

Estado bajo ocupación, derecho sin soberanía

Apuntes sobre el ordenamiento jurídico palestino

State under occupation, law without sovereignty

Notes on the Palestinian legal system

*Marcelo Marzouka**

Resumen

En este trabajo se analiza el desarrollo del derecho en Palestina desde un enfoque histórico, observando la influencia jurídica e institucional del Islam, el Imperio turco otomano desde las reformas del *Tanzimat*, así como los efectos del Mandato británico y las sucesivas ocupaciones de los Territorios Palestinos durante el siglo XX. Se sugiere el surgimiento de un derecho propiamente palestino desde la creación del Consejo Legislativo Palestino en 1995, y se discute la naturaleza de este derecho a raíz de la limitada soberanía que puede ejercer este pueblo, su estado actual de la legislación palestina y algunas prácticas de acceso a la justicia.

Palabras clave: historia, soberanía, ocupación, derecho palestino.

Abstract

This article analyzes the development of law in Palestine from a historic perspective, observing the legal and institutional influence of Islam, the Turkish Ottoman Empire since the *Tanzimat* reforms, as well as the effects of the British Mandate and the successive occupations of the Palestinian Territories during the 20th century. The appearance of a proper Palestinian law is suggested to happen starting from the creation of the Palestinian Legislative Council in 1995, discussing its legal nature, given the limited sovereignty that this people can exercise, its current state-of-art and some social practices of access to justice.

Key words: history, sovereignty, occupation, law Palestinian.

Artículo recibido: 10/02/2018

Apertura del proceso de dictaminación: 19/03/2018

Artículo aceptado: 31/ 07/2018

* Coordinador de Investigación. Programa de Negociación de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile [mcmarzouka@uc.cl] [marcelo.marzouka@gmail.com].

Durante las últimas dos décadas, el ordenamiento jurídico palestino ha experimentado un proceso de actualización y modernización nunca antes visto. A través del Consejo Legislativo Palestino, esta nación ha creado nuevas normas e instituciones en distintos ámbitos jurídicos, destacando la profundización de la legislación palestina en materias comercial y tributaria, dirigida a dotar a los Territorios Palestinos de una institucionalidad que permita fomentar el crecimiento económico y atraer la inversión extranjera.

Lo particular de la situación palestina es que, sin ejercer plenamente la soberanía nacional a través de un Estado, existe un órgano palestino encargado del proceso legislativo, el Consejo Legislativo Palestino, el cual actúa ejerciendo la función que tiene un Parlamento o un Congreso en las legislaciones en las que existe un Estado.

Lo anterior se da en un contexto de fragmentación territorial, política y jurídica, que tiene profundas raíces históricas. En este sentido, el derecho palestino se constituye como una amalgama compuesta por las normas heredadas de la *Shari'a* islámica, el Imperio turco otomano, el Mandato británico, la ocupación jordana en Cisjordania y la ocupación egipcia en la Franja de Gaza, así como por las disposiciones actuales de la ocupación israelí y las normas palestinas dictadas por el Consejo Legislativo Palestino.

Como veremos, actualmente en parte de los Territorios Palestinos funciona un derecho palestino con normativas claras y una institucionalidad vigente. Sin perjuicio de ello, los antecedentes muestran que la población palestina desconfía de las instituciones formales de administración de justicia, lo que la hace proclive a buscar métodos alternativos de solución de conflictos, tales como la *sulha*, a través de los jefes de cada familia.

Nuestro objetivo es analizar la historia y naturaleza del ordenamiento jurídico palestino, intentando responder a la pregunta de investigación referida a si la legislación palestina puede ser entendida como derecho, a pesar de que el Estado de Palestina no ejerza plenamente la soberanía nacional y se encuentre bajo una prolongada ocupación. Para ello, a través de la revisión de fuentes bibliográficas históricas y jurídicas, se analiza la identidad nacional palestina, y se describe la historia de sus colonizaciones y ocupaciones, junto con su efecto en el estado actual de la legislación. Luego, se ofrece una discusión sociológica sobre la legislación palestina, para intentar responder la pregunta de investigación.

PALESTINA: IDENTIDAD Y TIERRA

Con una identidad profundamente local y fuertemente arraigada en, primariamente, la familia y el clan, y luego en el pueblo de origen, y en la religión, la construcción de la identidad nacional palestina ha integrado diferentes variables y discursos.

Para inicios del siglo XIX, la sociedad de la Palestina Histórica era rural y sus habitantes se entendían a sí mismos principalmente a partir de su pueblo o ciudad de origen y de su pertenencia a alguna religión.¹ Sin embargo, durante el transcurso de ese siglo puede observarse el surgimiento de una identidad nacional palestina, lo cual se desarrolla en la misma época de la construcción de los varios nacionalismos americanos y europeos.

Al respecto, Khalidi señala como hito referencial fundamental la aparición de periódicos a fines del siglo XIX e inicios del XX.² El primero del que se tiene registro es *Al Quds Al Sharif*, fundado en 1876 como un boletín oficial de las autoridades otomanas en Palestina, el cual contenía una sección en idioma árabe y otra en turco. No obstante, no es sino a inicios de 1900 que aparecen publicaciones palestinas con claras referencias nacionalistas en sus escritos y declaraciones. Los más destacados son *Al Karmil*, iniciado en Haifa en 1908 por Najib Nassar, y *Filastin*, establecido en Jaffa en 1911 por los primos Issa Al Issa y Yusuf Al Issa. Es así como en los albores del siglo XX, la prensa fue fundamental en el desarrollo cultural y político palestino, permitiendo afianzar la cohesión identitaria de un pueblo fuertemente arraigado en las lealtades locales.

La identidad nacional palestina, heredera de los pueblos que a lo largo de los milenios se establecieron en la zona, es también influenciada por los eventos de inicios del siglo XX: el impacto de la Primera Guerra Mundial, la caída del Imperio turco otomano, la instauración del Mandato británico y la Declaración Balfour de 1917.

