

DEL ACTIVISMO JUDICIAL A LA SUMISIÓN —EL DETERIORO DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN HUNGRÍA—

Zoltán SZENTE*

SUMARIO: I. *El establecimiento del Tribunal Constitucional húngaro y las primeras dos décadas de su funcionamiento.* II. *Los cambios institucionales antes de 2010.* III. *Jurisprudencia cambiante.* IV. *Explicación de los cambios en la jurisprudencia.* V. *Epílogo.*

Para un observador externo, la historia relativamente breve del Tribunal Constitucional húngaro podría ser un verdadero enigma. Poco después de su establecimiento, el Tribunal se convirtió en uno de los tribunales constitucionales más poderosos, al menos en Europa. Tuvo una gran influencia en el desarrollo constitucional del país, y su logro fue reconocido ampliamente, no sólo en Hungría, sino también a nivel internacional. Sin embargo, hoy, este cuerpo parece ser un aliado maleable del gobierno, ya que el activismo que alguna vez tuvo ha sido reemplazado por sumisión judicial, proporcionando con buena disposición legitimidad constitucional a casi todas las acciones legislativas. El camino que va desde ser anteriormente un campeón de la supremacía judicial a ser un cuerpo servil y políticamente leal puede ser en sí mismo interesante e instructivo aun para quienes no han seguido la transformación del sistema constitucional y político húngaro en años recientes.

* Zoltán Szente es profesor de derecho en la Universidad Nacional de Servicios Públicos, y en la cátedra de Investigación de la Academia Húngara de Ciencias, Instituto de Estudios Legales, Budapest, Hungría.

I. EL ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HÚNGARO Y LAS PRIMERAS DOS DÉCADAS DE SU FUNCIONAMIENTO

1. *La génesis y los años de formación*

Durante los años del así llamado “cambio de sistema”, es decir, el periodo de transición en Europa central y del Este en 1989-1990, por medio del cual los regímenes comunistas fueron derrotados en estos países, y se establecieron sistemas políticos pluralistas y democracias constitucionales, Hungría fue el único país poscomunista donde no se adoptó una nueva Constitución. En cambio, el programa político de la transición democrática desde un régimen autoritario de partido único de tipo soviético hacia una democracia parlamentaria de tipo occidental se institucionalizó por medio de una revisión general de la Constitución de 1949 en octubre de 1989.¹ Se cambiaron casi todas las partes importantes de la ley básica hasta tal punto que muchos se refieren a ella como “una constitución realmente nueva”.² Esta revisión general creó los fundamentos constitucionales del “cambio de sistema”,³ y estableció nuevas instituciones y procedimientos o transformó profundamente algunos de los antiguos.

Uno de estos nuevos organismos fue el Tribunal Constitucional. Antes de 1990 no había tradición de revisión constitucional en Hungría. Aunque en 1983 se estableció un así llamado Concejo de Derecho Constitucional, éste no tenía poder para anular los decretos inconstitucionales. Sin embargo, la situación política en 1988-1990 era extremadamente ventajosa para el nacimiento de este cuerpo. La transición democrática fue el resultado de un proceso de negociación pacífica durante 1988 y 1989, cuando los representantes del antiguo partido comunista y los movimientos de la oposición se pusieron de acuerdo no sólo sobre las condiciones políticas del cambio de régimen, sino también sobre sus circunstancias constitucionales. En efecto, la desconfianza política mutua existente entre las partes negociantes llevó

¹ Act No. XXXI, de 1989 sobre la enmienda de la Constitución de 1949.

² Jakab, András, “The Republic of Hungary. Commentary”, en Wolfrum, Rüdiger y Grote, Rainer (eds.), *Constitutions of the Countries of the World*, Nueva York, Oceana, 2008, p. 8.

³ Paczolay, Péter, “The New Hungarian Constitutional State: Challenges and Perspectives”, en Howard, A. E. Dick (ed.), *Constitution Making in Eastern Europe*, Washington, D. C., The Woodrow Wilson Center Press, 1993, pp. 21-55; Pogány, István, “Constitutional Reform in Central and Eastern Europe: Hungary’s Transition to Democracy”, 42, *International and Comparative Law Quarterly*, 1993, p. 332.

a que se estableciera una posición muy fuerte del tribunal constitucional recientemente creado, dado que tanto los antiguos comunistas como los nuevos líderes de la oposición veían a dicho cuerpo como un contrapeso del poder potencial de la otra parte después de las primeras elecciones democráticas en 1990.

