

CONTINUIDAD CON CARENCIAS: LA NUEVA LEY FUNDAMENTAL DE HUNGRÍA¹

ANDRAS JAKAB

*Schumpeter Fellow del Max-Planck-Institut de Derecho Internacional Público de Heidelberg
Director del Instituto de Estudios Jurídicos del Centro de Ciencias Sociales de la Academia
Húngara de Budapest*

PÁL SONEVEND

Profesor asociado Universidad Eötvös Lóránd Budapest

SUMARIO

- I. Introducción
- II. ¿Continuidad o ruptura? La relación con la anterior Constitución
- III. Las garantías de los derechos fundamentales
- IV. Continuidad e imponderables en la regulación normativa de los órganos constitucionales del Estado
- V. La previsible vigencia de la nueva Ley Fundamental y la tarea de la ciencia jurídica en Hungría

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviera su *Internationale Handelsgesellschaft* en 1970,² el discurso dominante sobre la relación entre el derecho de la Unión Europea y el constitucionalismo nacional se ha sustentado sobre la concepción de la integración europea como una amenaza frente a los valores constitucionales nacionales, muy principalmente para los derechos fundamentales.³ Sin embargo a pesar de que este discurso puede haberse desdibujado con la evolución de la protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con la benevolente reacción

1 Traducción del alemán de LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ (Profesor contratado-doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo).

2 Caso C-11-70, *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125.

3 Para una panorámica véanse diferentes contribuciones en: Martinico/Pollicino, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws* (2010).

del Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia *Wiinsche Handelsgesellschaft*,⁴ y últimamente con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, que adquirió el status de tratado fundacional con el Tratado de Lisboa, lo cierto es que nunca perdió su encanto, al menos para los más altos tribunales de toda Europa. Esto lo muestra el conjunto de desafíos constitucionales planteados frente a la Orden de Detención Europea por varias jurisdicciones,⁵ la más reciente siendo abordada por el TJUE en *Meloni*.⁶

El discurso de la Unión Europea como un riesgo se encuentra ciertamente cargado de híbridos institucionales y de temores a la pérdida de influencia.⁷ Sin embargo, como cualquier exitoso y duradero esquema de comprensión de determinados fenómenos ha tenido sólidas raíces en la realidad. Lo más importante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido reacio a asumir el rol de tribunal supremo de la Unión, cuyo núcleo se encuentra al menos parcialmente definido por la protección de los derechos humanos.⁸ La tradicional concepción de la Unión Europea como un orden jurídico funcional aún trasciende a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, encontrando este enfoque apoyo en la redacción del Artículo 51 (1) de la Carta.

Existe todavía un trasfondo adicional para la percepción del derecho de la Unión Europea como una amenaza potencial, como es el sofisticado sistema de protección de los derechos humanos que proporcionan las diferentes constituciones nacionales y los tribunales constitucionales. No por casualidad el Tribunal Constitucional Federal alemán y la literatura alemana han asumido un papel dirigente en la exposición de los posibles puntos de fricción entre los valores constitucionales nacionales y el derecho de la Unión Europea. Ante este contexto de funcionamiento, para un alto nivel de protección los derechos fundamentales el temor a un inferior denominador común de tutela a nivel europeo podría encontrarse muy bien justificado.

Este trabajo toma el ejemplo de Hungría para sostener que el discurso de la Unión Europea como un riesgo potencial ha de ser repensada. Utilizando este ejemplo, se propone que la posibilidad de una crisis constitucional evidencia la necesidad de entender el derecho de la Unión Europea como una oportunidad de preservar los valores fundamentales propios de toda constitución en Europa: la democracia, el Estado de Derecho y respeto de los derechos fundamentales.

El 18 de abril de 2011, el Parlamento húngaro aprobó una nueva Constitución denominada «La Ley Fundamental de Hungría» (en adelante LF). Una semana después,

⁴ BVerfGE 73, 339 - Solange II.

⁵ Véase Scott Siegel, Courts and Compliance in the European Union: The European Arrest Warrant in National Constitutional Courts, Jean Monnet Working Paper 05/08. <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/08/080501.pdf>; Constantino Grasso, The European Arrest Warrant Under the Scrutiny of the Italian Constitutional Court, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, 2013, 120 ss. A. Torres Perrez, 'Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant', 8 *EuConst* (2012) p. 105 ss. Véase también la Decisión 32/2008. (III. 12.) AB del Tribunal Constitucional de Hungría, en la que decidió que el tratado internacional sobre las reglas sustantivas de la orden de detención europea a Islandia y Noruega violaban el principio de *nullum crimen* de la Constitución de Hungría, con lo que el Tribunal acabó cuestionando indirectamente la orden europea de detención. http://www.mkab.hu/letoltesek/en_0032_2008.pdf.

⁶ Case C-399/11, *Meloni* [2013] ECR I-0000.

⁷ Véase Jan Komarek, The Place of Constitutional Courts in the EU, 9 *EuConst* (2013) p. 420 s.

⁸ Armin von Bogdandy, The European Union as a Human Rights Organisation? Human Rights and the Core of the European Union, *CML Rev.* 2000, 1307, 1320 s.

el 25 de abril, el Presidente de la República promulgó la nueva Constitución, ordenando su publicación en el boletín oficial. Ese día era no solo el lunes de pascua. También en el que se cumplía el primer aniversario de la victoria electoral de los partidos conservadores de gobierno (Fidesz y KDNP), habiendo obtenido la mayoría constituyente. Las «disposiciones transitorias a la Ley Fundamental de Hungría» fueron aprobadas el 30 de diciembre de 2011 (en adelante Acto Transitorio). El 1 de enero de 2012 entraron en vigor la LF y el Acto Transitorio.⁹

Los trabajos preparatorios, la codificación y el contenido de la nueva LF fueron calificados desde la oposición como antidemocráticos, intransparentes y como conducentes hacia el final del Estado de derecho. Sin embargo, fue elevada a los altares por el Gobierno. Los respectivos argumentos (independientemente de las simpatías políticas) fueron posteriormente asumidos por los políticos extranjeros y por los medios de comunicación, donde predominaría el tono crítico. En la prensa internacional parece haberse extendido la impresión de que la democracia en Hungría ha sido desmantelada paso a paso.¹⁰ En lo que respecta a la ciencia jurídica, no ha aparecido hasta el momento en lengua española ni siquiera una breve alusión a la cuestión.¹¹ La presente contribución intenta aminorar y sondear este vacío, en tanto la LF puede enmarcarse dentro de la corriente principal de las Constituciones europeas. Se intentará demostrar cómo el texto normativo de la LF de ninguna manera justifica el discurso sobre una dictadura en ciernes, si bien algunas disposiciones suscitan algunos reparos. Donde estos existan, serán objeto de crítica en este manuscrito.¹² Por la extensión limitada de este trabajo, no puede analizarse aquí la totalidad de la LF. Su estudio se centrará en cuatro bloques temáticos esenciales: la continuidad con la anterior Constitución democrática (I), la intensidad de la protección de las garantías de los derechos fundamentales (II), la continuidad y los imponderables en el derecho de la organización del Estado (III) y la previsible vigencia de la nueva LF (IV).

II. ¿CONTINUIDAD O RUPTURA? LA RELACIÓN CON LA ANTERIOR CONSTITUCIÓN

1. La constitución democrática de Hungría después de 1989

Como es bien conocido,¹³ durante el tránsito hacia el cambio de sistema en Hungría en los años 1989-1990 no se aprobó formalmente una nueva Constitución. El par-

9 Una traducción al inglés del texto de la Ley Fundamental de Hungría puede consultarse en <http://www.kormany.hu/download/4/c3/30000/THE%20FUNDAMENTAL%20LAW%20OF%20HUNGARY.pdf>, para la traducción alemana véase <http://vsvr-europa.blogspot.com/2011/05/das-neue-grundgesetz-von-ungarn.html#more> (ambas visitadas el 16 de noviembre de 2011). Una traducción del acto con las disposiciones transitorias es desconocida por nosotros hasta el momento.

10 Cfr. KRUGMAN, *Depression and Democracy*, The New York Times, December 11 2011, <http://www.nytimes.com/2011/12/12/opinion/krugman-depression-and-democracy.html?scp=4&sq=Krugman%20Hungary&st=cse>; Hungar'y Rush to autocracy, The Washington Post, http://www.washingtonpost.com/opinions/hungarys-rush-toward-autocracy/2012/01/09/gIQA38ebmP_story.html. Visitado el 9.1.2012.

