en causa en términos de «casi certeza» y no de mera posibilidad o probabilidad. Sólo sobre la base de esa «casi certeza» la restricción de un derecho sería aceptable (v. Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton y Oxford, 2005, p. 179).

³⁶ Es el caso de Pnina Lahav, cfr. «Rights and Democracy...», cit., p. 137.

indicar el primer pronunciamiento del TSI estableciendo la facultad de *judicial review*— es aplicada por otros a sentencias posteriores del Tribunal³⁷. La esencia del precedente histórico fijado en 1803 por el Tribunal Supremo Federal norteamericano en *Marbury* tiene que ver con el especial papel del poder judicial como guardián e intérprete de un texto —la Constitución— dotado de superioridad sobre las demás leyes³⁸. En el caso de la sentencia *Kol Haam*, la particularidad reside no tanto en la invalidación de una ley ordinaria en relación con una fuente superior, sino en el paso previo de la propia definición de esa misma fuente: los principios subyacentes a la Declaración de Independencia, como «mediadores interpretativos» por cuyo filtro tendría que pasar la legislación que el Estado de Israel recibió en el momento de su independencia. Es decir, en palabras del juez Agranat en *Kol Haam*, «[la] Declaración [de Independencia], reflejando la visión del pueblo y lo que de más profundo existe en sus creencias, nos obliga a tener en cuenta su contenido, cuando se trata de interpretar las leyes del Estado»³⁹.

La caracterización en tales términos de la Declaración de Independencia operó una verdadera alteración de la naturaleza del TSI —aquello que Ben Gurion había intentado evitar rechazando una Constitución escrita— que asumió, después de *Kol Haam*, un papel crecientemente intervencionista en el control de los actos legislativos y de la actividad concreta de la Administración. Es en este período, entre 1953 y el final de los años 60, en el que podemos encontrar algunas de las más relevantes sentencias relativas a la garantía efectiva de los derechos fundamentales, antecediendo, y de alguna forma anunciando, la «revolución constitucional» de los años 90, en el marco de aquello que Gershon Shafir y Yoav Peled califican como la construcción de un auténtico «*Bill of Rights* judicial»⁴⁰. En efecto, en este período se dictan

³⁷ Gershon Shafir y Yoav Peled (*Being Israeli...*, cit., p. 262) atribuyen esa naturaleza a la sentencia *Bergman* de 1969 y Ran Hirschl («Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism...», cit., p. 1836) a la sentencia *Banco Mizrahi v. Migdal* de 1995 (en este sentido cfr. «How the Supreme Court Acquired the Power of Judicial Review», disponible en www.jewishvirtuallibrary.org).

³⁸ Cfr. para una primera aproximación, la entrada *Marbury vs. Madison*, en *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, Kermit L. Hall (ed.), Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 1999, pp. 173/175.

³⁹ Nótese que la sentencia *Kol Haam* no invalida la *Press Ordinance* de 1933 por ser contraria a la Declaración de Independencia. Valora el comportamiento, fundado en esa norma, del Ministro del Interior, fijando el criterio interpretativo que, a la luz de los principios de la Declaración de Independencia, debe orientar el uso de la medida administrativa de suspensión de un medio de comunicación social.

⁴⁰ *Being Israeli...*, cit., p. 266.

un conjunto de importantes sentencias referentes a la libertad de expresión, de asociación, de práctica religiosa, de creación de partidos políticos, de afirmación del principio de igualdad, aplicando criterios de proporcionalidad en la apreciación de restricciones al ejercicio de derechos, asentados en consideraciones concernientes a la seguridad del Estado⁴¹, sentencias que conferirán *auctoritas* y prestigio al TSI y que, aún más que eso, operarán la transformación del mismo de órgano de última instancia de recursos en una verdadera jurisdicción constitucional, profundizando en la configuración del Estado de Israel como Estado de derecho.

V. LA ESTABILIZACIÓN DE LOS AÑOS SETENTA: UN TRIBUNAL CONSERVADOR

Es habitual presentar como punto culminante de la fase de afirmación del activismo del Tribunal el llamado caso *Shalit* de 1968 (*Binyamin Shalit v. Ministro del Interior y Registro Civil de Haifa*⁴²). Paradójicamente, se asocia igualmente a este caso —y a la crisis política originada por él— con una suerte de retroceso en el papel expansivo de la jurisprudencia del TSI, mediante una vuelta, que distinguió la práctica del Tribunal hasta el inicio de los años 80, a sentencias muy marcadas por consideraciones del tipo «*self-restraint*» o «*political question*»⁴³, esencialmente limitativas de la intervención del Tribunal.

El caso *Shalit*⁴⁴ puso por primera vez al TSI en la controversia conocida por la pregunta «¿Quién es Judío?». Se trata de un problema que ha cruzado desde entonces el debate político en la sociedad israelí y dado origen a diversas sentencias del Tribunal⁴⁵, y que por su parti-

⁴¹ V. la indicación de algunas de estas sentencias en Phina Lahav, «Rights and Democracy...», cit., pp. 137/139.

⁴² V. el relato del caso, incluyendo la versión inglesa de la sentencia, en «High Court ruling in «Who is a Jew?» case», disponible en www.jafi.org.il/education/50act/shvut/20.html.

⁴³ V. las entradas «Political question doctrine» y «Self-restraint» de António de Araújo en el Léxico de la revista *Sub Judice*, n.º 12, 1998, respectivamente en pp. 190/193 y 194/196.

⁴⁴ Existen dos sentencias relativas al caso *Shalit*, respectivamente de 1968 y de 1972. Para un análisis en profundidad del «Caso Shalit», incluyendo la transcripción de los párrafos más importantes de las dos sentencias, v. Michael Walter, Menahem Lorberbaum, Noam J. Zohar, Ari Ackerman (eds.), *The Jewish Political Tradition*, vol. II (*Membership*), Yale University Press, New Haven, Londres, 2003, pp. 294/309.

⁴⁵ V. «The «Who is a Jew?» Controversy», disponible en www.countrystudies.us/israel/46.htm.

cular relevancia será objeto de un tratamiento autónomo en el presente trabajo. Por el momento, interesa subrayar que la sentencia *Shalit* (la primera sentencia *Shalit*) se tradujo en la indicación a las autoridades públicas, encargadas del Registro Civil, de que deberían considerar «Judío» a quien, de acuerdo con la Ley Religiosa —la *Halakhah*⁴⁶ (en este caso, en su versión ortodoxa)—, no era calificable como tal, por no ser hijo de madre judía. La relevancia extra religiosa de la cuestión enlaza, desde luego, con la existencia de la mención «Judío» en los documentos oficiales de registro, y, por otro lado, con la circunstancia de que la determinación del «ser» «Judío» funciona en el Estado de Israel como elemento de atribución automática del estatuto de nacional, en los términos de la Ley de Retorno (en hebreo *Hok ha-Shevut*), aprobada en 1950 por el *Knesset*⁴⁷. Es importante tener presente que en Israel está en vigor, desde la fundación del Estado, una situación de monopolio de la corriente ortodoxa en lo concerniente a aspectos de la vida social que, presentando alguna relevancia religiosa, sobrepasan la dimensión exclusivamente confesional y se proyectan en el estatuto personal y familiar de todas las personas, independientemente de la respectiva posición de adhesión, indiferencia o repudio hacia esa cosmovisión religiosa oficial. Desde la independencia se establece este *status quo* de opciones políticas asumidas por el sionismo laico, opciones que habían generado equilibrios que, habiendo sido fundamentales en la construcción del Estado, no por ello habían dejado de manifestar situaciones precarias, y hasta inestables, de tensión entre valores universales —el carácter democrático

⁴⁶ Expresión que etimológicamente significa recorrido, camino, y con la cual se quiere referir al conjunto de preceptos legales y religiosos concernientes al judaísmo, también llamados «Ley Oral» (por oposición a la «Ley Escrita» formada por la *Torah*). Su codificación consta del *Talmud*, dividiéndose en dos grandes partes: la *Mishnah*, recogida por el *Rabbi* Judah ha-Nasi, en los siglos II y III de nuestra era, y por la *Gemara*, codificada en el siglo V [cfr. la entrada «Halakhah», en *The Encyclopedia of Jewish Life and Thought*, Chaim Pearl (ed.), Carta Jerusalén, Jerusalén, 1996, pp. 167/168; para una primera aproximación al *Talmud*, constituye una verdadera obra de referencia, A. Cohen, *Everyman's Talmud*, Dent and Sons, Ltd., Londres, 1950, existiendo traducción francesa: *Le Talmud*, Éditions Payot, París, 1991]. El *Talmud* constituye un vasto cuerpo de preceptos jurídicos [36 Tratados en el «*Talmud* de Babilonia» (conocido como *Bavli*) y 39 en el «*Talmud* de Jerusalén» (conocido como *Yerushalmi*)] que forman el llamado judaísmo normativo, que la tradición afirma estar integrado por 613 preceptos (*Mitzvot*) a cuyo cumplimiento estarían sujetos todos los judíos.

⁴⁷ El texto íntegro de la Ley de Retorno, en la versión oficial en lengua inglesa y con las modificaciones de 1954 y 1970, está disponible en el sitio oficial del *Knesset* en www.knesset.gov.il/laws/special/eng/return.htm.

del Estado de Israel— y valores particularistas —la naturaleza judaica del Estado de Israel—.