Además, la irrupción del sionismo en el escenario árabe a inicios del siglo XX y la *Nakba* de 1948, constituyeron procesos traumáticos que también influyeron en la configuración de la identidad palestina actual.³ Probablemente sea por eso que ésta se encuentra cargada de elementos simbólicos de la experiencia traumática de exilio y desposesión: *kufiya* (pañuelo tradicional), *fedayín* (combatiente), *shahid* (mártir), *Nakba* (catástrofe), *Intifada* (levantamiento) y

¹ Rashid Khalidi, *Palestinian Identity: The Construction of Modern National Consciousness*, Estados Unidos, Columbia University Press, 2009.

² *Ibid.*, p. 120.

³ *Ibid.*, p. 97.

Al Aqsa;⁴ todos conceptos con algún componente de sacrificio y sufrimiento, los cuales son elementos que impregnan actualmente la identidad palestina.

Por otro lado, la identidad palestina –y también la árabe– se encuentra marcada por la añoranza de un pasado distante glorioso (la del Imperio islámico) y un pasado cercano glorioso (el panarabismo bajo el liderazgo de Yamal Abdel Nasser), pero también por la derrota de la Guerra de los Seis Días en 1967 (*Naksa* o retroceso).

De esta manera, en la identidad palestina se funden elementos de las identidades locales, con la religión y el panarabismo, además del trauma propio de la *Nakba*, la *Naksa* y sus consecuencias. Es por esto que, especialmente luego de 1948, la identificación con la tierra ha sido resignificada en el imaginario colectivo palestino: la pertenencia a la tierra ya no es solamente esa tierra cultivada por y en una sociedad rural, sino que es esa *idea* sobre la tierra que solían cultivar los antepasados, y que ahora es recordada por una sociedad exiliada y fragmentada. De esta forma, hoy en día, donde sea que un palestino nazca, él o ella es de la ciudad palestina de origen de su familia, pues es ese el lugar en que sus antepasados consolidaron su identidad cultural.⁵

Con el transcurso de la segunda mitad del siglo XX, la identidad palestina devendrá cada vez más en políticamente cargada, a raíz de la ocupación israelí de los Territorios Palestinos a partir de 1967 y la experiencia de las dos Intifadas. Sin embargo, con el fracaso posterior de los procesos de paz durante las décadas de 1990 y 2000, la monopolización y el fraccionamiento de la política nacional palestina por parte de las viejas élites,⁶ y la influencia de la globalización y el desencanto posmoderno, el sujeto nacional palestino se ha despolitizado, y ha pasado a concentrarse en las esferas cultural y económica.

Lo anterior es importante si entendemos el derecho como expresión de la historia, así como del sentir y pensar colectivo. En este sentido, “[l]a cultura legal de un pueblo es una mezcla multifacética de instituciones, doctrinas, prácticas y estructuras que están envueltas con el desarrollo histórico del área”.⁷

⁴ Martín Martinelli, “La construcción de la identidad nacional palestina”, *Revista Digital de la Escuela de Historia de la Universidad Nacional de Rosario*, vol. VIII, núm. 18, Argentina, Universidad Nacional de Rosario, 2016, pp. 25-48.

⁵ *Ibid.*, p. 205.

⁶ Bader Zamareh e Ibrahim Abu Kamesh, *Palestinian Youth and Political Parties: From a Pioneering Engagement with Political Parties to Fear and Disappointment*, Palestina, Sharek Youth Forum, 2010.

⁷ Viktoria Wagner, *Palestinian Judiciary and the Rule of Law in the Autonomous Areas. An Introduction*, Palestina, Palestinian Academic Society for the Study of International Affairs (PASSIA), 2010, p. 29.

Por esto sostenemos que, incluso para las partes del derecho nacional que hayan sido impuestas en situaciones de colonización a cierto pueblo, con el pasar de las décadas aquél termina por ser resignificado y readecuado a la realidad e idiosincrasia locales, reflejando muchos de sus elementos identitarios y, además, termina por configurar y condicionar diversos aspectos de la vida cotidiana del pueblo en cuestión.

OCUPACIONES JURÍDICAS

En consecuencia, para entender la situación actual del derecho en Palestina, resulta necesario conocer sus fuentes y distintas tradiciones que han ocupado el territorio palestino.

El derecho islámico o Shari'a

Se constituye como su primera fuente inspiradora, similar a lo que sería el derecho romano para las legislaciones de América Latina y de Europa Occidental. Claro que la importante presencia cristiana palestina también se hace presente en el derecho, pero, como veremos, ello se limita a las materias de derecho de familia y derecho sucesorio, con el derecho canónico cobrando relevancia, aplicándose según las distintas ramas del cristianismo al cual pertenezcan las partes del asunto jurídico.

En las sociedades islámicas, el concepto de derecho tiene un significado más amplio que el comprendido en Occidente, dado que abarca no sólo normas de carácter puramente jurídicas, sino que también normas de carácter moral. De esta forma, la *Shari'a* implica cierta unión y cohesión entre lo social y lo religioso. *Shari'a* significa literalmente "camino a seguir" y aspira a establecer las leyes y formas de vida prescritas por Dios para las personas, incluyendo los derechos y deberes de cada musulmán. De ahí que en el derecho islámico cobre relevancia el concepto de *fiqh*, entendido como el esfuerzo realizado por las personas para actuar conforme a estos preceptos, los cuales se desprenden del Corán y la *Sunna*.

Existen cinco escuelas jurídicas en el derecho islámico (*madahib*): cuatro suníes y una chiita. Cada escuela reconoce las conclusiones de las demás como legítimas y dentro del marco del Islam, y entre éstas existe unanimidad respecto a cuáles son las fuentes del derecho islámico. Las dos primeras son fuentes documentales: el Corán y la *Sunna*. Las últimas dos (la *iyyah*

y la *iymā*) son fuentes indirectas, a las que no se les atribuye el carácter de infalibilidad.