Cuando se diseñó esta nueva institución, se siguió más o menos el modelo del *Bundesverfassungsgericht* alemán, estableciendo un modelo de revisión constitucional centralizado, “europeo” o “kelseniano” con las responsabilidades habituales.⁴ Entonces, la tarea principal del tribunal constitucional era la revisión judicial *ex post* de reglas jurídicas. La reglamentación abría el camino para que todos alojaran cualquier caso en el Tribunal, porque todas las peticiones se presentaban sin ningún interés personal o límite de tiempo (*actio popularis*). Debido a este acceso ilimitado al Tribunal, tarde o temprano virtualmente todas las leyes importantes cayeron en ese cuerpo. En ciertas áreas, el examen *ex ante* de la constitucionalidad de ciertos instrumentos jurídicos (*e. g.* los tratados internacionales) también recayó dentro de la competencia del Tribunal, al cual también se le otorgó poder para investigar conflictos entre los tratados internacionales y la ley nacional. La así llamada interpretación constitucional abstracta también era una competencia específica del Tribunal, por medio de la cual el cuerpo podía, a propuesta del jefe de Estado o del gobierno, explicar *erga omnes* en detalle el significado y los requisitos constitucionales de cualquier disposición de la ley básica. El Tribunal decidía en disputas de competencia entre autoridades públicas, y también las quejas constitucionales individuales; pero de hecho lo último era una revisión judicial indirecta de los estatutos sobre los que se basaban las decisiones judiciales individuales. De manera similar, cualquier tribunal ordinario podía recurrir al Tribunal Constitucional, e iniciar una revisión constitucional concreta de las reglas jurídicas relevantes al caso que tenía ante sí.

EL Tribunal se estableció como un organismo cuasijudicial; aunque tenía ciertas características de los tribunales judiciales (como la independencia estructural o la condición inamovible de los jueces), en el procedimiento faltaban otros principios y garantías judiciales clásicos (no había procedimiento contradictorio ni ningún recurso judicial al fallo del Tribunal, etcétera).⁵

⁴ Tóth, Gábor Attila y Kovács, Kriszta, “Aufstieg und Krise: Wirkung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit auf Ungarn”, en Wrase, Michael y Boulanger, Christian (eds.), *Die Politik des Verfassungsrechts: interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten*, Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 8.

⁵ Sólyom, László, “Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon” [*The Beginnings of Constitutional Review in Hungary*], Budapest, Osiris, 2001, pp. 114 y 115.

EL Tribunal comenzó a funcionar el 1o. de enero de 1990. A partir de esa fecha, el Tribunal Constitucional desarrolló una jurisprudencia rica y extensiva. Virtualmente, ha tratado casi todos los temas clásicos, como es común en aquellos países occidentales que tienen tradiciones constitucionales más largas. Especialmente en los primeros cuatro años de trabajo, el Tribunal tomó una serie de decisiones trascendentales en casos tan duros como la inconstitucionalidad de la pena de muerte y legislación criminal retroactiva, la prohibición de referéndum sobre enmiendas constitucionales, los requisitos constitucionales del derecho de la dignidad humana o la protección de datos personales. El Tribunal ejerció sus poderes de manera valiente en asuntos políticos actuales y controvertidos, como rechazar la reprivatización de propiedades nacionalizadas durante la era comunista, negar el castigo retrospectivo de delitos cometidos durante la revolución húngara de 1956, o al circunscribir el poder del jefe de Estado. Sin lugar a dudas, el Tribunal alcanzó una posición preeminente en el sistema constitucional húngaro, y tuvo un gran logro al elaborar y estandarizar el derecho constitucional viviente.