Se trata de un problema respecto del cual el sionismo laico fundacional siempre había experimentado una sensación de honda incomodidad, y cuya introducción en el debate político —incluso a través de la controversia judicial— siempre había procurado evitar. Fue esta molestia la que Binyamin Shalit ocasionó al TSI al pretender registrar como «Judíos» a sus dos hijos de madre inglesa católica⁴⁸, en respuesta a la negativa al registro por parte del Ministro del Interior⁴⁹. El Tribunal, ya con la presidencia del juez Shimon Agranat, intuyendo las consecuencias políticas que tendría una sentencia previsiblemente favorable a la familia Shalit (obsérvese que el Partido Laborista gobernaba coaligado con el Partido Nacional Religioso⁵⁰), intentó, desesperadamente, promover una modificación legislativa (la supresión de la mención «nacionalidad» en el registro) que transformase el caso en *moot*⁵¹, ya que la irrelevancia práctica sobrevenida de la pretensión eximiría al Tribunal de intervenir. Sin embargo, la intransigencia de los sectores religiosos provocó la incómoda sentencia, favorable a los Shalit, y dio origen a una gran crisis política, que estuvo cerca de provocar la caída del Gobierno, cuya responsabilidad fue atribuida al TSI (data de entonces la honda animadversión de los sectores religiosos ortodoxos hacia el Tribunal). La victoria de los Shalit resultaría, no obstante, pírrica, ya que la crisis gubernamental fue superada mediante un acuerdo que permitió al Partido Nacional Religioso aprobar una reforma de la Ley de Retorno, de modo que incluyese, expresamente, la definición *halakhica* de judío⁵², como criterio de inscripción como «ju-

⁴⁸ Cuando la *Halakhah*, adoptando el principio de descendencia por línea materna, sólo considera «Judío» al hijo de madre judía (v. Rebecca Weiner, *Who is a Jew?*, disponible en www.jewishvirtuallibrary.org).

⁴⁹ El Ministro del Interior hacía depender este registro —en ausencia de madre judía— del requisito de pasar por un proceso de conversión, certificado por un Tribunal Rabínico ortodoxo, lo que rechazaban los Shalit, arguyendo que no profesaban la religión judía.

⁵⁰ Constituyendo el monopolio ortodoxo en asuntos de incidencia religiosa el principal «precio» de esa coalición.

⁵¹ V. Pnina Lahav, «Rights and Democracy...», cit., pp. 139/140. Un caso judicial se titula como *moot* cuando no presenta (en su inicio o sobrevenidamente) interés práctico, sino únicamente académico.

⁵² La modificación de la Ley de Retorno, aprobada por el *Knesset* en marzo de 1970, establece: «A los efectos de la presente Ley, «Judío» significa alguien que ha nacido de madre judía, o que se convirtió al judaísmo y que no profesa otra religión».

dío»⁵³. Los Shalit, enfrentados a una nueva negativa asentada en la redacción modificada de la Ley, verían también su pretensión rechazada por el Tribunal: fue la sentencia conocida como *Shalit II*, de 1972.

Las heridas abiertas por esta crisis político-judicial, a la vez que las secuelas profundas dejadas por las dos grandes confrontaciones militares de 1967 (Guerra de los Seis Días) y de 1973 (Guerra del *Yom Kippur*), originaron una jurisprudencia poco osada, básicamente conservadora, donde prevalecían argumentos procesales limitativos del acceso a la jurisdicción del Alto Tribunal. A este respecto, conviene también hacer notar, cómo la sociedad israelí fue expuesta al nuevo desafío desencadenado por el terrorismo en este momento, y cómo la sensación de amenaza inducida por éste provocó una respuesta de autodefensa, en la que las políticas de seguridad, por su evidencia, se justificaban casi intuitivamente. El Tribunal, enfrentado a lo largo de este período con importantes retos de ponderación entre los intereses de la seguridad del país y la comprensión de ciertos derechos y libertades, propendió frecuentemente a justificar la práctica restrictiva de los derechos⁵⁴. A pesar de que podemos caracterizar este período como de un cierto retroceso conservador del TSI, no se debe olvidar, empero, que el Tribunal nunca perdió —ni siquiera entonces— la característica de ser el último reducto de defensa del Estado de derecho con la que había consolidado su *auctoritas* y prestigio en la década precedente.

VI. ¿QUIÉN ES JUDÍO?

La cuestión conocida convencionalmente por «¿Quién es judío?» llegó por primera vez al TSI en 1962, en el que sería conocido como «Caso del Hermano Daniel»⁵⁵. Se trató del caso de un judío polaco,

⁵³ Repárese cómo la utilización por el Tribunal de una argumentación técnica —como forma de huida de la delicada disputa religiosa—, condujo a un pronunciamiento en el que la falta de Ley expresa funcionó como *ratio decidendi*.

⁵⁴ Este período ha sido profundamente estudiado por Pnina Lahav («Rights and Democracy...», cit., pp. 139/141) y, desde la perspectiva más crítica de la izquierda israelita, por Baruch Kimmerling (*Politicidio*, traducción española de la 1.ª ed. inglesa, Foca ediciones, Madrid, 2004, pp. 55/67).

⁵⁵ V. «The Oswald Rufeisen/Brother Daniel Case Court Summations», disponible en www.jafi.org.il; David Twersky, «The strange case of «Brother Daniel»», disponible en www.jewishworldreview.com y *The Jewish Political Tradition...*, cit., pp. 424/440 [este trabajo contiene un detallado estudio sobre el caso del «Hermano Daniel» e incluye, además del texto de la sentencia del TSI, un análisis de Avishai Margalit: «The Brother and the Other» (pp.435/440)].

Oswald Rufeisen, militante sionista en su juventud (perteneció al grupo *Akiva*), quien durante el Holocausto se escondió en un monasterio, convirtiéndose al catolicismo e ingresando, más tarde, en la Orden de los Carmelitas. Como hijo de madre judía, pretendió inmigrar a Israel, al amparo de las disposiciones de la Ley de Retorno⁵⁶, declarando, sin embargo, no profesar la religión judía. La negativa del Ministerio del Interior a reconocerlo como *oleh* —por identificarse expresamente como miembro de una religión distinta de la judía—, le llevó a impugnar la decisión ante el TSI. El Tribunal (sentencia *Oswald Rufeisen v. Ministro del Interior*), aunque haya interpretado no enlazar el término «judío» con la observancia del judaísmo religioso, en el sentido empleado por la Ley de Retorno, denegó la pretensión de Rufeisen, argumentando que el «entendimiento común» excluía la aplicación de la ley a quien practicaba una religión distinta de la judía⁵⁷.

La sentencia —de la que fue relator el juez Presidente Moshe Silberg y tuvo un voto particular del juez Chaim Cohen— pretendió evitar (ese fue el punto de equilibrio de las diversas posiciones) un discurso interpretativo asentado en argumentos religiosos. La posición de la mayoría de los jueces se centró en el significado de ser «judío», en términos de comprensión del concepto por la generalidad de las personas, cuando estaba en cuestión el acceso al estatuto de *oleh*, siendo así que para el común de las personas —afirmó el Tribunal—, quien «voluntariamente se separó de la religión judía, se separó igualmente del Pueblo que ostenta esta religión como seña de identidad»⁵⁸. En el voto particular del juez Chaim Cohen se argumentaba que, no incluyendo la Ley de Retorno ningún criterio objetivo tocante a la definición del término «judío», el único criterio aceptable sería de naturaleza subjetiva y no podría dejar de incluir una «declaración de buena fe, como la presentada por Rufeisen, siendo [a tal efecto] irrelevantes las consideraciones de naturaleza religiosa»⁵⁹.

⁵⁶ La Ley de Retorno (v. nota 45) establece en su n.º 1, bajo el epígrafe «Derecho a la *Aliyah*», que «Todo Judío tiene derecho de venir a Israel como un *oleh* (plural: *olim*, que significa judío inmigrante a Israel)».

⁵⁷ Rufeisen acabaría, no obstante, adquiriendo la nacionalidad israelí por naturalización (en consideración al hecho de haber salvado a varios judíos durante el Holocausto). Falleció en 1998 en Haifa, como párroco de una iglesia.

⁵⁸ Cfr. «The Oswald Rufeisen...», cit.

⁵⁹ El juez Chaim Cohen fue el primer Fiscal General del Estado de Israel después de la independencia. Con posterioridad, en los albores del TSI, diversos grupos evangélicos norteamericanos le enviaron peticiones solicitando la revisión del «proceso de condena a muerte de Jesús de Nazaret, reparando el trágico error histórico cometido por el Sanedrín, entidad antecesora del Tribunal Supremo». El primer

El segundo pronunciamiento del Tribunal en esta materia tuvo lugar con las dos sentencias ya narradas del caso Shalit. La primera de ellas originó la antes citada reforma de la Ley de Retorno, que pasó a incluir en la definición de «judío» los elementos aceptados por el judaísmo ortodoxo: descendencia de madre judía o conversión al judaísmo. La cuestión que a continuación se le planteó al TSI, ya en pleno período de la llamada «Revolución Constitucional»⁶⁰, fue la de la admisión de conversiones practicadas, inicialmente en el extranjero y posteriormente en Israel, por ramas ajenas al judaísmo ortodoxo. En 1986, en el caso Miller (*Shoshana Miller v. Ministro del Interior*), el TSI aceptó, a los efectos de la Ley de Retorno, una conversión efectuada en Estados Unidos por un Rabino no ortodoxo⁶¹. Ya en 2002, tras intensa polémica y sucesivos aplazamientos acabaría considerando válidas para los mismos efectos, conversiones no ortodoxas realizadas en Israel (*Movimiento Conservador v. Ministro de Asuntos Religiosos*⁶²).