11 Para un breve análisis en alemán véase KÜPPER (2011): 295 ss.

12 Este artículo se apoya en gran parte en el libro de uno de los autores, JAKAB (2011).

13 Véase en primer lugar ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2002): 66, 149 y ss, BRUNNER / SÓLYOM (1995), SÓLYOM / BRUNNER (2000), HALMAI (2007): marginal 9 ss., KÜPPER (2010): marginal 77 ss.

tido comunista (el partido socialista húngaro de los trabajadores, MSZMP) y la oposición democrática habían coincidido en el propósito de realizar aquel tránsito a través de una reforma total de la Constitución comunista de 1949. Esta Constitución democrática así surgida se concibió como provisoria, como se deduce de dos elementos. De un lado, como se disponía en su Preámbulo —de manera similar al art. 146 de la Ley Fundamental alemana hasta su modificación el 23.09.1990—, la Constitución habría de valer solamente en tanto se adoptara una nueva Constitución.¹⁴ Por otro lado, el § 24.3 del texto constitucional exigía para su propia reforma, que incluía también la aprobación de una nueva Constitución,¹⁵ simplemente una mayoría de dos tercios de todos los diputados del Parlamento, de carácter unicameral. Esta relativa flexibilidad fue pensada para posibilitar, tras las primeras elecciones libres de la primavera de 1990, también la adopción de una Constitución formalmente nueva entre los partidos de la temprana oposición democrática.

En contra de esta originaria declaración de intenciones quedó claro ya en 1990 que los partidos políticos de la primera oposición democrática estaban plenamente divididos, lo que descartaría toda posibilidad de llegar a un acuerdo sobre una nueva Constitución. En este problemático contexto, el Tribunal Constitucional utilizó su competencia de control sobre las normas¹⁶ para completar lagunas del texto constitucional y para hacer eficaz la Constitución, vinculando también al legislador. El Tribunal Constitucional como institución fue rápidamente conocida y se hizo popular, también por sus decisiones sobre el paquete masivo de medidas de ahorro económico del año 1995.¹⁷ La ausencia de un poder constituyente durante el periodo de cambio de sistema condujo a que la necesidad de aprobar una nueva Constitución fuera siempre discutida a lo largo de los últimos veinte años. Debido a la escisión existente en la élite política subsistió la reforma constitucional realizada en 1989 (incluso en casos de coaliciones de gobierno que dispusieron de la mayoría necesaria de reforma, como sucedió con la coalición gubernamental de los liberales de izquierda, que gobernaron de 1994 a 1998, las profundas brechas ideológicas existentes en el interior de la coalición condujeron a un fracaso del proceso constituyente). La flexibilidad de la Constitución fue, sin embargo, utilizada con frecuencia para aprobar reformas constitucionales puntuales. Entre las primeras elecciones libres de 1990 hasta las últimas, de 2010, ello tuvo lugar hasta en veintidos ocasiones.

Como las encuestas realizadas antes de la celebración de las elecciones parlamentarias de la primavera de 2010 pronosticaron una abrumadora victoria de los opositores Fidesz (en coalición con el pequeño partido satélite KDNP), se difundieron temores de que el Fidesz pudiera aprovecharse de una eventual mayoría de reforma constitucional.

14 El Preámbulo de la Constitución establecía desde el 23 de octubre de 1989: «Para el fomento de un tránsito político pacífico hacia un sistema multipartidista, hacia una democracia parlamentaria y hacia una economía social de mercado propia de un Estado de derecho se manifiesta el texto de la Constitución húngara —hasta la aprobación de una nueva Constitución para nuestra patria— en los siguientes términos:».

15 SZENTE (2009): marginal 59. Esta concepción puede apoyarse en el texto normativo del § 24.3 de la anterior Constitución, que en referencia a la reforma de la Constitución no empleaba la palabra técnica «módosítás» (modificar) sino el concepto «megváltoztatás» (cambio).

16 BRUNNER (2000): 13, 30 y ss.

17 Sobre ello véase SONNEVEND (1996): 977.

A pesar de que dicha intención no fue confirmada antes de las elecciones, el Fidesz anunció tras la victoria electoral, en posesión de una mayoría constituyente, la aprobación de una nueva Constitución.¹⁸ Acuñó la idea de una «revolución en los colegios electorales», que conducía a descartar que la nueva Constitución debiera sustentarse sobre una continuidad con la Constitución que había estado vigente durante los últimos veinte años, aun cuando el discurso era más bien el de la perfección que el cambio de sistema. Por otro lado, a tenor de las encuestas,¹⁹ no convenía a la población la idea de que fuera necesaria una nueva Constitución. Tampoco incluso al Presidente del Parlamento que reconocería posteriormente que no existía una necesidad constituyente.²⁰

2. La Ley Fundamental: ruptura retórica y continuidad jurídica

El procedimiento constituyente elegido por el Fidesz²¹ y rechazado por los partidos políticos de la oposición derivó en un texto constitucional que, a pesar de que retóricamente quería sugerir, fuera como fuere, un retorno a las raíces históricas de la estatalidad húngara, sin embargo, en su contenido normativo se vinculaba a la Constitución democrática de 1989. Puede prescindirse aquí de las críticas al estilo del texto, a los errores de redacción, a la estrechez de miras políticas y a los errores de interpretación de la historia, basado en lo que se denominó en el Preámbulo «credo nacional».²² Particular atención merece, en contra de la perspectiva de la continuidad, la denominación «Ley Fundamental», el papel atribuido a la denominada «Constitución histórica», así como la declaración realizada en el Preámbulo, en el que se dispone: «[n]osotros no reconocemos la Constitución comunista de 1949, porque servía de base a un poder tiránico. Por ello la consideramos inválida».

Es notable, ante todo, la elección de la expresión «Ley Fundamental» en vez de Constitución. Sin embargo, su sustitución obedece, en el fondo, a un mero historicismo.²³ Hungría, antes de 1949, carecía de una Constitución en sentido formal. De manera similar a Gran Bretaña, Hungría poseía sólo un conjunto de leyes fundamentales (que comenzaron con las leyes de San Esteban, 1000-1038), de doctrinas y de costumbres.²⁴ Una parte importante de esa «Constitución histórica» fue la *doctrina de la santa corona*²⁵ descrita por Stephanus Werbőczy. Esta era un amalgama de teorías organicistas del Estado y de doctrinas sobre la corona. Conforme a ello, los estamentos y el Rey son miembros de la Corona. El poder no deriva del Rey, sino de la Santa Corona, conforme

18 «Programa sobre cooperación nacional» (Programa de gobierno de Viktor Orbán), aprobado el 29 de mayo de 2010. <http://www.parlament.hu/irom39/00047/00047.pdf>.

19 http://index.hu/belfold/2010/12/21/a_kormanyparti_szavazok_szerint_sem_kell_uj_alkotmany/. Visitado el 11. 11. 2011.

20 http://index.hu/belfold/2011/11/09/kover_az_alaptorveny_kozhelygyujtemeny/. Visitado el 11. 11. 2011.

21 Sobre ello véase KÜPPER (2011): 295 s., VINCZE / VARJU (2013).

22 Sobre ello véase KÜPPER (2011): 298 así como JAKAB (2011): 180 ss. con ulteriores referencias.

23 KÜPPER (2011): 296.

24 La Constitución histórica húngara se inspiró ya desde el principio en las reflexiones comparadas inglesas, véase ARANKA (1790); BARITS (1790); GROSSCHMID (1928).

25 Recientemente en lengua alemana véase MÁTHÉ (2004): 17 ss., con ulteriores referencias. El mejor estudio monográfico sobre el tema es hasta hoy el de ECKHART (1941).

al cual aquél es coronado (la corona originaria de San Esteban se encuentra hoy en el Parlamento húngaro). El territorio del Reino es propiedad de la Santa Corona. El Rey ostenta exclusivamente un mandato de ejercer el poder público en favor de la Corona. Esta doctrina, al fin y al cabo, no fue asumida en el texto de la LF, a pesar de las exigencias de la extrema derecha. Otras expresiones muestran, sin embargo, el respeto del constituyente a estas tradiciones.

Una muestra de ese respeto es la denominación de la Constitución como «Ley Fundamental», lo que viene a sugerir la pretensión de la LF de concebirse como una simple ley entre las todas las *leyes* fundamentales de Hungría del último milenio. Visto así, jurídicamente no se produce ninguna ruptura: la LF aparece como una Constitución en sentido formal (reformable por unas mayorías más agravadas que las meras leyes), retóricamente vinculada, sin embargo, con la Constitución histórica.