Para la tradición islámica, el Corán es entendido como la revelación de la voluntad de Dios:

Contiene algunos mandatos específicos, por ejemplo en relación con el matrimonio y la división de la propiedad de un musulmán después de la muerte, pero éstos tienen un carácter limitado, y casi siempre la voluntad de Dios se expresa por referencia a principios generales. Los mandatos y los principios se refieren tanto a los modos en que los hombres deben venerar a Dios como a los modos en que deben actuar unos frente a otros, si bien hasta cierto punto nos hallamos aquí ante una distinción artificial, pues los actos del culto tienen un aspecto social, y los actos de justicia y caridad en cierto sentido también están dirigidos a Dios.⁸

Por su parte, la *Sunna* está compuesta de los hadices que señalan la forma en que supuestamente Mahoma actuó o habló. La tercera fuente es la *iytihad*, que corresponde a la opinión individual responsable de los jurisconsultos islámicos, utilizada cuando un asunto jurídico no está resuelto en las primeras dos fuentes. Una cuarta fuente lo constituye la *iymā*, que se refiere a la costumbre de una comunidad. Al respecto, Albert Hourani destaca: “Cuando había acuerdo general como resultado de este ejercicio de la razón, podría entenderse que el consenso (*iymā*) tenía jerarquía de la verdad cierta e incuestionable”.⁹ Por su parte, particularmente para los chiíes, el consenso de la comunidad es válido únicamente si el imam estaba incluido.

Sin perjuicio de lo anterior, las *madahib* debaten respecto a la predominancia entre las últimas dos fuentes (*iytihad* e *iymā*): la escuela hanafí, fundada por el estudioso Abu Hanifa (699-767), es la más difundida de todas y la hegemónica en la zona del Levante; para aquélla, la *iytihad* (pensamiento libre y responsable de los jurisconsultos) es más importante que la *iymā* (costumbre de la comunidad). La escuela malikí, iniciada por Malik Ibn Anás (712-795), se destaca por el lugar privilegiado que le dan a la Sunna de Mahoma, junto a la cual también consideran los actos y dichos de sus compañeros. La escuela shafí, fundada por Muhammad Al Shafi (767-820), discípulo de Malik, reconoce la *qiyá* (razonamiento analógico), pero solamente basado en el Corán y en la Sunna; consideró como fuente importante del Derecho a la *iymā*, en tanto consenso general en cuestiones esenciales. Por su parte, la escuela hanbalí

⁸ Albert Hourani, *La historia de los árabes*, Aníbal Leal (traductor), España, Zeta Ediciones, 2010, p. 96.

⁹ *Ibid.*, p. 99.

se caracteriza por el lugar esencial que le entregan a la *Sunna* de Mahoma, así como por su desconfianza en la *qiyá* y por su concepción restrictiva de la *iymá*, la cual reducen exclusivamente a los acuerdos de los compañeros de Mahoma.¹⁰

En definitiva, el derecho islámico influye de forma importante el espíritu de la legislación palestina, especialmente desde la escuela hanafí y en materias relacionadas con los contratos y las obligaciones entre las personas. Asimismo, es una fuente relevante en materias de familia y derecho sucesorio, al igual que el derecho canónico, puesto que estos asuntos se rigen por la ley que corresponda según la religión de las partes involucradas.

El Imperio turco otomano

Dominó Palestina de 1517 a 1917, imponiendo su estructura administrativa y jurídica. Habiendo aplicado el derecho islámico, inspirado en la escuela hanafí (la más liberal de todas), este Imperio emprendió una serie de reformas jurídicas en 1839, conocidas como la *Tanzimat*, que influyeron fuertemente en la región.

La *Tanzimat* se genera a raíz de la necesidad otomana de modernizar su estructura estatal y de incorporarse al intercambio económico moderno, producto de “la presión extranjera para obligar a los otomanos a las reformas, junto con la voluntad otomana de querer participar en este proceso, ya que mal que mal, las fuentes al respecto surgieron de pactos, tratados y convenciones diplomáticas, no de imposiciones de forma directa producto de alguna derrota militar”.¹¹

Estas reformas implicaron una modernización en diversas áreas: lenguaje, creando el más simplificado “nuevo otomano”; economía, a partir de la impresión de billetes en 1840; burocracia estatal, creando un Ministerio de Salud y uno de Educación, incorporando documentos oficiales de identidad; ejército, estableciéndose un servicio militar moderno y regulado (que ponía fin al rapto de niños para estos fines); símbolos nacionales, creando una bandera e himno nacional; entre otros procesos.¹²

¹⁰ *Ibid.* Véase también Slim Laghman, “Las escuelas jurídicas del Sunismo”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. VII, España, Universidad Pablo de Olavide, 2012, pp. 43-50.

¹¹ Sebastián Salinas, “Tanzimat en el Imperio otomano en una perspectiva global”, tesis para optar al grado de magíster en historia, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2016, p. 136.

¹² *Ibid.*, p. 143. Véase también Gudrun Kramer, *Historia de Palestina. Desde la conquista otomana hasta la fundación del Estado de Israel*, España, Siglo XXI Editores, 2006, p. 71.

Este proceso significó que, para el derecho civil, se definiera un Código que rescataba conceptos del derecho islámico, pero que lo actualizaba con elementos seculares del derecho francés. En cambio, los recién creados Códigos Penal y de Comercio, también se basaron en el derecho francés, pero fueron desprovistos completamente de su carácter islámico.

La ocupación británica

Gran Bretaña ocupó Palestina militarmente en 1917, e implementó la administración civil en 1920 como un Mandato tipo A. Entre estos tres años, de la mano del general Allenby se establecieron “la mayoría de las prácticas y estructuras legales que en adelante caracterizarían a Palestina”.¹³

Inicialmente, la política británica fue la de mantener lo más posible la tradición y costumbre jurídica, mientras no fueran contrarios al orden público y a la administración del territorio. No obstante, a los pocos años se empezaron a implementar grandes modificaciones en el derecho civil, penal, comercial y marítimo de Palestina, especialmente en aquellas partes en que los Códigos otomanos habían seguido el modelo francés. Con esto, se reemplazaron aquellas disposiciones, con otras que estuvieran en concordancia con el *common law* inglés.¹⁴

Por otra parte, los británicos se encargaron de modernizar considerablemente la estructura del Poder Judicial palestino: mantuvieron la existencia de las Cortes de Magistratura locales (que constituían la primera instancia de los asuntos menores), creadas en la época otomana. También, reformularon las Cortes de Distrito (que constituían la primera instancia de los asuntos de mayor envergadura y servían de instancia de apelación para las Cortes de Magistratura locales). Asimismo, la Corte de Apelaciones existente fue elevada a la categoría de Corte Suprema, con asiento en Jerusalén. Mientras tanto, el Consejo Privado (órgano asesor al gobierno británico) formó un Comité Judicial que cumpliría la función de Corte de Apelaciones.