Subyace a la controversia de «¿Quién es judío?» la delicada cuestión del monopolio en materia religiosa concedido por el sionismo laico, desde la independencia, a la corriente ortodoxa del judaísmo, tanto *sefardí* como *ashkenazi*. Ben Gurion, sin ser exactamente un creyente, comprendió que el Estado de Israel necesitaría, por razones de afirmación nacional y de supervivencia, de un amplio consenso entre los judíos, lo que significaba la creación de un espacio mínimo de conver-

Presidente del Tribunal, Moshe Smoira, le encomendó al Fiscal Cohen la redacción de un texto explicando la «inexistencia de jurisdicción sobre tal materia». Chaim Cohen desarrollaría un minucioso estudio histórico referente a la condena de Jesús, publicado como libro en 1968 [existe edición alemana, arreglada por el propio Cohen, y traducción italiana de Gustavo Zagrebelsky: Chaim Cohen, *Processo e morte di Gesù. Un punto di vista hebraico*, Einaudi, Treviso, 2003 (reimp.)]. Afirma el texto de Cohen (que concluye que la ejecución de Jesús fue promovida por el ocupante romano) en un apasionado diálogo con los fundamentos de la fe cristiana, que, seguramente, le abrió caminos de comprensión interconfesional, que no deben haber sido ajenos a la posición de Cohen en el caso Rufeisen.

⁶⁰ La caracterización de este período será hecha más adelante en los ítems VII, VIII y IX.

⁶¹ V. «The Conversion Crisis: The Current Debate on Religion, State and Conversion in Israel», disponible en www.adl.org/Israel/Conversion e «Israeli Supreme Court Accepts Reform, Conservative Conversions», disponible en www.jewishvirtuallibrary.org. Sobre los últimos desarrollos del tema v. los artículos de Yuval Yoaz, «Court recognizes overseas non-Orthodox conversion» y «Court asked to recognize non-Orthodox conversions in Israel», respectivamente de 1/04/2005 y 29/11/2005, ambos publicados en el periódico *Haaretz*, disponibles en www.haaretz.com.

⁶² Cfr. Ran Hirschl, «Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism...», cit., pp. 1845/1846.

gencia entre el sionismo laico y el sionismo religioso, que en Israel estaba representado, exclusivamente, por elementos religiosos ortodoxos. Este entendimiento —mediante el cual el Partido Laborista también intentó aislar a estos sectores religiosos de su espacio político natural: el de la derecha nacionalista— propició la entrada del Partido Nacional Religioso en el gobierno, muy pronto en 1949, y tuvo en su base un acuerdo político asentado en los siguientes puntos⁶³:

- El *Shabbat* (Sábado) judío sería el día oficial de descanso en Israel y el Estado respetaría los días de fiesta religiosa;
- Los transportes públicos no operarían durante el *Shabbat* ni durante los días de fiesta religiosa⁶⁴;
- El respeto por las leyes de abstinencia de la *kashrut* sería guardado en todas las instituciones públicas;
- Las escuelas religiosas permanecerían separadas de las escuelas públicas laicas, pero se le asignarían fondos públicos;
- El Estado aceptaría y apoyaría la presencia religiosa en las Fuerzas Armadas;
- Los Tribunales Rabínicos, que aplicarían la *Halakhah*, serían reconocidos por el Estado y decidirían sobre asuntos concernientes al estatuto personal.

Un elemento no escrito en este acuerdo, pero de alguna forma intuito por las partes firmantes, se refería al monopolio de la corriente del judaísmo ortodoxo, en términos de que constituyese el único interlocutor religioso del poder civil en Israel. Esta línea, a pesar de su abrumador predominio (casi de exclusividad) en Israel⁶⁵, suponía una

⁶³ Estos puntos de acuerdo caracterizan el *status quo* (v. nota 104 infra) de la relación, desde 1949, entre el Estado de Israel y la religión judía, representada (en régimen de monopolio) por el judaísmo ortodoxo.

⁶⁴ No obstante, las autoridades locales podrían mantener servicios de transporte de ámbito local en dichos períodos.

⁶⁵ La corriente conservadora y la reformista son, en su génesis, fenómenos característicos de la diáspora, y principalmente de la diáspora norteamericana, fenómenos que no se reproducirán en Israel, ni antes ni después de la independencia. La mayoría de las personas en Israel no es religiosa: se relacionan con el judaísmo como la mayoría de la población portuguesa se relaciona con el catolicismo. No obstante, en Israel, incluso para aquellos sectores a los que la religión les resulta indiferente, el judaísmo es identificado con la corriente ortodoxa.

minoría en la diáspora, sobre todo en Estados Unidos⁶⁶. Este monopolio, y las vicisitudes de la cuestión «¿Quién es judío?» inducidas por él, acabarían introduciendo un elemento de conflicto entre las comunidades judaicas de la diáspora, particularmente la norteamericana, y el Estado de Israel⁶⁷. Otra importante consecuencia de esta especie de «concordato» se tradujo en la configuración de la legislación israelí, referente al estatuto personal, en los términos pretendidos por el judaísmo ortodoxo, funcionando éste —mediante los Rabinos y el sistema de Tribunales Rabínicos— como instancia jurisdiccional de numerosos aspectos relativos a dicho estatuto: el matrimonio, el divorcio, las conversiones (y, consecuentemente, el estatuto de nacional), etc.⁶⁸.

Esta entrega de una amplia y particularmente relevante porción del ordenamiento jurídico al judaísmo ortodoxo —que, además, se compaginó fácilmente con las características del sistema legal que Israel recibió del período del Mandato⁶⁹— desencadenó, como no podía dejar

⁶⁶ Es importante tener presente que el número de judíos en Estados Unidos es superior al de la población israelí, siendo ampliamente preponderantes las corrientes conservadora y reformada.

⁶⁷ El no reconocimiento de las prácticas religiosas del judaísmo conservador y reformado norteamericano, retirando la posibilidad a muchos judíos de obtener el estatuto de *oleh*, ocasionó situaciones de conflicto, que llegaron al extremo de amenazar con el cese del apoyo financiero de las comunidades norteamericanas al Estado de Israel. Cfr., desde la perspectiva del judaísmo reformado, David Landau, *Who is a Jew? A case study of american jewish influence on israeli policy*, ed. The American Jewish Committee, s.l., 1996; desde la perspectiva del judaísmo ortodoxo, cfr. Rabbi Dr. Meyer Minkovich, *The Issue Of Who Is A Jew In A Historical Legal Perspective*, Sepher-Hermon Press, Inc., Nueva York, 1975 (ed. bilingüe hebreo/inglés).

⁶⁸ Cfr. Ze'ev W. Falk, «Religion and State: The israeli experience», in *Jewish Law Association Studies VII. The Paris Conference Volume*, S. M. Passamaneck, M. Finley (ed.), Scholar Press, Atlanta, 1994, pp. 51/57. Específicamente sobre el Derecho de Familia, cfr. Claude Klein, *Le Droit Israélien*, cit., pp. 69/81.

⁶⁹ Durante el período del Mandato británico, las cuestiones jurídicas referentes al estatuto personal, lo que se corresponde en la tradición jurídica continental con el Derecho de Familia, siguiendo la tradición Otomana asentada en el llamado sistema *Mollet*, le atañían a una jurisdicción específica de cada comunidad religiosa (musulmana, judía, cristiana, etc.), habiendo el Estado de Israel adoptado este sistema, al reconocer, en las cuestiones relativas al estatuto personal, a los tribunales propios de las diversas comunidades religiosas, cristiana, musulmana, drusa y judía (cfr. Ran Hirschl, «Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism...», cit., pp. 1839/1840). Cfr. en lo tocante al concepto de materia relativa al «estatuto personal», a los efectos de delimitar la jurisdicción rabínica, Daniel Sinclair, «Jewish Law in the State of Israel», en *An Introduction To The History And Sources of Jewish Law*, N. S. Hecht, B. S. Jackson, S. M. Passamaneck, D. Piattelli, A. M. Rabello (eds.), Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2002, pp. 400/407.

de suceder en una sociedad no confesional, importantes cuestiones legales referentes a la relación entre el Estado y muchos ciudadanos no creyentes. Ahora bien, asentada como está la política israelí en complejos equilibrios entre partidos laicos y partidos religiosos —a los cuales un sistema electoral atomizado acaba por conferirles un significativo peso político⁷⁰—, se comprende fácilmente la incomodidad que le producen al poder político laico tales conflictos. En efecto, los mismos rápidamente sobrepasan el plano estrictamente individual en el que se generan y adquieren relevantes dimensiones extrajudiciales, acabando con frecuencia en la mesa de negociación política entre los partidos laicos y los partidos religiosos. Este es el elemento fundamental —al que volveremos inmediatamente a propósito de la «revolución constitucional»— que está en la base de la cuestión «¿Quién es Judío?».