Más clara, sin embargo, parece la ruptura con la anterior Constitución según lo que se dispone en el Preámbulo de la LF, en el que se declara inválida la Constitución de 1949. Es realmente llamativo, no obstante, que la disposición final 2ª, en la que se determina que la vigente LF ha sido aprobada conforme al procedimiento establecido en la derogada Constitución democrática, se encuentra en clara contradicción con ello. El débil carácter normativo del Preámbulo (si bien retóricamente relevante) parece indicar ciertamente una ruptura, si bien la disposición adicional dotada de contenido normativo (aunque oculta al final del texto constitucional) habla más bien en favor de una continuidad. La contradicción entre la parte normativa de la LF y su Preámbulo puede atenuarse, sin embargo, en el hecho de que en otras partes de éste se caracteriza al día de la celebración de las primeras elecciones libres en 1990 como el comienzo de una nueva democracia y de un nuevo orden constitucional. En atención a ello, la «declaración de invalidez» de la Constitución de 1949 se referiría sólo a la Constitución vigente hasta el 2 de mayo de 1990.²⁶ De todos modos, una «invalidez» limitada al periodo comunista sería, sin embargo, absurda, en la medida en que la validez de muchas de las leyes aprobadas en el periodo de tiempo transcurrido entre 1949-1990, entre ellas el código civil o el código penal, resultaría cuestionada. La circunscripción a dicho periodo temporal deja claro, sin embargo, que el constituyente reconoce el orden de valores de la Constitución inmediatamente precedente y no niega la continuidad tampoco en este sentido. Esto posee una extraordinaria relevancia en lo que se refiere a la cuestión de en qué medida puede valer la interpretación de la anterior Constitución para las disposiciones de la vigente LF a través del Tribunal Constitucional.

Una lógica similar se deriva del artículo R).3, que dispone que «los logros evolutivos de la Constitución histórica» han de ser utilizados como criterio hermenéutico. Si bien retóricamente parece evocarse una reinstauración de la vigencia de la Constitución histórica, no obstante, visto jurídicamente, esta disposición resulta en buena medida inutilizable. Por una parte, en la actualidad resulta incierto qué es lo que ha de entenderse exactamente (qué leyes históricas) bajo el concepto de «Constitución histórica». Por otra parte, algunas partes de estas leyes históricas resultan en la actualidad inaceptables (por ejemplo, las normas estamentales medievales), ya que son incompatibles

26 KÜPPER (2011) entiende que esta interpretación no se sostiene a partir del texto del Preámbulo.

con la forma de Estado republicana.²⁷ Para evitar estos absurdos, en la literatura se ha propuesto emplear la interpretación del término «logros evolutivos» como filtro.²⁸ De acuerdo con ello, los logros evolutivos serían sólo aquellos que se encuentran presentes en los convenios internacionales relativos a los derechos humanos y que se corresponden con las modernas ideas del Estado constitucional. Con esta interpretación, la alusión a la Constitución histórica sería tautológica, pero al menos no manifiestamente absurda.

Otra solución interpretativa podría ser la siguiente: hay que considerar que la Constitución histórica no sólo es imprecisa, sino también y sobre todo flexible, que ha pretendido adaptarse a las exigencias de los tiempos actuales.²⁹ Nada impide comprender a la Constitución histórica como un receptáculo del moderno desarrollo constitucional en vez de con la rígida estructura del año 1944. En ese sentido, hay buenos motivos para afirmar que ha de entenderse la jurisprudencia constitucional sobre la Constitución democrática de los últimos veinte años como parte de la Constitución histórica, erigiéndola por tanto en un criterio de interpretación de la LF.³⁰

III. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La continuidad material entre la Constitución precedente y la LF afecta tanto a los límites de los límites (1) como a los derechos de libertad y de igualdad. Incluso la transformación de los derechos sociales en fines de Estado no experimenta ningún cambio sustancial, haciéndose valer la anterior interpretación de los derechos sociales a través del Tribunal Constitucional (2). El Acto Transitorio suscita, por el contrario, serios reparos en lo que se refiere a los concretos derechos fundamentales, muy principalmente en lo relativo al principio *nullum crimen sine lege* y al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (3).

1. La garantía del contenido esencial y el principio de proporcionalidad como límites a los límites

La LF no rompe con la tradición de la anterior Constitución consistente en no regular los límites a los derechos fundamentales junto a cada derecho en concreto. Los recoge en una cláusula general. Hasta el momento, el § 8.2 de la Constitución reconocía la garantía del contenido esencial como único límite de los límites.³¹ Sobre este presupuesto, el Tribunal Constitucional se postuló en favor de una concepción relativa de

27 SZENTE (2011): 1 ss.

28 JAKAB (2011): 184, 199 s.

29 SZENTE (2011): 1.

30 László Sólyom, el anterior Presidente del Tribunal Constitucional y posteriormente Presidente del Gobierno afirmó en una entrevista de manera bien gráfica: «La Constitución invisible es parte de la Constitución histórica.» Compárese <http://hetivalasz.hu/itthon/solyom-laszlo-az-uj-alkotmanyrol-37067/>. Visitado el 16. 11. 2011.

31 «En la República de Hungría las disposiciones relativas a los derechos y deberes fundamentales se encuentran establecidas en la ley, que no puede restringir el contenido esencial de los derechos fundamentales».

la garantía del contenido esencial,³² conforme a la cual la observancia del principio de proporcionalidad operaba como condición de cumplimiento de aquella garantía.³³ No cabe desconocer que el Tribunal Constitucional definió aquel principio desvinculándose en parte de la dogmática constitucional alemana.³⁴ A pesar de que los principios de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto desarrollados en el derecho constitucional alemán se han asumido en diferentes sentencias en Hungría,³⁵ el principio de proporcionalidad fue reducido frecuentemente a una «formulación restrictiva». De acuerdo con ello, una limitación impuesta a un derecho fundamental resulta inconstitucional si tal limitación tiene lugar sin un fundamento concluyente o si resulta desproporcionada en atención al fin perseguido.³⁶ Además, la jurisprudencia³⁷ y la literatura³⁸ plantearon la cuestión de si puede existir un fundamento concluyente para la limitación de un derecho fundamental, desvinculada de la máxima de la necesidad en la terminología alemana.³⁹

En referencia a la cuestión de lo que puede entenderse como fundamento concluyente en el contexto del § 8.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional fue partidario, al menos retóricamente, de una concepción estricta. Ésta muestra similitudes, desde un punto de vista formal, con la conocida categoría de los límites implícitos de la dogmática alemana. Conforme a la interpretación del Tribunal, una injerencia en los derechos fundamentales únicamente puede estar justificada para proteger derechos de terceros u otros bienes constitucionales.⁴⁰ Una limitación la ilustra el derecho de propiedad. Esta posición estricta, cuya consecuente aplicación habría de poder conducir a una considerable parálisis del legislador, fue atenuada en la práctica a través de una interpretación amplia del concepto «otro bien constitucional» (que pueda sustituir al «interés general»⁴¹).

32 Sólo en un caso el Tribunal Constitucional parece entender al contenido esencial en un sentido absoluto: en relación a la pena de muerte el Tribunal decidió que ésta supone la supresión del derecho a la vida y a la dignidad humana y por lo tanto contraviene el § 8.2 de la Constitución. Véase la decisión Nr. 23/1990. (X. 31.) AB, ABH 1990, 88, 92. El voto particular concurrente del Presidente del Tribunal fue más allá, dejando claro que el derecho a la vida sólo posee un contenido esencial absoluto, porque la vida no es conceptualmente limitable. Véase la decisión Nr. 23/1990. (X. 31.) AB, ABH 1990, 88, 106. Sobre todo a este voto particular subyace lo que la literatura ha considerado como una concepción absoluta de la garantía del contenido esencial. Cfr. BRUNNER (2000): 54.

33 Sobre todo la decisión Nr. 20/1990. (X. 4.) AB, ABH 1990, 69, 71.

34 BRUNNER (2000): 54 s., ve en este aspecto, por el contrario, una plena coincidencia entre la dogmática alemana y la húngara.

35 Fundamentalmente la decisión Nr. 20/1990. (X. 4.) AB, ABH 1990, 69, 71; posteriormente 7/1991. (II. 28.) AB, ABH 1991, 22, 25.; 30/1992. (V. 26.) AB, ABH 1992, 167, 171. Véase también BRUNNER (2000): 55, con ulteriores consideraciones y HALMAI / TÓTH (2003): 130, con ulteriores referencias.

36 Sobre todo la decisión Nr. 8/1991. (III. 5.) AB, ABH 1991, 30, 32. St. Rspr.

37 Cfr. por ejemplo la decisión Nr. 64/1993. (XII. 23.) AB, ABH 1993, 373, 382.

38 SÓLYOM (1995): 59, 68; HALMAI / TÓTH (2003): 130.

39 SÓLYOM (1995): 98.

40 Véase por ejemplo la decisión Nr. 6/1998. (III. 11.) AB, ABH 1998, 91, 98.

41 Así, el Tribunal ha recurrido como fundamento de la intervención entre otros a la «pureza de la vida política» (decisión Nr. 20/1990. (X. 4.) AB, ABH 1990, 69, 71), a «la paz pública» (30/1992. (V. 26.) AB, ABH 1992, 167, 178), a «la moral pública» (20/1997. (III. 19.) AB, ABH 1997, 85, 92 f.) e incluso al «interés público preponderante» (56/1994. (XI. 10.) AB, ABH 1994, 312, 313).