En cuanto a la composición de los tribunales, “[a]lgunos jueces británicos fueron designados a las Cortes de Distrito y a la Corte Suprema, la que funcionaría con dos jueces británicos y cuatro palestinos”.¹⁵ Instalándose

¹³ Viktoria Wagner, *Palestinian Judiciary and the Rule of Law in the Autonomous Areas. An Introduction*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, p. 35.

en los asientos de los Tribunales Mayores, los británicos lograron influir en las prácticas judiciales palestinas. Sin embargo, la tradicional relevancia que tiene el precedente judicial en el *common law* inglés, no logró permear en la cultura jurídica palestina, la cual conservó la importancia que se le da a la norma misma en las tradiciones islámica y otomana.

Estas reformas, si bien fueron beneficiosas para estructurar un sistema judicial, fue hecho desde un punto de vista y acción enormemente paternalista y orientalista, basándose en la ideología que estructuraba los mandatos británicos y franceses en Asia y África como mecanismos de civilización frente a pueblos considerados bárbaros, violentos y atrasados, por un lado, pero, por el otro, también poseedores de una cultura exótica, sensual y misteriosa.¹⁶ Poca atención se le entregó a la cultura e identidad local palestina en la reformulación del derecho sustantivo y procesal, y en la reestructuración de la administración de justicia, sino que más bien, los europeos proveyeron instituciones jurídicas que les resultaban más cómodas y que provenían de sus propias tradiciones jurídicas. Es por esto que “la ley británica pasó a ser el trasfondo de cualquier nueva ley que se promulgara en Palestina”.¹⁷

La ocupación jordana en Cisjordania

Luego de la primera Guerra Árabe-Israelí de 1948 y la *Nakba* palestina, el reciente Estado de Israel se crea en 78% de la Palestina Histórica.¹⁸ Junto con ello, el Reino Hachemita de Jordania (en ese entonces Transjordania) pasa a ocupar Cisjordania (Ribera Occidental del Jordán) y Egipto ocupa la Franja de Gaza.

Al iniciarse la ocupación jordana, todas las leyes vigentes en Cisjordania al 15 de mayo de 1948 se mantuvieron de esta forma, mientras no contradijeran la Ley de Defensa jordana de 1935. Más aún, en 1950 se promulgó una ley que estableció que “las leyes y regulaciones que se encuentran vigentes en cada una [de las dos Riberas] se mantendrán en efecto hasta que nuevas leyes

¹⁶ Edward Said, *Orientalismo*, España, Debolsillo, 2003.

¹⁷ Viktoria Wagner, *Palestinian Judiciary and the Rule of Law in the Autonomous Areas. An Introduction*, op. cit., p. 34.

¹⁸ Phyllis Bennis, *Understanding the Palestinian-Israeli Conflict: A Primer*, Estados Unidos, Olive Branch Press, 2012, p. 14. Martin Bunton, *The Palestinian-Israeli Conflict: A Very Short Introduction*, Inglaterra, Oxford University Press, 2013, p. 53. Albert Hourani, *La historia de los árabes*, op. cit., p. 435. Nur Masalha, *The Politics of Denial: Israel and the Palestinian Refugee Problem*, Inglaterra, Pluto Press, 2003, p. 28.

unificadas y universales para ambas sean expedidas".¹⁹ A raíz de esto, una parcial y paulatina armonización entre los regímenes jurídicos de Jordania y Cisjordania fue sucediendo a través de la práctica legislativa jordana.

En cuanto al Poder Judicial, muchos de los jueces cisjordanos de la época se perfeccionaron en Siria o en el Líbano, con lo que el sistema de administración de justicia se vio influenciado por el sistema continental francés. Esto significó que la influencia judicial británica fuera en declive, entregándosele cada vez mayor importancia a las sentencias de los jueces como precedente y fuente del derecho para futuros casos.

Por otro lado, se mantuvieron las Cortes de Magistratura locales, que se encargaban de conocer de los asuntos civiles menores y de los delitos penales menores; mientras que las Cortes de Primera Instancia regular se encargaron de los asuntos civiles y penales de mayor cuantía. Se estableció una Corte de Apelaciones en Ramallah, sobre la cual se ubicaba una Corte de Casación²⁰ que funcionaba en Amman.²¹

La ocupación egipcia en la Franja de Gaza

En contraste con Jordania, Egipto se consideró a sí mismo como un administrador temporal de la Franja de Gaza, en tanto territorio perteneciente al pueblo palestino. En consecuencia, Egipto mantuvo el sistema legal palestino basado en los regímenes otomano y británico. En razón de esto, la legislación promulgada fue principalmente procesal y administrativa.²²

Por su parte, la estructura judicial gazatí, durante las casi dos décadas de ocupación egipcia, se mantuvo relativamente similar a la cisjordana, conservando gran parte de la orgánica británica. Quizá la diferencia más notoria sea que el máximo tribunal de la estructura judicial gazatí se mantuvo en Gaza, en vez de trasladarse, por ejemplo, a El Cairo, dado que la Corte de Apelaciones de Gaza cumplía también funciones de Corte Suprema.²³

¹⁹ Anis Kassim, Anis, "Legal System and Developments in Palestine", *The Palestine Yearbook of International Law Online*, vol I, núm. 1, Palestina, Universidad de Birzeit, 1984, p. 28.

²⁰ Esta Corte tenía la función de uniformar el derecho cuando han ocurrido fallos contradictorios. Actualmente, y dada la situación política palestina, la función de casación es cumplida por la Corte de Apelaciones en Cisjordania, y por la Corte Suprema en Gaza.

²¹ Raja Shehadeh, *From Occupation to Interim Accords: Israel and the Palestinian Territories*, Países Bajos, Kluwer Law International, 1997, p. 63.

²² Viktoria Wagner, *Palestinian Judiciary and the Rule of Law in the Autonomous Areas. An Introduction*, op. cit., p. 36.

²³ *Ibid.*, p. 38.