VII. LA «REVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL» DE LA DÉCADA DE LOS NOVENTA

La transmisión del poder constituyente de la Asamblea elegida en 1949 a los subsiguientes Parlamentos, en los términos de la Resolución Harari⁷¹, preveía la aprobación por éstos de leyes sectoriales que, unidas en un texto único, en un futuro no especificado, formarían la Constitución del Estado de Israel. Una cuestión que los constituyentes del 1.º *Knesset* no habían resuelto fue la del valor de esas leyes sectoriales, habiendo padecido durante un largo período de una considerable indefinición en cuanto a su naturaleza constitucional y en lo tocante a la posible rigidez de las llamadas «Leyes Fundamentales»⁷². Entre 1958 y 1988, al amparo de la Resolución Harari, el *Knesset* aprobó nueve «Leyes Fundamentales», relativas al Parlamento, al territorio del Estado, al Presidente de la República, al Gobierno, al Presupuesto, a las Fuerzas Armadas, a la capital del Estado, a la organización judicial y al denominado «Interventor del Estado» (que se corresponde con el Defensor del Pueblo)⁷³. Observando este catálogo de normas, se comprueba cómo la asunción por el *Knesset* de poderes constituyentes no llevó a la

⁷⁰ Cfr. Abraham Brichta, «The New Premier-Parliamentary System in Israel», en «Israel in Transition», *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, enero, 1998, pp. 180/192.

⁷¹ V. nota 28.

⁷² Cfr. Aharon Barak, «La Révolution Constitutionnelle...», cit., pp. 25/26.

⁷³ La lista y el texto integral en inglés de todas las Leyes Fundamentales está disponible en www.knesset.gov.il.

aprobación de leyes —nos referimos a leyes dotadas de valor jurídico constitucional— que incidiesen sobre materias distintas de la organización del Estado. En efecto, fue omitido —y es una omisión significativa— el tratamiento de materias respecto a los derechos individuales clásicos, en tanto en cuanto que legislador constituyente⁷⁴, al no elaborar ningún *Bill of Rights*.

En marzo de 1992, el 13.º *Knesset* rompió esta práctica, aprobando dos Leyes Fundamentales que trataban sobre derechos individuales: la *Ley Fundamental de la Dignidad Humana y la Libertad*⁷⁵ y la *Ley Fundamental de Libertad de Ocupación*⁷⁶. La concreción de esta opción legislativa tendría importantes consecuencias para el futuro del sistema constitucional israelí, particularmente en lo tocante al papel del TSI. En palabras del juez Aharon Barak, el Estado de Israel pasó a disponer, desde entonces, de una «Constitución escrita y rígida, dotada de superioridad normativa»⁷⁷.

Para la mejor comprensión de esta verdadera ruptura constitucional, interesa señalar las circunstancias políticas que llevaron a esta situación. Resulta correcto afirmar que el marco político del Estado de Israel se caracterizó, desde la independencia y hasta finales de los años 70, por una considerable estabilidad. El Partido Laborista, incluso pese a estar aliado con otros (pequeños) partidos, gozó invariablemente, merced a su peso electoral y a su profundo arraigamiento en las distintas instituciones sociales, de una posición hegemónica, dirigiendo el país hasta 1977, formando los sucesivos gobiernos y aprobando en el Parlamento lo esencial de sus políticas⁷⁸. Este predominio —que, además,

⁷⁴ El *Knesset* aprobó, hasta 1992, diversas leyes relativas a derechos individuales fundamentales, pero sin atribuirles naturaleza constitucional. Fue lo que aconteció, por ejemplo, con la Ley de Igualdad de Derechos de la Mujer, aprobada en 1951 (cfr. Daniel Sinclair, «Jewish Law...», cit., p. 401).

⁷⁵ Garantiza el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad personal y a la dignidad, estableciendo, en materia de restricción de tales derechos, el principio de proporcionalidad.

⁷⁶ «Ocupación» en el sentido de libertad profesional, de actividad o de establecimiento de negocio o comercio (en la versión oficial inglesa: «[e]very Israel national or resident has the right to engage in any occupation, profession or trade [...]»).

⁷⁷ «La Révolution Constitutionnelle...», cit., p. 20. Aharon Barak preconiza, en cuanto a la determinación de la naturaleza constitucional de las Leyes Fundamentales, un criterio «puramente formal [...] en virtud del cual una Ley asume dicha naturaleza si se califica a sí misma como tal», lo que excluye, por ejemplo, la Ley de Retorno (p. 25).

⁷⁸ Además, puede decirse que las crisis políticas acontecidas hasta 1977 tuvieron su origen en factores endógenos a la propia familia política laborista o en factores

se corresponde con la preponderancia de un grupo social específico: la burguesía laica *ashkenazi* de origen europeo— fue sufriendo un progresivo desgaste, como consecuencia de la mudanza radical introducida en la sociedad israelí con las oleadas migratorias posteriores a la independencia, formadas esencialmente por judíos *sefarditas*, oriundos del Norte de África o del Medio Oriente, portadores de una cultura, de una religiosidad y de un modo de vida social propios, totalmente diferentes de los valores característicos de la «ilustración» *ashkenazi* europea⁷⁹. Podría decirse que la culminación de este proceso —de las mudanzas por él inducidas— tuvo lugar en 1977, con la derrota (la primera desde la fundación del Estado) del Partido Laborista y la llegada al poder del bloque de derecha nacionalista representado por el *Likud*, liderado por el —hasta entonces— «eterno perdedor» de la política israelí, Menahem Begin.

La llegada de Begin al poder, aunque éste todavía representase a la elite laica fundacional *ashkenazi*, se fundamentó esencialmente en el voto del nuevo grupo social emergente, el llamado *Sefardismo Mizrahi*⁸⁰, e introdujo un elemento nuevo en la política israelí, quebrando definitivamente la hegemonía social de la elite sionista fundadora del Estado. Parece correcto afirmar que, con posterioridad a las elecciones de 1977, la importancia social y política del grupo *Sefardita/Mizrahi/Haredi* —que, entretanto, se fue dotando de sus propios partidos políticos— ha aumentado sustancialmente, cambiando los elementos esenciales que habían caracterizado a la sociedad israelí en los treinta primeros años de la independencia. Uno de los aspectos más significativos de este fenómeno se tradujo en el creciente peso electoral de los partidos representativos de este grupo, con la consiguiente pérdida de influencia de los partidos tradicionalmente ligados a la burguesía laica *ashkenazi*. Estos últimos, entre 1981 y 1999, perdieron cerca de un tercio de sus diputados en el *Knesset* (pasando de 95 a 58 escaños), un movimiento que se corresponde con un gradual, pero significativo, in-

externos (caso de la Guerra del *Yom Kippur* en 1973) casi nunca ligados a los grupos políticos de la oposición.

⁷⁹ Sobre las características y el impacto de estas oleadas migratorias en la sociedad israelí, v. Claude Klein, *La Démocratie d'Israël*, Editions du Seuil, París, 1997, pp. 67/80.

⁸⁰ El término *Mizrahi* (en plural *Mizrahim*) significa «oriental» en hebreo y designa a los judíos de origen *sefardita* (en alusión a la procedencia oriental/iraquí de las primeras *alyot* de *sefarditas* posteriores a la independencia). Resulta frecuente asociar esta expresión al término *Haredi* (en plural *Haredim*), que significa «temeroso de Dios» y manifiesta la distinta relación con la religión que caracteriza a este grupo social en comparación con el laicismo *ashkenazi*.

crecimiento del peso de los partidos religiosos *sefarditas*. Por ejemplo, el Partido *Shas* [acrónimo de *Shisha Sedarim* (las Seis Órdenes⁸¹), denominación por la que es conocido el «Partido Unido de los Guardianes Sefarditas de la Torah» (*Hit`akldut ha-Sfradim ha-Olamit Shomrey Torah*)], representativo de los judíos *sefarditas* religiosos⁸², pasó de 4 escaños en el *Knesset* en 1984 a diez en 1996, alcanzando los 17 en las elecciones de 1999, lo que le permitió asumir tres carteras en el Gobierno presidido por Ehud Barak: los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, Sanidad e Infraestructuras.

En el nivel local también el ascenso de los partidos religiosos fue notorio, logrando el control de diversos «Consejos Municipales» (que desde finales de los años 90 vieron sus competencias sustancialmente incrementadas) y ganando las alcaldías de ayuntamientos de importantes centros urbanos. Fue lo que sucedió, en las elecciones locales de 2003, en la capital del Estado, la ciudad de Jerusalén, donde ganó por un importante margen el candidato de un partido religioso *ashkenazi*, el *Degell ha Torah* (*Bandera de la Torah*)⁸³.

Este creciente peso de los partidos religiosos, rompiendo la estabilidad que había caracterizado el sistema de partidos israelí hasta el final de los años 70, les confirió frecuentemente el papel de árbitros de la gobernabilidad, dándoles, en consecuencia, un poder reivindicativo que llevó, a lo largo de la década de los 80, a innumerables situaciones de crisis, volviéndose evidente la necesidad de adoptar reformas políticas y electorales que posibilitasen la superación de los bloqueos provocados en el sistema político por la capacidad de chantaje de los partidos religiosos. El clima político instaurado en Israel a final de los años 80 es caracterizado de la siguiente manera por Ehud Sprinzak y Larry Dia-

⁸¹ Referidas a las seis divisiones temáticas de la *Mishnah* (v. nota 45): *Zera'im* (siemientes), *Mo'ed* (fiestas), *Nezikin* (daños), *Nashim* (mujer), *Kodashim* (santidad) y *Tohorot* (pureza).