La LF adopta la garantía del contenido esencial en su art. I, complementada con una vinculación expresa al principio de proporcionalidad. En referencia a este principio, el constituyente ha optado por codificar la anterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional expresamente en el art. I.3LF. En él se dispone que «[u]n derecho fundamental puede ser limitado en interés de la garantía de otros derechos fundamentales o de la tutela de otro bien constitucional, debiendo ser, en todo caso, una medida necesaria, proporcional al fin que pretende ser conseguido, con respeto a su contenido esencial».

En consecuencia, la aplicación del principio de proporcionalidad no cambia nada. Es una novedad, efectivamente, que la garantía del contenido esencial aparezca plasmado junto al principio de proporcionalidad, debiendo por tanto dotársele de un contenido autónomo, sin que pueda ser interpretado como hasta el momento. Ello conducirá probablemente a interpretar la garantía del contenido esencial conforme al modelo alemán, en adelante, como absoluto.⁴² Sin embargo, ello no permitiría cambiar nada sustancialmente de la práctica jurídica cotidiana y la LF sería más rica en lo que se refiere a la existencia de una adicional clave de bóveda en la estructura de las garantías de los derechos fundamentales.

2. Los concretos derechos de libertad e igualdad y los derechos sociales

En lo que se refiere a los derechos de libertad e igualdad, la LF asume el catálogo de derechos fundamentales de la anterior Constitución, vinculándose en algunos de ellos a los modernos derechos también plasmados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como la prohibición de «copia»⁴³ de seres humanos prevista en el art. III.3 LF. Se ha introducido además una interpretación del derecho fundamental anteriormente indisponible a la legítima defensa en el art. V LF.⁴⁴

Con ciertas excepciones, el texto normativo de la LF no rebaja el nivel de protección constitucional. Una excepción en este sentido es la admisión expresa de una en la práctica permanente privación de la libertad por la comisión de delitos violentos premeditados en el art. IV2 LF. No es descartable que esta admisión de la privación temporalmente ilimitada de la libertad —ya existente en el Código penal húngaro— pueda vulnerar el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁴⁵ Penas similares existen ciertamente también en Italia (*ergastolo*, art. 22 del Código Penal italiano⁴⁶), en

⁴² Véase por todos REMMERT (2008): marginal 38.

⁴³ La palabra «copia» (*egyedmásolás*) es probablemente un error de traducción. Se ha querido aludir con toda probabilidad a la prohibición de clonación reproductiva de seres humanos que deriva del art. 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴⁴ Este derecho fundamental fue seguramente inspirado en el ejemplo americano. Cfr. VOLOKH (2007): 399 ss.

⁴⁵ Con alusión a *Kafkaris v. Cyprus*, no. 21906/04, judgment of 12 February 2008, párrafos 89, 95-99, véase Jakab (nota 4), pág. 205 y ss.

⁴⁶ El art. 176 del Código Penal italiano posibilita ciertamente una libertad condicionada también a la pena a perpetuidad después de 26 años (*liberazione condizionale*). Sin embargo, el art. 4 bis de la Ley penitenciaria (*legge sull'ordinamento penitenziario*, 26 luglio 1975 n. 354) descarta la aplicación a cualquier persona de una atenuación de la condena por una sucesión de hechos delictivos (por ejemplo, de tráfico de personas, de terrorismo y la denominada *associazione mafiosa*), si el autor no coopera con las autoridades (y si no muestra ningún arrepentimiento).

Inglaterra y Gales (*whole life order* de la *Criminal Justice Act* de 2003⁴⁷), en Holanda (*levenslange gevangenisstraf*, art. 10 del Código penal⁴⁸) y en Francia (*réclusion criminelle à perpétuité*, arts. 221-3 y 221-4 del Código penal⁴⁹), si bien estos han sido vehementemente criticados en la literatura. Según nuestro parecer pertinentemente.⁵⁰

A ningún paso atrás conduce, por el contrario, la referencia expresa contenida en el art. L)1 LF en el que se dispone: «Hungría protege la institución del matrimonio como vínculo voluntario entre hombre y mujer orientado hacia una comunidad de vida, así como la familia como fundamento de la subsistencia de la nación». El hecho de que esta norma constitucional no se encuentre en la parte relativa a los derechos fundamentales, sino en las disposiciones generales, no cambia nada respecto a la anterior Constitución, donde el matrimonio también aparecía consagrado en idéntico lugar.⁵¹ Tampoco la definición del matrimonio como comunidad de vida heterosexual supone un cambio material. El Tribunal Constitucional siempre ha definido el matrimonio en base a la Constitución como una unión entre hombre y mujer.⁵² En ese sentido, la LF codifica una jurisprudencia preexistente. Además, una alusión expresa en el texto constitucional al hombre y a la mujer en referencia al matrimonio excluye que un matrimonio homosexual no pueda ser introducido —como pone de manifiesto claramente el ejemplo de España—.⁵³

Tampoco existe una modificación sustancial en lo que se refiere a las normas de carácter social de la LF, que en la anterior Constitución se concibieron como derechos fundamentales. La LF formula alguno de tales derechos sociales, como normas de carácter finalista (relativos al derecho al trabajo⁵⁴ y al derecho a la seguridad social⁵⁵), aunque hasta el momento el Tribunal Constitucional las ha interpretado sólo como normas que obligan al Estado a la realización de determinadas instituciones, pero en general desprovistas de un carácter justiciable.⁵⁶ Por otro lado, varias normas de carácter social en la LF se garantizan como verdaderos derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho inspirado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que se reconoce en el art. XVII.3 LF a las condiciones laborales, a la salud, a la seguridad y a la dignidad de los trabajadores respectivamente, así como también la prohibición apoyada en la Carta del trabajo infantil en el art. XVIII.1 LF.

Más problemático en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales aparece el Preámbulo de la LF, ya que una determinada interpretación del mismo podría

47 ZYL SMIT (2002): 78 ss.

48 Caroline Noorduyn, *Life is life in Netherlands*, IBA *Legal Practice Division - Criminal Law Committee Newsletter* 2008/September 12 y ss.

49 En lo que se refiere al debate sobre la última modificación del Código penal francés véase Stéphane Enguéluégué, *L'institution de la perpétuité réelle*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1997/1, 59 y ss.

50 DEMETRIADES -- BARTOLINI – CHRISTODOULIDOU (2008): 656 ss.

51 § 15 de la Constitución disponía: «La República de Hungría tutela la institución del matrimonio y de la familia»

52 Decisión 154/2008. (XII. 17.) AB, ABK 2008. december, 1655. Sobre ello véase JAKAB (2010): 9 ss.

53 Al respecto véase JAKAB (2011): 194 con ulteriores consideraciones.

54 § 70/B de la Constitución, actualmente art. XII.2 LF.

55 § 70/E de la Constitución, actualmente art. XIX y XXII LF.

56 SONNEVEND (1996): 977 ss., 981 ss.; SONNEVEND (1998): 327 ss., 330 ss.

conducir a una merma del nivel de protección de determinados derechos fundamentales. Cabe aludir al rol atribuido a la cristiandad en la preservación de la nación y que erige «a la familia y a la nación como el más importante marco de nuestra convivencia, y a la lealtad, a la fe y al amor como los valores fundamentales de nuestra unidad». La solución hermenéutica sería interpretar esta parte del Preámbulo a la luz de los convenios internacionales sobre derechos humanos [posibilitado a través del art. Q] y relegarlo correspondientemente a una mera dicción retórica.⁵⁷

3. El acto transitorio

Conforme al punto 3 de las disposiciones finales de la LF, el Parlamento ha de proceder a aprobar las disposiciones transitorias destinadas a la implantación de la LF de acuerdo con las normas del procedimiento de reforma previstas en la anterior Constitución. En la medida en que el punto 2 de las disposiciones finales esgrime como fundamento jurídico las mismas normas de la Constitución,⁵⁸ hay que partir de que el constituyente ha pretendido dotar al Acto Transitorio del mismo rango que ostenta la LF.

Ante este trasfondo, el hecho de que el Acto Transitorio contenga específicas limitaciones a los derechos fundamentales plantea cuestiones controvertidas.⁵⁹

En primer lugar, el art. 1.1 del Acto Transitorio prevé que la eficacia de las prestaciones reconocidas en una ley en favor de cualquier dirigente de la dictadura comunista puede ser aminorada. En consecuencia, la vía para la planteada reducción de las rentas de los anteriores funcionarios comunistas se encuentra allanada.