La ocupación israelí

A partir de 1967 las administraciones jordana y egipcia fueron reemplazadas por dos administraciones militares israelíes, separadas orgánicamente. En Cisjordania, el comandante regional israelí asumió todos los poderes que anteriormente tenía el rey de Jordania y el Consejo de Ministros. En consecuencia, siguiendo las líneas dadas por la Constitución jordana, podría “determinar la división administrativa de la región, formar departamentos gubernamentales y establecer sus sedes, títulos, formas de administración, así como contratar y despedir a sus empleados, asignar sus autoridades y funciones”.²⁴ En la Franja de Gaza, el comandante regional israelí tenía similares potestades.

Tal concentración de poderes significaba que las órdenes militares que las autoridades israelíes dictaran tenían el estatus de ley obligatoria, lo cual iba en directa contravención de la Cuarta Convención de Ginebra que, en su artículo 64, establece:

Permanecerá en vigor la legislación penal del territorio ocupado, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la Potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio. A reserva de esta última consideración y de la necesidad de garantizar la administración efectiva de la justicia, los tribunales del territorio ocupado continuarán actuando con respecto a todas las infracciones previstas en tal legislación.

Esto significa que al Estado ocupante no le está permitido modificar la legislación penal vigente en el territorio ocupado, a menos que sea necesario para permitirle “cumplir las obligaciones de la presente Convención, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante, sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación” (artículo 64, inciso segundo).

A pesar de esto, con la expedición de la Orden Militar israelí 412, del 5 de octubre de 1970, todo el sistema judicial civil de Cisjordania pasó al control de la administración militar israelí. Asimismo, la existencia de una administración militar del ocupante a cargo de promulgar las leyes, privó a los palestinos, entre muchas otras cosas, de un gobierno que revisara y actualizara el ordenamiento jurídico. Más aún, el establecimiento de un sistema

²⁴ *Ibid.*, p. 84.

de Cortes Militares Israelíes arrebató a los tribunales palestinos la mayoría de su competencia para materias penales, la que fue entregada a los tribunales militares del Estado ocupante.

En consecuencia, desde junio de 1967 hasta la primera sesión del Consejo Legislativo Palestino en marzo de 1996, no hubo mayor avance en la legislación en Palestina, la cual se limitó a la expedición de las Órdenes Militares israelíes. Éstas se referían fundamentalmente a la administración del territorio palestino ocupado por parte del Estado de Israel, y trataban principalmente materias procesales, administrativas, penales y militares.

Los inicios de la legislación palestina

Las primeras disposiciones jurídicas que podrían considerarse propiamente palestinas corresponden a los Acuerdos de Oslo, firmados entre la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) y el Gobierno de Israel entre 1993 y 1995: 1) la Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno Autónomo Provisional (también llamado Oslo I, firmado el 13 de septiembre de 1993), 2) el Acuerdo Israelo-Palestino sobre la Franja de Gaza y Jericó (firmado el 4 de mayo de 1994), y 3) el Acuerdo Interino Israelo-Palestino sobre Cisjordania y la Franja de Gaza (también llamado Oslo II o Acuerdo de Taba, firmado el 28 de septiembre de 1995).

Estos tres documentos tuvieron por objetivo establecer las bases de un eventual Estado palestino, contemplando la creación de un organismo de gobierno provisional para los Territorios Ocupados Palestinos, el cual recibió el nombre de Autoridad Nacional Palestina (ANP). Además, los dos últimos acuerdos se refieren a la relación que se establecería entre la OLP e Israel, y entre este último y la Autoridad Nacional Palestina; también regulan la relación entre los nacionales israelíes y la Autoridad Nacional Palestina .

El Acuerdo Gaza-Jericó presta considerable atención a la seguridad, regulando el establecimiento de una Fuerza Policial palestina. Mientras tanto, el Acuerdo Oslo II establece y regula la estructura, funciones y procedimientos del Consejo Legislativo Palestino. Ahí se establece que este organismo tendrá jurisdicción territorial en las áreas A y B de los Territorios Palestinos Ocupados, en tanto que Israel retendría la jurisdicción en el área C.

Sin duda, el establecimiento de un Consejo Legislativo Palestino (CLP) significó un hito fundacional en el derecho palestino, pues por primera vez este pueblo tendría un organismo propio con competencia para hacer las leyes que se aplicarían en su territorio. Sus primeras elecciones se realizaron el 20 de enero de 1996 y sesionó por primera vez el 7 de marzo de ese mismo año.

Cumpliendo la función de un Congreso, actúa como legislador, a través de la dictación de las leyes aplicables a las áreas A y B de los Territorios Palestinos, pues en las áreas C rigen las Órdenes Militares israelíes y las disposiciones jurídicas previas a 1967.

Sin perjuicio de lo anterior, luego de dos décadas de funcionamiento en una situación de *statu quo*, las limitaciones del Consejo Legislativo Palestino son claras.

LA FRAGMENTACIÓN PALESTINA

La realidad actual de Palestina es la fragmentación territorial, política y jurídica. Territorialmente, lo que es reconocido como territorio palestino se encuentra dividido en dos: la Franja de Gaza y Cisjordania. A esto se suman los constantes esfuerzos israelíes por consolidar una división en Cisjordania entre el norte, centro y sur, y especialmente entre la ciudad de Jerusalén Este y el resto de Cisjordania: puntos de control, asentamientos ilegales²⁵ y un Muro de separación son los elementos territoriales tangibles de esta política, además de otros dispositivos de control aplicados directamente a las personas, como la detención administrativa y la existencia de una red de colaboradores dentro de la sociedad palestina.

Esta fragmentación territorial tiene también una consecuencia en el desarrollo de la identidad palestina y en cómo ésta es vivida entre los distintos palestinos del mundo: los gazatíes, los cisjordanos, los jerosolimitanos, los palestinos-israelíes, los palestinos en otros países árabes y los palestinos fuera del Mundo Árabe.²⁶ La palestinidad es vivida de forma distinta en cada uno de esos casos, estando fuertemente marcadas por sus particulares experiencias, historias colectivas, traumas heredados y las influencias de los lugares en los que cada uno habita. Lo anterior tiene como consecuencia, especialmente para los palestinos que viven fuera de los Territorios Palestinos Ocupados y de Israel, que resulte difícil definir una palestinidad sin aludir a las identidades locales de los lugares en los que habitan, las cuales se funden para crear identidades colectivas distintas.