⁸² Se trata de un Partido dependiente del liderato carismático del Rabino Ovadia Yosef, antiguo Gran Rabino *Sefardita* de Israel, y cuyo programa se confunde con los elementos doctrinales religiosos del *sefardismo*. Es un partido clientelar (dirige una red de escuelas y de prestación de servicios asistenciales y religiosos), asentado en un grupo étnica y socialmente definido. Esta naturaleza mixta de partido político y asociación asistencial lleva al *Shas* a solicitar los ministerios que distribuyen fondos públicos y no aquellos cuya naturaleza es más acendradamente política (v. el sitio oficial del Partido, con algunos campos en inglés, en www.shasnet.org.il; cfr. www.en.wikipedia.org/wiki/Shas y www.jewishvirtuallibrary.org/shas).

⁸³ Cfr. Ran Hirschl, «Constitutional Courts v. Religious Fundamentalism...», cit., p. 1834.

mond: «[...] los «gurús» espirituales de los partidos ultraortodoxos —rabinos antisionistas de ochenta y noventa años de edad— se habían convertido en los jueces de última instancia del interés nacional. Millones de dólares del presupuesto del Estado habían servido para seducir y sobornar a minúsculos socios de coalición. Carteras ministeriales de gran importancia y puestos clave en la Administración, se le habían ofrecido a parlamentarios inexpertos —cuando no corruptos— a cambio de sus votos. Políticos sin escrúpulos aprovecharon para traicionar a los partidos que los habían elegido, triplicando y cuadruplicando súbitamente su precio en el inmenso «supermercado» en que se había transformado la política israelí»⁸⁴.

Esta sensación de crisis permanente y de bloqueo de las instituciones hizo surgir en el seno de la sociedad israelí deseos de reforma política y, consecuentemente, movimientos proponiendo mudanzas en el sistema político y electoral. De entre estos grupos más o menos organizados, se destacó uno denominado «Comité Público por una Constitución para Israel», formado por docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Bar-Ilan de Tel Aviv, propugnando una reforma global del sistema político israelí⁸⁵, basada en las siguientes reformas:

- Elaboración de una Constitución escrita;
- Reforma de la Ley Electoral en el sentido de facilitar la formación de mayorías, atenuando la extrema proporcionalidad que establece el sistema;
- Elección directa del Primer Ministro.

De estas reformas únicamente la última, la elección directa del Primer Ministro, fue adoptada entre 1996 y 2001⁸⁶. En lo tocante a la propuesta de aprobar una Constitución, se optó, frente a las presiones de los partidos religiosos, por una solución de compromiso de aprobación, en 1992, de la Ley Fundamental de Dignidad Humana y Libertad y de la

⁸⁴ *Israeli Democracy...*, cit., p. 4.

⁸⁵ Cfr. Abraham Brichta, «The New Premier-Parliamentary System...», cit., pp. 184/185.

⁸⁶ Aunque la había aprobado el *Knesset* en 1992, su aplicación estaba prevista para las elecciones al 14.º *Knesset*, que fueron en 1996. Esta reforma —que fracasó en sus objetivos de facilitar mayorías y la consecuente gobernabilidad— fue abandonada en 2001, volviendo al sistema tradicional de convertirse en Primer Ministro el líder del partido más votado (v. Baruch Kimmerling, *Politicidio...*, cit., p. 145, nota 6).

Ley Fundamental de Libertad de Ocupación⁸⁷. No obstante, éstas habían tenido el efecto de proporcionar al TSI un instrumento de profundización en la *judicial review*, hasta entonces ejercida sobre una base algo precaria, abriéndose, de este modo, nuevas posibilidades para la intervención del Tribunal. Este, en gran medida bajo el impulso del juez Aharon Barak, su Presidente desde 1995⁸⁸, abrió un nuevo capítulo de su historia, confirmándose como «actor principal» de la política israelí. En palabras de Ruth Gavison, el Tribunal evolucionó entonces, definitivamente, de instancia de resolución de litigios a institución «que proporciona, en tiempos difíciles, un verdadero liderazgo moral»⁸⁹.

VIII. ¿QUÉ TRIBUNAL SUPREMO?

No fueron extrañas a la «Revolución Constitucional» las características conferidas al TSI del particular mecanismo de selección de sus miembros, tal y como fue definido desde la independencia y que se mantiene, en lo esencial, hasta el presente. Ha sido este proceso de selección de jueces el que, como procuraremos demostrar, propició un cierto aislamiento del aparato judicial israelí, muy especialmente del Tribunal Supremo, respecto a las dinámicas sociales de acentuación de los elementos de identidad étnico-religiosos presentes en la sociedad israelí. Es en esta lógica en la que se sitúa la tesis, ya anteriormente apuntada, de Ran Hirschl, según la cual la erosión de la hegemonía de la «burguesía laica *ashkenazi*» llevó a esta a favorecer una transferencia de centros de poder del Parlamento, y de otros «foros de decisión basados en el principio mayoritario», hacia el TSI, «donde la propia hegemonía está menos amenazada»⁹⁰. Esta idea es también defendida por Gershon Shafir y Yoav Peled, para quienes, «mientras las instituciones de la elite laica *ashkenazi* y su discurso de ciudadanía fuesen hegemó-

⁸⁷ V. las notas 71, 72 y 73.

⁸⁸ Nacido en Lituania en 1936, se formó en Derecho en la Universidad Hebrea de Jerusalén en 1958, doctorándose en la misma Universidad en 1963. Fiscal General entre 1975-78, año en el que fue nombrado juez del TSI (Vicepresidente entre 1993-95). Se trata del jurista israelí más reputado, cuyo paso por el TSI ha marcado, seguramente, un antes y un después de Aharon Barak.

⁸⁹ Cit. por Gershon Shafir, Yoav Peled, *Being Israeli...*, cit., pp. 268/269.

⁹⁰ «Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism...», cit., p. 1835. Idéntico proceso tuvo lugar, en el área económica, con una creciente transferencia de competencias cara al Banco de Israel, confiriéndole, simultáneamente, un estatuto de independencia del que, con anterioridad a 1990, jamás había gozado (cfr. Gershon Shafir, Yoav Peled, *Being Israeli...*, cit., pp. 240/242.

nicos, a esta elite le interesaba favorecer órganos basados en el principio mayoritario —firmemente controlados por el *Mapai*— dotados de un amplio margen de libertad de actuación. Dicha elite se oponía, entonces, a limitar el poder de estas instituciones, sobre todo mediante una Constitución y un aparato judicial fuerte. Con el tránsito de un discurso republicano a un discurso liberal⁹¹, y la consecuente aparición de conflictos entre las concepciones liberal y etnonacionalista, aquélla dejó de poder confiar en las instituciones asentadas en una lógica mayoritaria, tendiendo a transferir su peso político hacia instituciones no electas»⁹².

Resulta curioso apuntar que el modo de selección de los miembros del Tribunal, en gran medida responsable del proceso de aislamiento antes citado, fue casi fruto del azar. El «jurista oficial» de Ben Gurion, Felix Rosenblüth (que adoptaría el nombre hebreo de Pinhas Rozen)⁹³, el primer Ministro de Justicia del Estado de Israel, era un jurista alemán, formado durante el período de Weimar, que constituyó el Ministerio de Justicia, sobre todo, con *Yekkes* (intelectuales judíos de origen alemán) con formación jurídica. Este grupo fue el que escogió — en su seno— al primer Presidente del TSI, Moshe Smoira, y a los cinco jueces de su composición inicial⁹⁴, primando a juristas, todos ellos *ashkenazis*, de formación académica germánica, a los cuales se les sumaron algunos de formación anglo-americana. El método de selección de jueces del TSI (y de los restantes tribunales de apelación del Estado de Israel) fue acordado en los primeros meses de la independencia, entre Rozen y Smoira, manteniéndose prácticamente inalterado hasta el presente (adquiriendo en 1984 naturaleza constitucional). El nombramiento formal de los magistrados le corresponde al Jefe del Estado, pero la selección es efectuada por una Comisión compuesta por tres

⁹¹ Sobre la oposición entre una ideología republicana y otra liberal, en el sentido referido en este texto, cfr. Miguel Nogueira de Brito, «Autoridade e Argumentação Numa Ordem Constitucional», en *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, 2003, pp. 374/375.

⁹² *Being Israeli...*, cit., p. 269.

⁹³ Se trataba de un *Yekkes* (nombre con el cual eran conocidos los intelectuales judíos alemanes que habían emigrado a Palestina en los años 30, después de las primeras persecuciones antisemitas) que había trabajado, en los últimos tiempos anteriores a la independencia, como consejero jurídico de Ben Gurion (v. Shlomo Erel, *The Yekkim- Fifty Years of German-speaking immigration to Israel*, ed. Instituto Ben-Zvi, Jerusalén, 1985, p. 187).