En segundo lugar, el art. 2.1 del Acto Transitorio dispone que los delitos tipificados como graves en la ley, que hayan sido perpetrados en nombre del partido de estado o con su conformidad en la dictadura comunista contra Hungría o contra personas y que por motivos políticos no fueron perseguidos, pueden considerarse no prescritos. Los arts. 2 y 3 del Acto Transitorio fijan nuevos plazos de prescripción para los aludidos delitos. El art. 2.3 permite deducir por tanto que el plazo de prescripción mismo puede ser reabierto cuando el plazo originario expiró después de las primeras elecciones libres del 2 de mayo de 1990.

La finalidad de estas disposiciones es evidente, posibilitar la aprobación de leyes que, de acuerdo con la anterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hubieran sido claramente inconstitucionales. El Tribunal Constitucional ampara particularmente expectativas a la seguridad social (en primer lugar, la jubilación), y al derecho a la propiedad, y no admite esencialmente una atenuación de derechos ya adquiridos.⁶⁰ También para la supresión de la prescripción de delitos no perseguidos por razones políticas, el Tribunal Constitucional desarrollo al comienzo de los años 90 una prolija jurisprudencia que declaró inconstitucional la supresión o la extensión del plazo de prescrip-

57 Esto ha sido propuesto, por ejemplo, por JAKAB (2011): 182.

58 § 19.3, letra a) y el § 24.3 de la Constitución.

59 Sobre el texto húngaro, véase <http://kozlony.magyarorszag.hu/pdf/11546>.

60 Véase SONNEVEND (2008): 191 ss., 204 ss.

ción.⁶¹ Únicamente los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad podrían de acuerdo con esta jurisprudencia ser perseguidos penalmente independientemente de las disposiciones nacionales sobre su prescripción.⁶²

Es posible, naturalmente, que el constituyente modifique el texto constitucional como respuesta a las decisiones del Tribunal Constitucional. Además, las conclusiones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional húngaro en los ámbitos ya aludidos no son las únicas soluciones posibles, si se compara con el ejemplo que aporta la práctica del Tribunal Constitucional Federal alemán.⁶³ Además, difícilmente cabe prever cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reaccionaría frente las medidas adoptadas en base a los arts. 1 y 2 del Acto Transitorio. De cualquier modo, dicho Tribunal parece no rechazar la extensión del plazo de prescripción por delitos políticos durante la etapa comunista.⁶⁴ En qué medida esta manera de demorar la superación del pasado y sus consecuentes limitaciones a los derechos fundamentales tras más de veinte años del cambio de sistema son compatibles con el ideal de Estado de derecho es una cuestión compleja cuyo análisis excedería de los contornos de este trabajo.

Problemático desde la óptica del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley aparece el art. 11.3 y 11.4 del Acto Transitorio. En interés del cumplimiento del mandato de una duración proporcionada del procedimiento judicial (art. 28.1 LF), el Presidente de la administración de justicia húngara recibe la facultad de elegir al tribunal para cualquier controversia jurídica. En vista de las estructuras internas del sistema de justicia húngaro, ello puede conducir en algunos casos a que aquél pueda decidir indirectamente el juez para una controversia jurídica. Facultad parecida la posee el Abogado General del Estado en las causas penales. Similares disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fueron anuladas por el Tribunal Constitucional un par de días antes de la aprobación del Acto Transitorio el 19 de diciembre de 2011 por contravenir el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Constitución (en este momento, todavía válida la anterior).⁶⁵ En respuesta a ello, el constituyente introdujo en el último minuto estas normas anuladas antes de aprobar el Acto Transitorio con una modificación en las mismas.

61 Decisión Nr. 11/1992 (III. 5.) AB, ABH 1992, 77 y ss.; traducción alemana en Brunner/Sólyom (nota 5) 333 y s.

62 Decisión Nr. 53/1993 (X. 13.) AB, ABH 1993, 323 y ss.; traducción alemana en Brunner/Sólyom (nota 5) 520 y ss., véase asimismo también SONNEVEND (1997): 195 ss.

63 Sobre la limitación de la cuantía de las prestaciones del sistema especial de seguridad social del Ministerio de Seguridad del Estado y de la Agencia para la seguridad nacional a un importe máximo, decidió el Tribunal Constitucional Federal alemán, que tal limitación solo vulneraba el art. 14 de la Grundgesetz, cuando para el cálculo de las rentas se toma como punto de partida un salario o unas percepciones por trabajo inferiores la paga media de la respectiva región de referencia. BVerfGE 100, 138 y ss. En consecuencia, no todos los recortes en las rentas de los funcionarios de la dictadura son inconstitucionales. En lo que se refiere a la prescripción, el Tribunal Constitucional alemán declaró que las normas sobre prescripción no están sujetas a la garantía de la irretroactividad reconocida en el art. 103.2 de la Grundgesetz y que la extensión o la supresión de los plazos de prescripción para los delitos todavía no fenecidos sancionados con pena vitalicia ni vulneran el principio de Estado de derecho ni el de igualdad. BVerfGE 25, 269.

64 *Polednova v. Czech Republic*, Appl. No. 2615/10, admissibility decision of 21 June 2011; *Korbély v. Hungary*, judgment of 19 September 2008, no. 9147/02. Una crítica a esta jurisprudencia puede consultarse en SCHROEDER / KÜPPER (2009): 220 ss.

65 Decisión 1149/C/2011. AB, accesible en http://www.mkab.hu/admin/data/file/1147_1149_11.pdf. Visitado el 5 de enero de 2012.

Resulta incierto si el Acto Transitorio, a pesar de participar en la práctica del rango de la LF, cabe ser enjuiciado por el Tribunal Constitucional. A favor de este rango constitucional habla en cualquier caso el procedimiento mediante el que fue aprobado el Acto Transitorio. Por el contrario, el hecho de que se trate de un documento separado y que la LF se haya concebido a sí misma a partir del 1 de enero de 2012 como la norma de superior rango en el ordenamiento jurídico húngaro, significaría privar de rango constitucional al Acto Transitorio. Dicha alusión quizás hubiera sido posible tras el ejemplo del art. 6 del Tratado de la Unión Europea, que confiere a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del rango propio de los tratados constitutivos. Por último, hay que reparar en que el Tribunal Constitucional hasta el momento no ha considerado a las disposiciones transitorias contenidas en una ley de reforma constitucional como parte integrante de la Constitución.⁶⁶ A pesar de ello, existe la posibilidad de que el Acto Transitorio no llegue a ser controlado por el Tribunal Constitucional.

IV. CONTINUIDAD E IMPONDERABLES EN LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO

En lo que respecta a la forma de Estado y de gobierno, la LF no muestra ningún cambio. Hungría sigue siendo un Estado unitario, una República⁶⁷ y una democracia parlamentaria. En el centro de la estructura del poder se encuentra el Presidente del Consejo de Ministros elegido por el Parlamento (también persiste el sistema unicameral), cuyas competencias se regulan a partir de ahora expresamente en el art. 18.1 LF. El Presidente de la República es elegido por el Parlamento, como hasta ahora, conforme a lo dispuesto en el art. 10 LF. Sus competencias se reducen en gran medida a un plano simbólico, salvo en lo que se refiere a la legislación. En este ámbito, conforme al art. 6.4 LF, ostenta la facultad de someter las leyes aprobadas por el Parlamento, antes de proceder a su promulgación, a un control normativo preventivo ante el Tribunal Constitucional. Además, conforme a lo dispuesto en el art. 6.5 LF, también está autorizado a devolver las leyes al Parlamento una sola vez para que sean reconsideradas, con su parecer al respecto, en caso de que no esté de acuerdo con todo o parte de la ley y no decida hacer uso de su facultad para someter su control preventivo al Tribunal Constitucional (tampoco esto es nuevo). A pesar de las anteriores precisiones, la competencia del Presidente de la República para la disolución del Parlamento no ha sido modificada esencialmente. Conforme al art. 3.3 LF, aquél puede disolver el Parlamento, con la consiguiente convocatoria de elecciones, en dos supuestos: cuando el Parlamento, finalizado el mandato gubernamental, no sea capaz de investir a un nuevo candidato propuesto por el Presidente de la República durante el plazo de cuarenta días desde la primera

66 Decisión 1260/B/1997 AB, ABH 1998, 816, 819 y s.

67 Así expresamente el art. B).2 LF. La modificación del nombre oficial del Estado de «República de Hungría» a «Hungría» se encuentra desprovisto de consecuencias jurídicas.

propuesta, o cuando el Parlamento no apruebe los Presupuestos Generales del Estado para el año natural antes del 31 de marzo.⁶⁸

A pesar de esta continuidad sustancial en el ámbito de los órganos constitucionales, la LF introduce posibilidades de bloqueo que pueden dificultar considerablemente en el futuro la labor del gobierno (1). Por otro lado, la LF introduce una limitación a las competencias del Tribunal Constitucional incompatible con la esencia de la jurisdicción constitucional (2).