Políticamente, la sociedad palestina se encuentra en un estado de desilusión de los líderes y partidos tradicionales,²⁷ a lo que se suman las dificultades para

²⁵ Los asentamientos israelíes en territorio palestino son ilegales según el artículo 49 de las IV Convenciones de Ginebra.

²⁶ Rashid Khalidi, *Palestinian Identity: The Construction...*, op. cit.

²⁷ Bader Zamareh e Ibrahim Abu Kamesh, *Palestinian Youth and Political Parties: From a Pioneering Engagement with Political Parties to Fear and Disappointment*, op. cit., p. 9.

la aparición de nuevos liderazgos, no sólo por las políticas de amedrentamiento político de Israel,²⁸ sino que también por los obstáculos existentes dentro de la estructura de los partidos políticos palestinos, su reticencia a aceptar opiniones divergentes dentro de sus miembros,²⁹ y la represión propia de la Autoridad Nacional Palestina hacia sus críticos.

Jurídicamente, la legislación palestina resulta de la sucesiva combinación de las tradiciones jurídicas de las múltiples administraciones que han ocupado la región desde el término de la Edad Media: otomanos, británicos, jordanos, egipcios e israelíes. Con distintas tradiciones y sistemas jurídicos, todas las anteriores han dejado una marca en el sistema legislativo palestino.

En ese sentido, la fragmentación territorial y política han significado una evidente dificultad para refundar un derecho palestino propiamente tal, a pesar de los intentos de las autoridades palestinas desde mediados de la década de 1990. Al respecto, Viktoria Wagner explica que “[l]a falta de fronteras territoriales, políticas y jurisdiccionales que ha definido al pueblo palestino y a su cultura legal, es indicativa del presente estado de su orientación legal y organización administrativa, la cual fluye desde múltiples fuentes del derecho y de variadas tradiciones jurídicas”.³⁰

De esta forma, la fragmentación palestina también se ve reflejada en su derecho, el cual se encuentra profundamente influenciado por las tradiciones jurídicas de las administraciones ocupantes y que, recién durante las últimas dos décadas, ha emprendido un camino de reordenamiento y ajuste a la identidad y realidad palestinas.

Aun así, sería un error pensar que esto implica que el derecho que se aplica en Palestina es una mera amalgama confusa de leyes traídas desde distintos tiempos y colonizadores. Lo cierto es que, pese a su poca organicidad,

²⁸ Lisa Hajjar, *Courting Conflict. The Israeli Military Court System in the West Bank and Gaza*, University of California Press, Inglaterra, 2005. Véase también, Institute for Middle East Understanding, “Israel’s History of Assassinating Palestinian Leaders”, *IMEU*, 6 de noviembre de 2013 [<https://imeu.org/article/israels-history-of-assassinating-palestinian-leaders>]. Se mencionan detenciones administrativas, demolición de casas familiares como castigo por un hecho cometido por uno de sus integrantes, establecimiento de puntos de control e inspecciones arbitrarias que implican dificultades de movimiento, así como amedrentamiento, secuestro y asesinato de líderes palestinos críticos a las prácticas israelíes, entre otras.

²⁹ Diana Buttu, “The Palestinian leadership that doesn’t represent us”, *Al Jazeera*, 12 de diciembre de 2016 [<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2016/12/palestinian-leadership-doesnt-represent-161207120700925.html>].

³⁰ Viktoria Wagner, *Palestinian Judiciary and the Rule of Law in the Autonomous Areas. An Introduction*, *op. cit.*, p. 29.

puede observarse un ordenamiento que permite determinar correctamente la legislación que corresponde aplicar a cada caso.³¹

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN PALESTINA

La piedra angular del ordenamiento jurídico palestino es la Ley Básica Palestina, pensada para funcionar como una Constitución temporal para la Autoridad Nacional Palestina, hasta el establecimiento de un Estado independiente y de una Constitución permanente.

En 2002, la Ley Básica fue aprobada por el Consejo Legislativo Palestino, y luego ratificada por Yasser Arafat. Posteriormente, ha sido modificada en dos ocasiones: en 2003, para introducir la figura del primer ministro; y en 2005, para adecuarla a la nueva Ley de Elecciones.

En cuanto al derecho sustantivo, ya hemos mencionado que el derecho civil palestino tiene como primeras fuentes a la *Shari'a* y la legislación otomana (que a su vez fue reformulada a mediados del siglo XIX con base en el Código Civil francés, en el proceso de la *Tanzimat*). En este aspecto, la principal influencia otomana en el derecho palestino lo encontramos en la regulación de los bienes muebles e inmuebles.

No obstante, el derecho civil sufrió importantes modificaciones con base en el derecho británico, particularmente respecto al derecho de las obligaciones, que regula las relaciones entre las personas. Sin perjuicio de esto, el derecho de familia y el derecho sucesorio se mantuvieron arraigados profundamente en las legislaciones y procedimientos religiosos: es por esto que, en estas materias, se aplica el derecho que corresponda según la religión de las partes involucradas (Islámico o Canónico).

El derecho penal y administrativo también tienen un origen franco-otomano, pero sufrieron vastas modificaciones para adaptarse al *common law* británico. Actualmente, para determinar qué régimen jurídico penal debe aplicarse, es necesario distinguir el lugar de comisión del delito y la nacionalidad de las partes: el derecho penal a aplicar será el palestino, en caso de que las partes sean palestinas y el delito se cometa en área A o B. Mientras que el derecho penal a aplicar serán las disposiciones militares israelíes, en caso de que –independientemente del lugar de comisión del delito– alguna de las partes sea israelí; o bien, en caso de que el delito se cometa en área C –independientemente de la nacionalidad de las partes.

³¹ Raja Shehadeh, *From Occupation to Interim Accords: Israel and the Palestinian...*, op. cit.

Por su parte, el derecho administrativo vigente también depende de las áreas: en las A y B corresponde el palestino, mientras que en el área C, las disposiciones militares israelíes.