⁹⁴ V. Eli Salzberger, «Judicial Appointments and Promotions in Israel-Constitution, Law and Politics», en Kate Malleson, Peter Russel (eds.), *Appointing Judges In The Age Of Judicial Power: Critical Perspectives*, Toronto University Press, Toronto, 2005, pp. 9/12 (texto disponible en <http://ssm.com/abstract=720661>).

jueces del TSI (uno de ellos el Presidente⁹⁵), dos representantes del Colegio de Abogados (la formación de éste fue apoyada por la *American Bar Association*), dos Ministros (uno de ellos el de Justicia⁹⁶) y dos Diputados. Esta mayoría no política (5-4) propició (y propicia) elecciones asentadas, básicamente, en criterios profesionales —incluso cuando se trata de seleccionar buscando soluciones de equilibrio político, étnico o de género⁹⁷— de las cuales emanan jueces fieles a las *legis artis* interpretativas, que no rehusan, porque disponen de garantías efectivas de independencia e inmunidad, adoptar sentencias basadas en lógicas minoritarias o impopulares⁹⁸. Así se puede entender, respecto al TSI, la aparente paradoja de ser objeto de una desmedida crítica por parte de los sectores religiosos (particularmente de la ortodoxia religiosa ligada

⁹⁵ Existe una regla no escrita según la cual la oposición del Presidente del Tribunal a determinada propuesta hace caer al candidato. Este aspecto, en la actualidad, es objeto de discusión y de polémica en los medios con motivo de un veto de Aharon Barak al nombre de la abogada activista de derechos sociales Ruth Gavison (v. el artículo «The Supreme Courts's Gavison Problem», publicado en el periódico *Jerusalem Post* de 12/12/2005, disponible en www.jpost.com).

⁹⁶ Ministerio que, curiosamente, nunca ha sido entregado a partidos religiosos (cfr. Ran Hirschl, «Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism...», cit., p. 1837, nota 119).

⁹⁷ El Comité de selección ha resistido siempre las presiones políticas (se enfrentó con frecuencia a Ben Gurion, Golda Meir y Menahem Begin), marcando él mismo el momento adecuado para sus búsquedas de equilibrio. El primer juez *sefardita*, Elyahu Mani, fue nombrado en 1962; la primera mujer, Miriam Ben-Porat, en 1977 (el nombramiento de mujeres para otros tribunales data de principios de los años 50; será una mujer, Dorit Beinisch, la próxima Presidenta del TSI); el primer juez árabe-israelí, Zuebi, en 2000 (como interino) y el primero a título definitivo, Salim Joubran, en mayo de 2004; siempre hubo un juez judío ortodoxo (actualmente Elyakim Rubinstein), pero nunca más de uno (v. Eli Salzberger, «Judicial Appointments...», cit., pp. 16/17; el proceso de selección viene descrito en http://wikipedia.org/wiki/Israeli_Supreme_Court).

⁹⁸ «[...] en una lógica política de izquierda-derecha, respecto de los asuntos objeto de mayor controversia pública en Israel (paz, seguridad, derechos humanos), puede decirse que el Tribunal se situó más a la izquierda que los restantes órganos de poder. Esto mismo es cierto respecto de otro importante foco de debate público: las relaciones Religión-Estado. El Tribunal siempre ha expresado puntos de vista más liberales (más laicistas, en el especial contexto israelí) que el Parlamento y el Gobierno. En el área de políticas económicas y sociales, cuando prevalecían las concepciones socialistas estatistas del movimiento Laborista, el Tribunal expuso visiones económicas liberales, y cuando la pérdida de la hegemonía laborista (a finales de los años 70) hizo eclosionar políticas económicas liberales, el Tribunal no dejó de valorar más intensamente, en diversas sentencias, argumentos de justicia social» (Eli Salzberger, «Judicial Appointments...», cit., pp. 17/18).

al Partido *Shas*⁹⁹) y, al mismo tiempo, ser la institución que, junto con las Fuerzas Armadas, mayores porcentajes de apoyo y confianza recibe de la opinión pública en los sondeos¹⁰⁰.

IX. LA «REVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL» EN ACCIÓN

Pertrechado con la auténtica «Carta de Derechos» que las Leyes Fundamentales *Dignidad Humana y Libertad y Libertad de Ocupación* habían introducido en el sistema jurídico israelí, muy pronto el Tribunal asumió y ejerció la prerrogativa de anular una ley del *Knesset* por considerarla contraria a los principios resultantes de aquéllas (sentencia *Banco Mizrahi v. Cooperativa de Migdal*, en la cual el Tribunal invalidó expresamente la Ley Ordinaria por ser contraria a la Constitución¹⁰¹). Asentó el Tribunal esta fase de su actividad, en un programa —en palabras del propio Presidente Aharon Barak— de activismo judicial en el cual se pretendía:

- Extender sustancialmente el acceso a la jurisdicción del TSI;
- Interpretar restringidamente cualesquiera limitaciones temáticas de la competencia del Tribunal (en principio, toda la actividad del Estado es susceptible de la apreciación judicial);
- Todas las instituciones públicas, o que ejercen poderes originariamente públicos (caso de los Tribunales Rabínicos), están sujetas en su actividad al control del Tribunal¹⁰².

⁹⁹ En febrero de 1999 este Partido organizó una enorme manifestación en Jerusalén contra el Tribunal, calificando a sus miembros de «impíos» y «apóstatas» y a sus sentencias «como contrarias a la Torah» (v. Gershon Shafir, Yoav Peled, *Being Israeli...*, cit., pp. 276/277). Apréciase que la protesta del *Shas* contra el TSI no fue ajena a la circunstancia de haber sido su líder político, Aryeh Deri, procesado primero y posteriormente encarcelado por sustracción de fondos públicos. El principal blanco de la animosidad de los sectores religiosos contra el TSI se centra en su Presidente, a quien los Servicios de Seguridad le atribuyen un grado de amenaza (procedente de extremistas judíos), semejante al de Itzak Rabin cuando fue asesinado (sobre la irrupción en Israel del extremismo religioso, judaico violento, v. Ehud Sprinzak, «Extremism and Violence in Israel: The Crisis of Messianic Politics», en «Israel in Transition», *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, enero, 1998, pp. 114/126).

¹⁰⁰ Cfr. Eli Salzberger, «Judicial Appointments...», cit., pp. 2/3 y nota 4.

¹⁰¹ En rigor, es esta la sentencia que puede ser considerada el *Marbury v. Madison* israelí (v. ítem IV, supra).

¹⁰² Gershon Shafir, Yoav Peled, *Being Israeli...*, cit., p. 268.

La ejecución de este programa se hizo clara, iniciando el año 1993, mediante la sentencia conocida como primer caso *Meatrael* (*Meatrael Ltd. v. Primer Ministro y Ministro de Asuntos Religiosos*). Uno de los elementos determinantes del monopolio del judaísmo ortodoxo está vinculado al respeto por las leyes de abstinencia de alimentos del judaísmo (llamadas *kashrut*¹⁰³). Éstas, expresando un elemento distintivo de los judíos, son —en la visión ortodoxa— absolutamente indisociables del carácter judaico del Estado de Israel, por lo que el respeto por ellas constituye uno de los elementos del llamado *status quo* vigente, desde la fundación del Estado, entre las autoridades civiles y religiosas¹⁰⁴.

En la base del caso *Meatrael* se encuentra la prohibición, por parte del Ministerio de Asuntos Religiosos (desde siempre controlado por el Partido Nacional Religioso), dirigida a la empresa distribuidora de productos alimenticios *Meatrael, Ltd.*, de importación de carne no-*kasher*. La empresa recurrió al TSI, fundando su pretensión en el ataque a la libertad de la actividad económica resultante de la Ley Fundamental *Libertad de Ocupación*. El Tribunal, en la primera sentencia (*Meatrael-I* de 1993), anuló la prohibición ministerial por considerarla contraria a dicha Ley Fundamental. El Gobierno presidido por Yithzak Rabin (1922-1995), fuertemente presionado por los partidos religiosos, modificaría, poco después (en marzo de 1994), el texto de la Ley Fundamental *Libertad de Ocupación*, introduciendo la siguiente cláusula de excepción: «No será limitada la libertad de ocupación, excepto a través de una ley que se muestre adecuada a la promoción de los valores del Estado de Israel, aprobada específicamente para tal fin, y dicha limitación no excederá la medida exacta de lo necesario»¹⁰⁵. Con base en esta nueva versión de la

¹⁰³ Se dice de algo que es *kasher* (literalmente «propio para») cuando respeta las leyes de la *kashrut*. Aunque el concepto tiene un sentido muy amplio, designa fundamentalmente los alimentos que respetan los preceptos de abstinencia del judaísmo (prohibición de la carne de cerdo, del pescado sin escamas, de la mezcla de leche con carne, etc.).

¹⁰⁴ V. ítem VI supra. «La piedra angular de toda la estructura de relaciones Estado-Religión [en Israel] es el llamado principio del *status quo*. Término que, además, figura en los acuerdos que habían constituido la base de la entrada de partidos religiosos en el Gobierno inmediatamente después de la independencia. El principio implica la no introducción de modificaciones en lo que fue inicialmente establecido por consenso entre el Estado y las autoridades religiosas en esta parcela particularmente sensible» [Izhak England, «Religious Freedom and Jewish Tradition in Modern Israel- A Clash of Ideologies», en *Religion and Law, Biblical-Judaic and Islamic Perspectives*, Edwin B. Firmage, Bernard G. Weiss, John W. Welch (eds.), Eisenbrauns, s.l., 1990, p. 373].

¹⁰⁵ V. n.º 4 de la Ley, disponible en www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic4_eng.htm.