1. Posibilidades de bloqueo en la Ley Fundamental

Una futura mayoría gubernamental, de acuerdo con lo dispuesto en la LF, podría enfrentarse a un posible bloqueo en un doble sentido. De un lado, la posibilidad de bloqueo deriva de la facultad de autorización atribuida al recientemente creado Consejo Presupuestario en el art. 44,3 LF. Por otro lado, el gobierno sin una mayoría de reforma constitucional puede ser lastrado en su función cotidiana en relación con las múltiples y relevantes leyes previstas en la LF, como las denominadas leyes cardinales («sarkalatos törvény» o *lois organiques* en la terminología francesa), que sólo pueden ser modificadas mediante mayoría de dos tercios.

En lo que se refiere al Consejo Presupuestario, el art. 44.3 LF dispone que la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado requiere su previo consentimiento. El Consejo Presupuestario está compuesto por tres miembros, cuyo mandato se extiende más allá del periodo de la legislatura.⁶⁹ En la literatura se ha advertido que la facultad de autorización del Consejo Presupuestario, en caso de un cambio de gobierno, podría conducir a que el presupuesto no pudiera ser aprobado, ante lo cual el Presidente de la República debería disolver el Parlamento, según lo previsto en el art. 3.3 LF.⁷⁰

Lo cierto es que la facultad de autorización de un órgano no parlamentario pone en peligro fundamentalmente la soberanía presupuestaria del Parlamento. A pesar de ello, no cabe desconocer que, de conformidad con la literalidad del art. 44.3 LF, el Consejo Presupuestario sólo puede ejercer su facultad en interés del cumplimiento del recientemente introducido límite de deuda en el art. 35.4 y 35.5 LF. El Consejo Presupuestario debe abstenerse de abusar de su función o de condicionar su consentimiento por otros motivos que impidan al Parlamento poder aprobar el presupuesto. La controversia así surgida puede ser enjuiciada por el Tribunal Constitucional en el marco del control normativo abstracto.

68 § 28.3 de la Constitución regulaba la disolución del Parlamento de la siguiente manera:

El Presidente de la República puede disolver el Parlamento, con la consecuente convocatoria de elecciones en los siguientes casos:

a) cuando el Parlamento —en la misma legislatura— dentro del plazo de doce meses al menos cuatro veces niegue la confianza al Gobierno o,

b) cuando el Parlamento, finalizado el mandato gubernamental, no sea capaz de investir a un nuevo candidato propuesto por el Presidente de la República durante el plazo de cuarenta días desde la primera propuesta.

69 Art. 44.4 LF: «Los integrantes del Consejo Presupuestario son el Presidente del Consejo, el Presidente del Banco Nacional de Hungría y el Presidente del Tribunal Nacional de Cuentas. Al Presidente del Consejo Presupuestario lo nombra el Presidente de la República por un periodo de 6 años».

70 KÜPPER (2011): 300.

No existe aquí, sin embargo, una situación justificativa de disolución parlamentaria. Por ello, en el caso de que el Presidente de la República no firme la ley de presupuestos y, en atención a la ausencia de presupuesto disuelva el Parlamento, este acto de disolución puede ser declarado inconstitucional (para este caso no existe ningún procedimiento de control normativo abstracto, toda vez que ninguna ley llega a aprobarse; sólo cabe acudir al Tribunal Constitucional mediante el procedimiento del conflicto interorgánico).⁷¹

Mayores problemas se dan en el contexto de las denominadas leyes cardinales. Ya la anterior Constitución previó para diversos ámbitos legislativos una mayoría de dos tercios. La LF califica dichas leyes en el artículo T).⁴ precisamente como leyes cardinales.⁷² Si bien el número de ámbitos legislativos, para cuya regulación se exige tal mayoría cualificada, no se ha visto incrementada en la LF (por el contrario, se redujeron de 28 a 26, ya que muchas garantías iusfundamentales no debieron ser ya más reguladas por una mayoría de dos tercios),⁷³ sus contornos han sido en parte considerablemente modificados. Conforme a la LF, han de ser regulados mediante leyes cardinales, entre otros ámbitos, la protección de la familia,⁷⁴ las exigencias de conservación, defensa y administración del patrimonio nacional,⁷⁵ la decisión sobre la propiedad exclusiva del Estado y su actividad económica, así como las limitaciones y presupuestos de la enajenación del patrimonio nacional, de creciente importancia en el ámbito económico,⁷⁶ las reglas fundamentales sobre la sostenibilidad de las cargas públicas y del sistema de pensiones,⁷⁷ así como las reglas detalladas de funcionamiento del Consejo Presupuestario.⁷⁸ En la legislatura actual, el Gobierno dispone de la mayoría necesaria en el Parlamento para aprobar estas leyes cardinales, por lo que puede decidir autónomamente su extensión. Independientemente de tal extensión, una futura mayoría simple del Gobierno le impediría aprobar su política financiera y presupuestaria sin la autorización de la respectiva oposición. En vista de la profunda brecha existente entre las corrientes políticas en Hungría cabe postular casi una práctica incapacidad para los futuros gobiernos que no dispongan de una mayoría de dos tercios en el Parlamento. Esto podría también plantear un problema desde la perspectiva del art. 3 del Primer protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁷⁹

2. La limitación de las competencias de control del Tribunal Constitucional

La LF mantiene la existencia de una jurisdicción constitucional, si bien modifica su carácter, y ciertamente en el sentido del modelo europeo occidental. Al amparo de la an-

71 JAKAB (2011): 290 s.

72 Artículo T), (4) LF: «Una ley cardinal es una ley, para cuya aprobación y reforma se requiere el voto de dos tercios de los miembros del Parlamento».

73 Véase JAKAB (2011): 173 ss.

74 Art. L).3 LF.

75 Art. 38.1 LF.

76 Art. 38.2 LF.

77 Art. 40 LF.

78 Art. 44.5 LF.

79 Opinion no. 618/2011. of 17-18 June 2011 of the European Commission for Democracy through Law (CDL-AD (2011)016.) parágrafo 24, [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)016-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)016-e.pdf). Visitado el 23 de noviembre de 2011.

terior Constitución, la jurisdicción constitucional tenía un carácter abstracto, en cuanto el Tribunal Constitucional sólo podría controlar normas jurídicas, no actos de aplicación de las mismas. El Tribunal Constitucional era competente para controlar las normas en el marco de la *actio popularis*. Conforme a lo dispuesto en el § 32/A.4 de la Constitución y en el § 21.2 de la Ley Nr. XXXII de 1989, del Tribunal Constitucional, cualquier sujeto estaba autorizado para instar un ulterior control normativo.⁸⁰ Esto era para Europa una competencia graciosa más bien exótica⁸¹ que fue suprimida con la LF. Al mismo tiempo, su art. 24.2 introduce la figura del recurso de amparo conforme al modelo alemán, en el que incluso pueden ser enjuiciadas normas jurídicas, como también decisiones judiciales.⁸²

Este cambio en el carácter de la jurisdicción constitucional, que ya había sido exigida ya antes por la ciencia jurídica, ha de ser vista como positiva. La Comisión de Venecia saludó consecuentemente la ampliación del recurso de amparo a las decisiones judiciales, dejando claro al mismo tiempo que la supresión de la *actio popularis* es compatible con las tradiciones constitucionales europeas.⁸³

Resulta cuestionable, por el contrario, la configuración del control normativo abstracto. Con la supresión de la *actio popularis*, tal control puede ser instado sólo por el Gobierno, por el Defensor del Pueblo y por la cuarta parte de los parlamentarios. Esto parece en sí justificable. En la actual legislatura ningún partido de la oposición dispone de una cuarta parte de los escaños del Parlamento. Para presentar una demanda ante el Tribunal Constitucional deberían unir sus fuerzas la extrema derecha y los socialistas. Da la impresión de que la legitimación se vincula a la relación de votos predominante, para impedir en lo posible eventuales demandas.