Por otro lado, las potencias que ocuparon el territorio a lo largo del siglo XX desarrollaron escasamente las normas de protección al trabajo y a los trabajadores, por lo que el derecho laboral es una rama incipiente en Palestina. En efecto, Jordania promulgó en 1960 la Ley 21 del Trabajo, aplicada también en Cisjordania; mientras tanto, en la Franja de Gaza se aplicó desde 1964 la Ley 16 del Trabajo. Sólo fue en el 2000 cuando el Consejo Legislativo Palestino promulgó la Ley 7 del Trabajo, que sistematizó ambas normativas anteriores y propendió a una mayor protección a los trabajadores palestinos, aspecto en el que falta mucho por desarrollar.

El derecho comercial, en tanto, ha tenido un importante desarrollo legislativo en Cisjordania. Su principal norma está constituida por la Ley Jordana de Sociedades, núm. 33, de 1966, modificada en 2008. Además, durante los últimos años, Palestina se ha esforzado por modernizar su legislación comercial para facilitar el comercio nacional e internacional, en un intento de reducir la incertidumbre propia del sistema económico, al cual se le suman los factores geopolíticos de un territorio bajo ocupación militar extranjera. Algunas de estas nuevas normas son:

1. Ley de Promoción de la Inversión, núm. 1 de 1998.
2. Ley de Arbitraje, núm. 3 de 2000.
3. Ley de Bancos, núm. 2 de 2002.
4. Ley de la Autoridad Monetaria Palestina, núm. 2 de 1997.
5. Decreto contra el Lavado de Dinero, núm. 8 de 2007.
6. Ley contra la Apropiación Indebida, núm. 1 de 2005.
7. Ley de la Autoridad Palestina de Mercado de Valores, núm. 14 de 2003.
8. Ley de Seguros, núm. 20 de 2005.
9. Proyecto de ley de Propiedad Intelectual.
10. Además, la OLP ha firmado varios acuerdos comerciales internacionales: Tratados de Libre Comercio (con Estados Unidos, la Unión Europea, Canadá y Turquía), Acuerdo de Nación Más Favorecida (con Rusia), y distintos Acuerdos Aduaneros (con Jordania, Egipto y Arabia Saudita).
11. Asimismo, el Protocolo de París, firmado en 1994 entre la OLP e Israel, regulan las relaciones comerciales y tributarias entre ambas partes. Establece, entre otras cosas, el sistema de recaudación de tributos de la ANP (los cuales son recolectados por Israel y luego entregados al gobierno palestino) y dispone la obligatoriedad de que, previo a la firma de un Tratado de Libre Comercio entre la OLP y otro Estado, este último debe tener un TLC firmado con Israel.

En cuanto al derecho procesal orgánico, las principales instituciones judiciales de Cisjordania son:³²

1. *Cortes de Reconciliación*. Son las sucesoras y reemplazantes de las Cortes de Magistratura. Unipersonales. Tienen competencia para los asuntos civiles y comerciales sobre bienes cuyo valor no exceda los 250 dinares jordanos.
2. *Cortes Municipales*. Unipersonales. Tienen competencia respecto a las ordenanzas municipales y a la legislación sanitaria.
3. *Cortes de Primera Instancia*. Unipersonales. Su competencia versa en todas las materias civiles y comerciales que no puedan ser vistas por las Cortes de Magistratura.
4. *Cortes Islámicas y Eclesiásticas*. Directamente organizadas y administradas por sus respectivas autoridades religiosas, tienen competencia sobre los asuntos sucesorios y de familia.
5. *Corte de Apelaciones*. Compuesta por tres jueces y ubicada en Ramallah, tiene competencia de segunda instancia. Además, actúa como Corte de Casación.³³
6. *Fiscalía Pública*. El fiscal nacional, junto a 15 fiscales para Cisjordania y 22 para la Franja de Gaza, tienen la tarea de acusar y conducir la investigación contra aquellas personas sobre las que se sospecha que hayan cometido algún delito. Asimismo, tienen como encargo la defensa de los organismos públicos en los Tribunales.

Además, el gobierno de la ANP contempla un Ministerio de Justicia, con sus respectivas funciones.

En tanto, y dada la división política de facto entre Gaza y Cisjordania, las principales instituciones jurídicas de la Franja de Gaza son:³⁴

1. *Cortes de Reconciliación*. Unipersonales. Al contrario de Cisjordania, su competencia versa sobre faltas y delitos menores.
2. *Cortes Municipales*. Unipersonales. Tienen competencia respecto las ordenanzas municipales y legislación sanitaria.

³² Viktoria Wagner, *Palestinian Judiciary and the Rule of Law in the Autonomous Areas. An Introduction*, op. cit., pp. 65-70.

³³ Esta situación podría normalizarse con una eventual unión administrativa entre Cisjordania y Gaza, puesto que la Corte Suprema de Gaza podría funcionar como superior jerárquico de la Corte de Apelaciones.

³⁴ Viktoria Wagner, *Palestinian Judiciary and the Rule of Law in the Autonomous Areas. An Introduction*, op. cit., pp. 70-72.

3. *Cortes Centrales*. Dos Cortes compuestas de tres jueces cada una, les corresponde ver los asuntos que no caen en la competencia de las Cortes Municipales y de Magistratura. Asimismo, tienen competencia de segunda instancia para aquellos asuntos que estas Cortes han visto.
4. *Cortes Criminales*. Tienen competencia sobre delitos graves y crímenes.
5. *Cortes Islámicas y Eclesiásticas*. Directamente organizadas y administradas por sus respectivas autoridades religiosas, tienen competencia sobre los asuntos sucesorios y de familia.
6. *Corte Suprema*. Actúa como segunda instancia para los asuntos de competencia de las Cortes Centrales y las Cortes Criminales.
7. *Consejo Judicial Supremo*. Creada en 2007, actúa como última instancia y tiene la superintendencia del Poder Judicial de Gaza (esto es, la capacidad y el deber de supervisar al resto de los Tribunales).
8. *Fiscalía Pública*. Creada también en 2007. Tiene las mismas funciones que su par en Cisjordania.

Lamentablemente, no se dispone de información sobre el actual funcionamiento y vigencia de los Tribunales en la Franja de Gaza.