Ley Fundamental que, intencionadamente, avalaba la desautorización del sentido de la sentencia *Meatrael-I*, el Gobierno aprobó un decreto denominado «Ley de Importación de Productos Alimenticios», prohibiendo la importación de carne no-*kasher*, renovando, con fundamento en esta última Ley, la prohibición dirigida a la empresa *Meatrael*, la cual recurrió de nuevo invocando la violación de la libertad de la actividad económica. El Tribunal consideró, en esta ocasión, ante el nuevo texto de la Ley Fundamental *Libertad de Ocupación*, la limitación como proporcional y adecuada, dentro de una lógica de preservación de los valores judaicos, en tanto que elementos caracterizadores del Estado de Israel (sentencia *Meatrael Ltd. v. Knesset* de 1996¹⁰⁶).

Uno de los aspectos que más frecuentemente colocan al TSI ante el dilema de compatibilizar los valores democráticos (valores de carácter universal) y los valores judaicos (que expresan elementos particularistas) —y uno de los aspectos más sobresalientes de la jurisprudencia característica de la «revolución constitucional»—, está ligado con la cuestión de la jurisdicción rabínica, que en Israel abarca, como ya se ha visto, temas relativos al estatuto personal. En 1995, en una sentencia particularmente audaz (*Bavli v. Tribunal Supremo Rabínico*), el TSI estableció que las decisiones del conjunto de los tribunales rabínicos, incluyendo las del propio Tribunal Supremo, eran susceptibles de recurso ante el TSI, confirmando la superioridad jerárquica de éste. Además, aplicando dicho principio, el Tribunal en una serie de sentencias determinantes, en un auténtico «pulso» con el *establishment* del judaísmo ortodoxo, interpretó:

- Que un tribunal rabínico no puede considerar *Herem* («excomulgar» y expulsar de una determinada confesión religiosa¹⁰⁷) a

¹⁰⁶ Puede verse un análisis detallado de las dos sentencias *Meatrael* en el artículo de Ran Hirschl, «The Struggle for Hegemony: Understanding Judicial Empowerment Through Constitutionalization in Culturally Divided Polities», en *Stanford Journal of International Law*, vol. 36, 2000, pp. 73/118.

¹⁰⁷ *Herem* significa «separar de» y se refiere a la expulsión de un judío de una determinada congregación o comunidad religiosa por imposición de una autoridad rabínica. Se trata, en cierto sentido, del equivalente judaico de la excomunión católica. Ejemplos de definición como *Herem* fueron las expulsiones, en el siglo XVII, por parte de la Comunidad *Sefardita* de Ámsterdam, de Uriel da Costa y de Baruch Spinoza (cfr. las entradas «Ban» y «Herem» en Dan Cohn-Sherbok, *The Blackwell Dictionary of Judaica*, Blackwell, Oxford, 1992, respectivamente pp. 39 y 219). Es importante subrayar que la definición como *Herem*, asentada en una autoridad rabínica, implica la participación de la comunidad en la causa, a través de la aceptación de los dirigentes de su congregación no revestidos de la autoridad rabínica. En este

quien recusó la jurisdicción rabínica en un asunto no relativo al estatuto personal (sentencia *Katz v. Tribunal Rabínico Regional de Jerusalén* de 2000¹⁰⁸);

- Que un tribunal de la misma naturaleza no puede decretar la prohibición para un hijo de encontrarse con la compañera homosexual de la madre, basándose en consideraciones de naturaleza religiosa extraídas de la *halakhah* (ese acuerdo debe fundarse en consideraciones extra religiosas, relativas al correcto desarrollo del niño, y no compete a un tribunal religioso; sentencia *Ploni*¹⁰⁹ v. *Tribunal Supremo Rabínico* de 2001¹¹⁰);
- Que los procedimientos de los tribunales rabínicos deben configurarse como un *due process*, sin poder excluir los testimonios de no judíos o conferirles un valor inferior (sentencia *Gabai v. Tribunal Supremo Rabínico* de 2002);
- Que toda la Institución Rabínica, y concretamente los Tribunales Rabínicos, se asienta en leyes ordinarias («*statutory bodies*» en la traducción inglesa), carentes de naturaleza constitucional o de cualquier valor reforzado (sentencia *Asiv-Osovlanski, Ltd. v. Rabinato Central* de 2003)¹¹¹.

sentido, ya que la definición como *Herem* se efectúa en relación con una determinada comunidad que no se reduce a aspectos exclusivamente religiosos, es considerada —la definición como *Herem*— un elemento de «no exclusividad» de la autoridad rabínica. En el Estado de Israel esta «no exclusividad», a la par de las implicaciones religiosas que contiene, es considerada por el TSI como una autorización para la intervención de la jurisdicción «laica», cuando el fundamento para haber considerado a alguien como *Herem* se asentó en el ejercicio de derechos resultantes de una Ley Fundamental.

¹⁰⁸ En 1998 el TSI (sentencia *David v. Tribunal Supremo Rabínico*) ya había decidido que las cuestiones relativas a la educación de los hijos, en caso de desacuerdo con los padres, no pertenecían a la jurisdicción rabínica.

¹⁰⁹ Los nombres *Ploni* o *Plonit* (femenino) son utilizados por los tribunales israelíes en el mismo sentido que *John Doe* o *Jane Doe* lo son en los tribunales norteamericanos: para ocultar la identidad de una parte en un proceso.

¹¹⁰ Debe anotarse que el TSI desde 1994, en una sentencia cuyo ponente fue el Presidente Aharon Barak, considera contrarias a la Ley Fundamental de la Dignidad Humana y Libertad, las prácticas discriminatorias basadas en la orientación sexual (*El-AI, Líneas Aéreas de Israel, Ltd. v. Jonathan Danilowitz*, cfr. www.ibiblio.org/gaylaw/issue2/stein.html).

¹¹¹ Cfr. el análisis de todas estas sentencias en Ran Hirschl, «Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism...», cit., pp. 1840/1843. Una cuestión destacable de esta índole, con la cual el Tribunal se enfrenta, aún sin ser mediante una sentencia, es la relativa al caso llamado «Mujeres del Muro», un grupo religioso feme-

Particularmente relevantes, en el conjunto de esta jurisprudencia activista y expansiva de los derechos fundamentales que caracteriza la década de la «revolución constitucional», son las sentencias relativas a asuntos de seguridad nacional, incluyendo la actuación de las Fuerzas Armadas en los llamados «territorios ocupados»¹¹². En un campo particularmente difícil, en una sociedad flagelada por el terrorismo, el TSI ha sabido mantener, en circunstancias a menudo impopulares, una línea coherente de defensa del Estado de Derecho y de sujeción de la actuación de todos los órganos de seguridad a un exigente respeto por los derechos humanos. Como enfáticamente afirmó el Presidente Barak, relatando la sentencia sobre los métodos de interrogatorio de los Servicios de Seguridad: «Estamos seguros de que esta sentencia [prohibiendo la «fuerza física» en los interrogatorios] no va a hacer más fácil combatir el problema del terrorismo. Esta es una característica de la democracia en la que escogimos vivir, donde no son aceptables todos los métodos, incluso aunque los empleen nuestros enemigos contra nosotros. En ocasiones una democracia debe luchar con una mano atada a la espalda [...]. Preservar el imperio de la ley y reconocer y defender los derechos humanos —particularmente los derechos de aquellos que no respetan los nuestros— constituye un elemento imprescindible de nuestro juicio acerca de las cuestiones de seguridad. A la postre, ese respeto refuerza nuestra razón y nos ayuda a superar las enormes dificultades a las que nos enfrentamos»¹¹³.

Pese a la circunstancia de que, en la sentencia del TSI, la prohibición del uso de cualquier tipo de fuerza física en los interrogatorios llevados a cabo por los servicios de seguridad se asentaba en el presupuesto formal de ausencia de legislación que reglamentase el interrogatorio de sospechosos de preparar atentados terroristas, interesa subrayar el sentido profundo de la argumentación del Tribunal¹¹⁴. En efecto, la

nino que reivindica el derecho a rezar como los hombres (con la parafernalia propia de las oraciones de éstos) pegados al «Muro Occidental» (v. Sarah Szymkowitz, *Women Of The Wall*, en www.jewishvirtuallibrary.org/jsource).

¹¹² Cfr. *Judgments of the Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law*, Israel Supreme Court (ed.), s. d., Jerusalén, libro prologado por el Presidente Aharon Barak («The Supreme Court and the Problem of Terrorism», pp. 9/22) que contiene la traducción inglesa de las más relevantes sentencias en esta materia, señaladamente el caso de los métodos de interrogatorio a los sospechosos de terrorismo por parte de los Servicios de Seguridad (sentencia *Comité Israelí Contra la Tortura v. Estado de Israel y Servicio de Seguridad General*, de 1994).

¹¹³ *Judgments of the Supreme Court...*, cit., p. 9.

¹¹⁴ V. «Text of Supreme Court Decision on GSS Practices (September 6, 1999), Judgement», disponible en www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Politics/GSSstext.

consideración de que sólo el Parlamento podría tratar el tema de los métodos de interrogatorio acentuó la dimensión de sujeción a la Ley de una cuestión que posee una importancia trascendente: la mera práctica, asentada en consideraciones de eficacia en la frustración de atentados, de los servicios de seguridad, no puede nunca sobrepasar la dimensión de legalidad (de sometimiento al principio de legalidad) que la actividad de estos servicios debe asumir. Añádase que el Tribunal afirma, de forma enfática, que si —y sólo si— algún día el Parlamento aprueba regular esta clase de prácticas, cabrá entonces —y sólo entonces— considerar si las mismas son conformes al marco constitucional y a los valores fundamentales del Estado de Israel¹¹⁵. De cualquier modo, teniendo presente el carácter inequívoco del pronunciamiento del Tribunal de que «a veces una democracia debe luchar con una mano atada a la espalda», no quedan dudas de cuál sería el sentido de una sentencia del TSI frente a esa hipotética posibilidad¹¹⁶.