Las principales cuestiones se vinculan con la limitación de las competencias del Tribunal Constitucional, que ya fue introducida en noviembre de 2010 en el § 32/A.2 de la anterior Constitución y que actualmente ha sido asumida en el art. 37.4 LF. De

80 Véase también Brunner (nota 8) 13, 30 y ss.

81 Opinion no. 614/2011 of 25-26 March 2011 of the European Commission for Democracy through Law (CDL-AD(2011)001, parágrafo 57. <http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD%282011%29001-e.pdf>. Visitado el 23 de noviembre de 2011. La *actio popularis* existe, según nuestro conocimiento, sólo en Baviera, Serbia, Montenegro y Macedonia. En Croacia existe una particular manifestación de la acción popular, en la que el Tribunal Constitucional no está obligado a incoar el procedimiento. Véase WIESER (2005): 140.

82 Art. 24.2 LF:

El Tribunal Constitucional

a) examina la adecuación a la Ley Fundamental de las leyes aprobadas, pero todavía no promulgadas;
 b) examina a instancia judicial la adecuación a la Ley Fundamental de una disposición jurídica aplicable al caso concreto;
 c) controla en el marco de un recurso de amparo la adecuación a la Ley Fundamental de una disposición jurídica aplicable al caso concreto;
 d) analiza en el marco de un recurso de amparo la adecuación a la Ley Fundamental de una decisión judicial;
 e) analiza a solicitud del gobierno, de una cuarta parte de los diputados del parlamento o del defensor del pueblo la adecuación de las disposiciones jurídicas con la Ley Fundamental;
 f) examina la adecuación de las disposiciones jurídicas con un tratado internacional;
 g) analiza la adecuación de una ley fundamental a los ámbitos competenciales y funcionales previstos en la Ley Fundamental.

83 Opinion no. 614/2011 of 25-26 March 2011 of the European Commission for Democracy through Law (CDL-AD(2011)001, parágrafo 64. <http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD%282011%29001-e.pdf>. Visitado el 23 de noviembre de 2011.

acuerdo con ello, el Tribunal Constitucional, si la deuda pública supera la mitad del producto interior bruto,⁸⁴ en el ámbito de sus competencias previstas en el art. 24.3, letras b) y e) LF, puede examinar la compatibilidad con la LF y, en consecuencia anular, las leyes de Presupuestos Generales del Estado, las relativas a su ejecución, las que regulan las modalidades impositivas, las tasas y las contribuciones especiales, los aranceles aduaneros, así como las condiciones fijadas por el Estado de los impuestos locales, *exclusivamente* en conexión con el derecho a la vida y a la dignidad humana, con el derecho a la protección de datos personales, con la libertad de pensamiento, conciencia y religión o con los derechos vinculados a la nacionalidad húngara.

Ciertamente esta regla se extiende sólo a una pequeña parte de todos los parámetros posibles. Sin embargo, no representa una total desposesión de las competencias del Tribunal Constitucional, en la medida en que podría recurrirse a ciertos derechos fundamentales, sobre todo la dignidad humana, que según la jurisprudencia constitucional se concibe también como un derecho fundamental autónomo y elemental. Por ello, el Tribunal Constitucional pudo en su sentencia 37/2011 (V. 10.) AB, a pesar de lo prevenido en el § 32/A.2 Constitución, emplear la dignidad humana para examinar una ley impositiva confiscatoria de carácter retroactivo. Aún así, es claro que las leyes impositivas abusivas podrían afectar al ejercicio de casi la práctica totalidad de los derechos fundamentales. De todos modos, la dignidad humana representa sólo un estándar mínimo, que no puede amparar todas las lesiones de los derechos fundamentales.⁸⁵ Por ello, el art. 37.4 LF no puede constituir una laguna justificable en la jurisdicción constitucional, lo que ha censurado la Comisión de Venecia.⁸⁶ De la misma manera, tan grave como esta laguna es la concepción del discurso político-constitucional que subyace al art. 37.4 LF. Su enunciado revela que una ruptura constitucional es posible y no resulta sancionable si cumple con el requisito de la eficacia. El constituyente subestima con ello que el Estado de derecho no puede impedir una exitosa política económica, sino constituir solo las bases de convivencia societaria confiable y de un clima positivo de inversiones.

3. Continuidad personal selectiva en las instituciones independientes

Conforme al art. 8 del Acto Transitorio, todos los que fueron elegidos de acuerdo con la Constitución permanecerán en sus funciones. Los diputados, los alcaldes, el Presidente de la República, el Gobierno y demás órganos, siguen en el ejercicio de su función. Cosa distinta sucede con los Comisionados de la Protección de Datos y con el Presidente del Tribunal Supremo (art. 11 y 16 del Acto Transitorio). La institución del Comisionado de la Protección de Datos fue suprimida; en su lugar se instauró una

⁸⁴ Esta restricción temporal de la limitación es nueva, aunque no cambia nada la limitación competencial en un previsible futuro. La deuda pública húngara es actualmente del 80% del producto interior bruto, y conforme a las predicciones más optimistas no será antes de veinte años inferior al 50 %.

⁸⁵ En estos términos decidió el Tribunal Constitucional en la sentencia 37/2011. (V. 10.) AB, en el sentido de que un impuesto retroactivo aplicable a un año impositivo no finalizado no contradice la dignidad humana mientras que sí lo hace un impuesto retroactivo a años impositivos finalizados.

⁸⁶ Opinion no. 614/2011 of 25-26 March 2011 of the European Commission for Democracy through Law (CDL-AD (2011)001, parágrafo 9. <http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD%282011%29001-e.pdf>. Visitado el 23 de noviembre de 2011.

nueva Autoridad de Protección de Datos. La finalización anticipada del mandato de los comisionados de la protección de datos plantea cuestiones relacionadas con el derecho comunitario.⁸⁷ Todavía más grave es la cuestión de que la mayoría de gobierno pueda cesar al Presidente del Tribunal Supremo antes del término de su mandato (en atención al cambio de su denominación por el de «Curia»). Una medida tal sólo es aceptable después del fin de una dictadura o en caso de infracciones de la ley por parte del juez. No se plantea aquí, sin embargo, ninguno de estos casos. Aún más problemático parece esta decisión en vista de que los dos titulares que han sido relevados de sus funciones fueron atacados también políticamente en los medios por los representantes del gobierno.⁸⁸

VI. LA PREVISIBLE VIGENCIA DE LA NUEVA LEY FUNDAMENTAL Y LA TAREA DE LA CIENCIA JURÍDICA EN HUNGRÍA

La capacidad funcional de una Constitución requiere de estabilidad. Ello depende, como apuntan los estudios empíricos, de tres factores:⁸⁹ de la flexibilidad, de su carácter integrador y del grado de detalle de la Constitución. La nueva LF es suficientemente flexible (incluso demasiado flexible), en la medida en que conforme a su art. S.2 —como la anterior Constitución— puede ser reformada por mayoría de dos tercios en el Parlamento. Tampoco falta el carácter detallado del texto de la LF. A lo sumo cabría cuestionar si la LF posee carácter integrador.

En contra de la amplia aceptación de la LF habla, de un lado, la manera conforme ha sido elaborada y aprobada. En otoño de 2010 se elaboró y publicó una propuesta por una comisión especial del Parlamento, que fue considerada más tarde sólo como un «material de ayuda para la codificación». La LF fue posteriormente elaborada y aprobada en el más breve periodo de tiempo: el primer proyecto se presentó el 14 de marzo de 2011 ante el Parlamento y apenas un mes después, el 18 de abril de 2011, se procedió a votar la LF.⁹⁰ La parte de la oposición orientada a la izquierda rechazó su participación a lo largo de todo el proceso y en la votación, mientras que el partido de extrema derecha se posicionó en contra de la LF. De esta manera, la LF fue aprobada sólo por el partido del gobierno.⁹¹

También la fuerte carga ideológica de la LF habla en contra de su carácter integrador. Los valores conservadores plasmados en el Preámbulo, la retórica religiosa

87 Art. 28 de la directiva 95/46/EG del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en el tratamiento de los datos personales y al libre tráfico de datos. Cfr. también C-518/07, Comisión/Alemania, de 9 de marzo de 2010, marginal 25. Para más detalles véase http://helsinki.hu/wp-content/uploads/barroso_dpa_independence_20111106_printed.pdf, visitado el 23 de noviembre de 2011.

88 Para más problemas en el sistema de justicia, en particular, sobre la rebaja de la edad de jubilación del juez y del nuevo sistema vinculado a ello de provisión de jueces (nombramientos y ascensos dependientes de una persona elegida e inamovible durante nueve años, que prácticamente posee total libertad en sus decisiones), véase <http://helsinki.hu/wp-content/uploads/Letter-to-Viviane-Reding-29-12-11.pdf>, visitado el 2 de enero de 2012.

89 ELKINS/ GINSBURG/ MELTON (2009): 65 ss.

90 http://www.mkogy.hu/internet/plsql/ogy_irom.irom_adat?p_ckl=39&p_izon=2627. Visitado el 23 de noviembre de 2011.