SULHA: SOLUCIÓN COLABORATIVA DE CONFLICTOS

Sin perjuicio de esta institucionalidad, es común en la sociedad palestina la utilización de un método colaborativo de resolución de conflictos denominado *sulha*, que evita la llegada del conflicto ante los Tribunales y representa una frecuente alternativa a éstos. Esta práctica consiste en la negociación de acuerdos a través de un mediador que constituye una figura de autoridad (*jaha*). Es reconocida por la ANP como medio alternativo de resolución de conflictos para la mayoría de los casos, excepto los delitos más graves. Sin perjuicio de ello, no ha sido formalmente incorporada al derecho, pues “se conduce de acuerdo con reglas tradicionales, antiguas y orales. La *sulha* se encuentra enraizada en la sociedad musulmana; sin embargo, no es puramente islámica, pues existía con anterioridad al establecimiento del Islam en el Mundo Árabe. Fue, no obstante, adoptada por el Islam; y una mezcla con la *Shari'a* ocurrió”.³⁵

La utilización de la *sulha* es promovida por la desconfianza de parte de la población palestina a las instituciones formales de resolución de conflictos,

³⁵ *Ibid.*, p. 108.

lo cual se debe a la falta de estructuras legales adecuadas, una administración judicial inefectiva, y a las dificultades en el funcionamiento de la administración de justicia durante los años en que Israel se ocupaba de esta tarea. En virtud de lo anterior, los palestinos prefieren llegar a un acuerdo a través de la *sulha*, que llevar el asunto a una Corte, porque es más rápido y más confiable.³⁶

CONCLUSIONES

Territorial, política y jurídicamente, Palestina se encuentra fragmentada debido a su historia de sucesivas colonizaciones y ocupaciones, sus dificultades para encontrar un liderazgo común al cual todas las identidades palestinas se sientan convocadas, y también, a las políticas de desposesión de la ocupación israelí.

La fragmentación jurídica es observable en el derecho palestino a través de las instituciones jurídicas otomanas, francesas, británicas, jordanas, egipcias, israelíes y palestinas. Sólo recientemente, a través del Consejo Legislativo Palestino se ha emprendido un camino de reordenamiento y ajuste de la legislación a la identidad, realidad y prioridades palestinas. Sin perjuicio de ello, las normas provenientes de dichas tradiciones jurídicas aún sobreviven en el ordenamiento jurídico palestino, siendo más o menos presentes según la materia en cuestión.

Por otro lado, en virtud de la fragmentación jurídica y territorial de los Territorios Palestinos, estas normas e instituciones sólo se ejercen en las áreas A y B de Cisjordania. Mientras tanto, en la Franja de Gaza, las normas e instituciones se ejercen en todo este territorio, al menos en teoría, pues no se cuentan con datos de su funcionamiento posteriores al 2014.

Además de su fragmentación, de la amplitud de la *sulha* como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y de su creciente énfasis en la economía, otro elemento distintivo del ordenamiento jurídico palestino lo constituye su particular forma de creación legislativa y el organismo encargado de ello.

En efecto, comúnmente el ordenamiento jurídico nacional es producto del actuar de la función legislativa del Estado, en tanto este último se constituye como un instrumento de organización política de y para la nación “que, dentro de un determinado territorio, reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima”.³⁷ Así, el derecho positivo –esto es, la norma propiamente tal– emana desde el Estado, independientemente de la escuela filosófica que sigamos para sostener su legitimidad.

³⁶ *Ibid.*, p. 109.

³⁷ Max Weber, *La política como vocación*, España, Alianza Editorial, 2009, p. 83.

Lo particular de la situación palestina es que, sin ejercer plenamente la soberanía nacional a través de un Estado, existe un órgano palestino encargado del proceso legislativo, el CLP, que actúa ejerciendo la función legislativa en aquellos lugares en que existe un Estado. Por esta razón, resulta a lo menos discutible el carácter de *derecho* del ordenamiento jurídico palestino. En este sentido cabe preguntarse: ¿puede haber derecho sin ejercicio pleno de la soberanía a través del Estado?

Lo cierto es que la soberanía reside en el pueblo, y como tal, el Estado no es condición *sine qua non* para ella: el Estado no es requisito de existencia de la soberanía, sino que la soberanía es requisito de existencia del Estado.

Luego, asumiendo que puede existir soberanía en el pueblo sin que exista el Estado, también es dable la pregunta de si puede *ejercerse* la soberanía, sin el gobierno y la administración del Estado; o si más bien, la soberanía reconoce al Estado como su único dispositivo de ejecución.

En este sentido, el caso palestino presenta un desafío conceptual ante esta pregunta, puesto que los palestinos disponen, en tanto pueblo, de un órgano –el Consejo Legislativo Palestino– que, a través de procedimientos y formalidades legalmente establecidas, dicta leyes que ordenan la vida social y que son reconocidas y exigibles como tales por sus destinatarios. No obstante, a los palestinos no se les reconoce el pleno ejercicio de la soberanía en sus instituciones.

Es así como el ordenamiento jurídico palestino surge en un contexto de autonormatividad, pero no de real autonomía, en que el Estado como mecanismo de organización política de determinada nación se encuentra ausente, y la figura que realiza tal función es la del ocupante.

A nuestro entender, ello no implica que debamos negarle el carácter jurídico al derecho palestino: a pesar de no ejercer plenamente la soberanía nacional y los obstáculos legislativos que esto representa, el ordenamiento jurídico palestino constituye derecho, en cuanto emerge del ejercicio de autonormatividad palestino, con el objetivo de regular su vida social a través de normas que son reconocidas y exigibles como obligatorias legalmente (y no sólo moralmente) por sus destinatarios. A esto se suma la existencia de sanciones aplicables coercitivamente frente al incumplimiento, ya sea a través de sanción del tribunal en tanto organismo público (i.e. la multa o la restricción de la libertad ambulatoria en cárceles palestinas) o a través de la sanción colectiva social, involucrando a las familias y clanes de las partes.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico palestino logra cumplir su función en cuanto derecho, al guiar las expectativas de conducta de la población y reducir la incertidumbre propia de la interacción social.