Otra sentencia, delimitadora de una jurisprudencia rigurosa en el cumplimiento del principio de proporcionalidad de prácticas dictadas por razones de orden público, es la relativa al caso llamado «muro de seguridad» alrededor de los territorios del margen occidental del río Jordán (sentencia *Consejo Municipal de Beit Sourik v. Gobierno de Israel y Comandante de las Fuerzas de Defensa de Israel en el Margen Occidental*¹¹⁷). En esta sentencia, asimismo redactada por el Presidente Barak (que cita de nuevo el dilema de la «mano atada a la espalda»), el Tribunal afirma la necesidad de compatibilizar los intereses de seguridad de Israel con los derechos de las poblaciones árabes afectadas.

¹¹⁵ Recientemente la *Newsletter Malam* (escrita por antiguos miembros de los diversos servicios de información y seguridad israelíes) efectuaba un balance de la política (eufemísticamente designada) de los «interrogatorios con fuerza física», con anterioridad a su prohibición por parte del TSI, reconociendo que la cifra de atentados frustrados con ese instrumento no era diferente de la lograda sin él. La conclusión a la que llegan esos antiguos «oficiales de información» es que la eficacia en la prevención de atentados terroristas reside esencialmente en la política de «infiltración» en el «entorno» terrorista.

¹¹⁶ Cfr., interpretando de esta forma la posición del TSI, Jeremy Waldron, «Torture And Positive Law: Jurisprudence For The White House», en *Columbia Law Review*, Vol. 105, octubre de 2005, n.º 6, p. 1683 y Cass R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge, Nueva York, 2005, pp. 211/214.

¹¹⁷ V. «Israeli Supreme Court Judgement Regarding The Security Fence (June 24, 2004)», disponible en www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Peace/fencesct.

X. CONCLUSIÓN: ENTRE LA RELIGIÓN Y EL DERECHO, UN EQUILIBRIO INESTABLE

La creación del Estado de Israel —la creación de un Estado laico como Patria de los judíos de todo el mundo— supuso un enorme desafío a la naturaleza identitaria de la religión judaica, verdadera «patria portátil» de los judíos en dos milenios de diáspora. Y es que, con la supresión, acontecida en el año 70 de nuestra era, después de la Gran Sublevación contra Roma, de cualquier forma de soberanía judaica en la «Tierra de Israel» (*Eretz Yisrael*), las comunidades judías dispersas por el Mundo desarrollaron una especie de «soberanía portátil» de supervivencia de la identidad, pero también de integración, en las «tierras de los otros»¹¹⁸. Es por ello que, el judaísmo, más que de religión, asumió la naturaleza de una especie de «Ley personal» de los judíos, asentada, en primer lugar, en la *Torah*, desarrollada ya desde los primeros momentos de la diáspora, mediante el *Talmud*, y adaptada a la vivencia cotidiana de las comunidades judaicas a lo largo de los tiempos, a través de la «reglamentación» (*Takkanah*; plural *Takkanot*) emanada de los *Rabís*, es decir, de los agentes portadores de autoridad religiosa.

La recuperación, ya bajo la forma de un Estado moderno, de la soberanía perdida dos mil años antes —esto es, la realización fuera de un marco religioso de una utopía originariamente religiosa¹¹⁹— colocó, inexorablemente, el tema del (nuevo) Derecho creado fuera del área religiosa (además, rechazando para sí mismo cualesquier elemento de naturaleza religiosa). La respuesta por parte del *Rabinato* a esta cuestión se tradujo, paradójicamente, en la negación de naturaleza judaica alguna (esto es, la negación de la naturaleza de *Takkanot*) al Derecho del Estado de Israel. Los judíos (los judíos ciudadanos del Estado de Israel), empero, debían obediencia a éste basándose en el principio, establecido por la *halakhah* para los judíos de la diáspora, glosado en el aforismo «la Ley de la Tierra es la Ley» (*dina demalkuta dina*)¹²⁰, que expresa el principio, asentado en la idea de contrato social, de «pacto de integración» de la comunidad judía en la sociedad civil¹²¹.

¹¹⁸ V., David Hartman, «Foreword», en *The Jewish Political Tradition*, vol. I (*Autority*), Michael Walzer, Menahem Lorberbaum, Noam J. Zohar y Yair Loberbaum (eds.), Yale University Press, New Haven, Londres, 2000, pp. XIII/XV.

¹¹⁹ En esto se traduce la esencia del Sionismo de Theodor Herzl (v. Ernst Pawel, *The Labyrinth of Exile. A Life of Theodor Herzl*, Collins Harvill, Londres, 1990, p. 319).

¹²⁰ V. Daniel Sinclair, «Jewish Law...», cit., pp. 415/416.

¹²¹ V. David Novak, *The Jewish Social Contract. An Essay in Political Theology*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2005, pp. 91/123.

No obstante, como se ha visto a lo largo de este trabajo, el Estado de Israel no ha sido (no puede ser) indiferente a la religión judía, a la citada «patria portátil» y, más que eso, al elemento fundamental de la propia existencia de este Estado. Pero el proyecto de creación de un «Hogar Nacional» para los judíos dispersos por el mundo¹²², el proyecto del sionismo moderno pensado por Theodor Herzl (1860-1904), tiene su génesis en un fenómeno específico, ocurrido a finales del siglo XVIII en las comunidades judaicas de la diáspora europea, denominado *Has-kalah (Ilustración)*, ligado al filósofo Moses Mendelssohn (1729-1786), que abogaba por la salida del «gueto psicológico» y por la integración de los judíos en las sociedades donde vivían. Esta especie de Movimiento de Reforma en el seno del judaísmo generó, en el contexto europeo, generaciones de judíos ilustrados, a los cuales el recurrente fenómeno del antisemitismo les llevó a proyectar la concreción de su identidad judaica en una utopía posible de retorno al lugar mítico de origen —la Tierra de Sión—.

Sin embargo, estos judíos eran profundamente europeos (probablemente, antes que judíos) y, si asociáramos el ser europeo a los valores de la Ilustración, podríamos decir incluso que los sionistas fundadores de la utopía que se concretó en 1948 estaban más próximos al espíritu europeo que los propios europeos de los años veinte y treinta del siglo XX. Por ese motivo se explica que Israel haya nacido como una democracia y nunca haya necesitado —contrariamente a lo que sucedió tan tardíamente en Portugal— emprender una transición democrática.

En el supuesto que, específicamente, nos ocupa, el de la construcción de un poder judicial independiente, también encontramos una explicación —por lo demás, creo que se trata de la principal explicación— en las características de aquellos a quienes incumbió construir esa porción del Estado de Israel: sus primeros jueces. Podemos percibirlo perfectamente leyendo el relato de Hannah Arendt sobre el juicio de Adolf Eichmann en Jerusalén en 1960. Ben Gurion, que había ordenado secuestrar a Eichmann para juzgarlo en Israel, tenía en mente un «juicio-espectáculo», y —dice Hannah Arendt— «Ben Gurion, a quien con razón se le llamó el «arquitecto del Estado», es el director de escena invisible de este proceso. No asiste a una sola sesión; en el tribunal, habla a través de la voz de Gideon Hausner, el Fiscal General, que re-

¹²² «Hogar» que, contrariamente a lo que afirmaba Ben Gurion, no se situaba «en una tierra sin un pueblo», aunque también estuviese destinada al «pueblo sin tierra» que los judíos constituían (la frase de Ben Gurion definía a Palestina como «una tierra sin pueblo para un pueblo sin tierra»).

presenta al Gobierno y da lo mejor de sí para obedecer al maestro. Y si, felizmente, su calidad no siempre es suficiente, se debe al hecho de que este juicio estaba presidido por un hombre [el juez Moshe Landau] que sirve a la Justicia tan fielmente como el Sr. Hausner sirve al Estado de Israel»¹²³. Fueron hombres como Moshe Landau, Benjamín Halevi y Yitzachak Raveh, los tres jueces que juzgaron a Eichmann, la «materia prima» de la que disponía el Estado de Israel para construir su poder judicial independiente, pero fueron también otros hombres los que, como Ben Gurion, construyendo una sociedad democrática, garantizaron un Estado de Derecho. Un Estado a prueba incluso de sí mismo.

Title

From secondary actor to starring: the Supreme Court and the «Constitutional Revolution» in Israel.

Abstract

The aim of this paper is to analyze the meaning of the Constitutional Revolution in the State of Israel. From this point of view, we analyze the constitutional position of the Supreme Court in the political system. This position has experienced an important change: in the past it was a secondary institution of the State of Israel, now it is a protagonist of the constitutional system. In this work we explain how the Supreme Court appears as the last guardian of the Zionism, that interprets the foundation of the State of Israel as a lay democracy. From this perspective, we also analyze the State - Synagogue relations.

Key words

Israel, Constitutional Justice, Lay Democracy, Supreme Court.

¹²³ Hannah Arednt, *Eichmann em Jerusalén. Uma reportagem sobre a banalidade do mal*, trad. portuguesa, introd. de António de Araújo y de Miguel Nogueira de Brito, Tenacitas, Coimbra, 2003, p. 57.