91 http://www.mkogy.hu/internet/plsql/ogy_szav.szav_lap_egy?p_szavdatum=2011.04.18.15:13:30&p_szavkepv=I&p_szavkpvcsop=I&p_ckl=39. Visitado el 23 de noviembre de 2011.

(caracterizada en el Preámbulo como 'credo nacional' y la alusión a la responsabilidad ante Dios en las disposiciones finales de la LF), y la configuración de ciertos derechos fundamentales (la circunscripción de la libertad a contraer matrimonio al hombre y la mujer) impiden en buena medida que la LF haya sido generalmente aceptada.

Finalmente, las posibilidades de bloqueo articuladas y la limitación competencial del Tribunal Constitucional constituyen un poderoso argumento en contra de su aceptación por parte de la oposición y de sus votantes. La LF, según lo expuesto, no sólo ha de verse como la expresión de una inaceptable ideología, sino también como un instrumento orientado a la conservación del poder del partido Fidesz. Por ello se ha postulado una reforma constitucional que modifique el núcleo de la LF.⁹² Incluso voces comedidas se han mostrado partidarias de una futura reforma de la LF capaz de garantizar el ejercicio de las funciones del Gobierno a través de una mera mayoría simple.⁹³

Estos factores permiten esperar en breve una modificación de la LF en sus bases esenciales, cuando no acaso un nuevo acto constituyente, para lo que deberían los liberales de izquierdas obtener una mayoría de dos tercios en el Parlamento. Un nuevo gobierno que fuera elegido sin una mayoría de reforma constitucional conllevaría la posibilidad de una crisis constitucional, en la medida en que los liberales de izquierda podrían intentar suprimir una ideología extraña a ellos y sortear las posibilidades de bloqueo de la LF al margen del procedimiento de reforma constitucional a través de un referéndum popular.⁹⁴ Otra posibilidad sería que el actual partido de gobierno ganara las próximas elecciones, pero sin la mayoría suficiente para reformar la LF y ser obligado a desmontar de nuevo las posibilidades de bloqueo instauradas por ellos, lo que naturalmente no podría ser posible sin el concurso de la oposición. En consecuencia, y de forma paradójica, sólo cabe esperar la relativa estabilidad de la vigente LF en tanto el actual gobierno disponga de una mayoría de reforma de la Constitución.

La pregunta reside en cuál puede ser la función de la ciencia jurídica húngara en el contexto de dichas relaciones. No pudo por desgracia influir realmente en la codificación de la LF (a pesar de las rápidas conferencias organizadas y de los múltiples dictámenes publicados, también remitidos a los políticos o expuestos personalmente de forma verbal).⁹⁵ La nueva LF fue aprobada prácticamente en contra de la casi unánime y abierta protesta del conjunto de la ciencia jurídica húngara.⁹⁶ La ciencia jurídica sólo puede

92 Eötvös Károly Közpolitikai Intézet, Az Alkotmányos korrekció lehet sége, http://www.es.hu/eotvos_karoly_kozpolitikai_intezet;az_alkotmanyos_korrekcio_lehetosege;2011-06-15.html, visitado el 23 de noviembre de 2011.

93 Csaba Tordai, Együtt élni az új alkotmánnyal, www.hazaeshaladas.blog.hu. Visitado el 23 de noviembre de 2011.

94 A favor de tal posición se muestra Eörsi Mátyás, Válasz Majtényi Lászlónak, Eötvös Károly Közpolitikai Intézet, http://www.es.hu/eorsi_matyas;valasz;2011-06-22.html. Visitado el 23 de noviembre de 2011.

95 Fueron incluso redactados y publicados dos proyectos privados independientes de constitucionalistas (uno de uno los autores de este trabajo). Véase <http://www.jak.ppke.hu/tanszek/alkotm/letolt/alkt.pdf> (András Jakab) y <http://www.tordaichsaba.hu/newconst/ALK%20I-XIV%20final.pdf> (Csaba Gáli, Tibor Sepsi, Csaba Tordai). Fue frustrante y triste comprobar que los laboriosos detalles aportados y los estudios de derecho comparado realizados en tales proyectos, a pesar de diferentes intentos por convencer, fueron asumidos sólo muy esporádicamente y en cuestiones más bien irrelevantes.

96 Entre otros véase *János Zlinszky*, A húsvéti alkotmányról. Igen-igen, nem-nem?!, Új Ember 20 de marzo de 2011, 3; *László Súlyom*, A kétharmad nem törtszám, *Heti Válasz* 2011/16. (21 de abril de 2011) 40 y ss.; *András Jakab*, Az Alkotmánybíróságról szóló rész így aligha elfogadható, *origo*; <http://www.origo>.

intentar en adelante mediante la interpretación y el instrumental de la dogmática jurídica extraer lo mejor del texto.⁹⁷ No será perfecto, pero muchos de los problemas podrían ser solventados a través de un refinamiento jurídico —si el Tribunal Constitucional aceptase dicha función correctora—. Como se sabe, la Constitución no sólo es un texto normativo, sino lo que el Tribunal Constitucional considera por Constitución ('the Constitution is what the judges say it is' Charles Evans Hughes, *Speech at Elmira*, 3 de mayo de 1907).⁹⁸ La ciencia jurídica húngara intentará con total seguridad convencer al Tribunal, apoyando lo más ampliamente posible los valores constitucionales europeos (a pesar de lo problemático del texto normativo en algunos ámbitos). Cómo se comportará el Tribunal Constitucional se mostrará en los años venideros.

TITLE: *Continuity with Deficiencies: The New Hungarian Basic Law*

ABSTRACT: *On 18 April 2011 The Hungarian Parliament approved the country's new Constitution, named the 'Basic Law of Hungary'. Its transitory provisions were approved in a different act of the Parliament, on 30 December 2011. Both acts entered into force on 1 January 2012. The article's main thesis is that most of the Basic Law's content stems from the previous democratic liberal Constitution, but that the rhetoric has changed into a conservative Christian historicising one. There are, however, also some substantive deficiencies in the new Basic Law, such as the curtailing of the competences of the Constitutional Court, the dismissal of the Data Protection Commissioner and of the President of the Supreme Court, the ability of the head of the judicial administration and of the Chief Prosecutor to choose a court for any court proceeding, the possibility of a lifelong prison sentence and the exaggerated use of cardinal (organic) laws. These either breach general principles of constitutionalism, or European Union and international law obligations. Some of these deficiencies can be resolved by means of creative interpretation, if the Hungarian Constitutional Court accepts his task as the guardian of European Constitutional values.*

RESUMEN: *En abril de 2011, el Parlamento de Hungría aprobó la nueva Constitución del Estado, denominada «Ley Fundamental de Hungría». Sus disposiciones transitorias fueron aprobadas en un diferente trámite parlamentario, el 30 de diciembre de 2011. Ambas normas entraron en vigor el 1 de enero de 2012. La tesis principal de este artículo es que la mayor parte del contenido de la actual Ley Fundamental trae su causa, en realidad, en la anterior Constitución liberal democrática, a pesar de que retóricamente quiera vincularse a un historicismo cristiano conservador. Existen, de cualquier forma, ciertas deficiencias sustantivas en la nueva Ley Fundamental: el recorte de las competencias del Tribunal Constitucional, la destitución del Comisionado para la Protección de los Datos Personales y del Presidente del Tribunal Supremo, la atribución al jefe de la administración judicial y al fiscal general de la facultad de seleccionar ad hoc el tribunal llamado a resolver un procedimiento judicial, la posibilidad de emitir una sentencia a cadena perpetua y el uso exagerado de las leyes cardinales (orgánicas). Esto incluso quiebra principios generales del constitucionalismo o las obligaciones impuestas por el derecho comunitario y por el derecho internacional. Alguna de dichas deficiencias pueden ser solventadas a través de una interpretación creativa si el Tribunal Constitucional de Hungría aceptara esta tarea como guardián de los valores constitucionales europeos.*

KEY WORDS: *Hungary, constitution making, constitutional court, data protection, organic laws.*

PALABRAS CLAVE: *Hungría, poder constituyente, tribunal constitucional, protección de datos, leyes orgánicas.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 27.02.2013 FECHA DE ACEPTACIÓN: 05.03.2013

hu/itthon/20110310-jakab-andras-a-ppke-docense-az-uj-alkotmany-tervezeterol.html, visitado el 23 de noviembre de 2011.

⁹⁷ Sobre la función de la ciencia jurídica (como *oracle scientist*) véase JAKAB (2011b): 757 ss.

⁹⁸ Citado de Bernard Schwartz, *Constitutional Law* (1972) VII. De forma similar Rudolf Smend, *Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts* am 26. Januar 1962, en: *Das Bundesverfassungsgericht* (1963) 24.