2. *La práctica interpretativa de un tribunal activista*

Los académicos comparten la visión de que en sus primeros nueve años de trabajo (periodo en el cual al tribunal se lo llama Tribunal Sólyom, por su primer presidente), el Tribunal siguió una práctica fuertemente “activista”. Debido a que entre 1990 y 2011 todos los intentos para redactar una nueva Constitución fallaron, y la relación hostil entre los partidos paralizó al Parlamento en temas constitucionales, el Tribunal era la única institución con poder suficiente para solucionar los grandes conflictos constitucionales (y, a menudo, políticos). El Tribunal no dudó en cumplir su rol, y consideró a la Constitución como una unidad holística de principios y reglas sobre la base de la cual pueden decidirse todas las controversias constitucionales.⁶ En efecto, hubo un activismo doble en la década de 1990; tanto el así llamado “activismo jurisdiccional” (los esfuerzos del Tribunal por extender su poder más allá de sus competencias reglamentarias) como el “activismo interpretativo” (la práctica que confía en fuentes extraconstitucionales en el razonamiento constitucional) caracterizaron el funcionamiento del Tribunal.⁷

⁶ Szente, Zoltán, “The Interpretive Practice of the Hungarian Constitutional Court: A Critical View”, 14 *German Law Journal* 8, 2013, p. 1596.

⁷ Sólyom, László, “Az Alkotmánybíróság önértelmezése [The Self-Identity of the Constitutional Court]”, 47 *Jogtudományi Közlöny* 6, 1992, pp. 274 y 275; Halmi, Gábor, “The

Aunque el cuerpo fue criticado frecuentemente por esta percepción de su rol, esta visión fue pronto ampliamente aceptada por varias y diversas razones. En primer lugar, todos los actores políticos creían que incluso la Constitución considerablemente revisada sólo sería transitoria, porque su preámbulo decía, “para facilitar una transición política pacífica hacia un Estado constitucional”, el Parlamento formuló el nuevo texto de la ley básica, “hasta que se adopte la nueva Constitución del país”. Entonces, como dije anteriormente, debido a sus tensas relaciones, los partidos políticos, con raras excepciones, no fueron capaces de alcanzar las reformas constitucionales necesarias, y, en esta situación, sólo el Tribunal podía subsanar esto y asumir ese rol. Además, en el contexto húngaro, no evolucionó ninguna “doctrina de cuestión política” que pudiera haber mantenido al Tribunal lejos de decidir los casos duros. Por último, pero no menos importante, los fallos del Tribunal Constitucional fueron decisiones definitivas, inapelables.

La conducta del Tribunal estuvo básicamente influenciada por el punto de vista de resolución de disputas de la revisión constitucional, compartido por la mayoría del primer Tribunal. Según este punto de vista, el Tribunal debería decidir sobre todas las controversias constitucionales que se le presentaran, en vez de escapar de la responsabilidad de la decisión final. La autoidentidad de la mayoría del Tribunal en los noventa se caracteriza a veces por la tesis de la así llamada “Constitución invisible”, aun cuando este enfoque nunca se volvió el método oficialmente interpretativo del Tribunal. Este punto de vista, que apareció en 1990 en una opinión coincidente de László Sólyom, el presidente del Tribunal, argumentaba que

...las decisiones del Tribunal crearían un sistema coherente que sirve como estandard seguro de constitucionalidad, como una constitución invisible por encima de la Constitución en vigencia que todavía está sujeta a modificaciones dictadas por el interés político diario. El Tribunal Constitucional goza de libertad en este proceso siempre que se mantenga dentro de los límites de la constitucionalidad.⁸

Según este punto de vista, la tarea del tribunal no es sólo descubrir el significado de la Constitución, sino, en cambio, precisar sus principios en su totalidad. Aunque este enfoque no excluye el uso de fuentes extraconstitu-

Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism? The First Decade of the Hungarian Constitutional Court”, en Sadurski, Wojciech (ed.), *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Londres-Nueva York, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 195-208.

⁸ 23/1990 (X. 31.), AB határozat.

cionales, rechaza la acusación de la interpretación arbitraria insistiendo en que la Constitución invisible no es una colección de valores morales personales de los jueces, sino que es un sistema coherente de principios básicos de la democracia constitucional. Aun más, el Tribunal se consideró a sí mismo “el depositario de la Revolución «*Rechtsstaat*»”.⁹ En cierto sentido, esta empresa fue la reacción a los desafíos de la postransición al principio de Estado de derecho, a medida que los reclamos e iniciativas políticas a favor del castigo retrospectivo a los delitos “comunistas”, la purificación, u otras medidas punitivas como mecanismos legales para manejar la herencia de cuarenta años de dictadura llevaron a una legislación extensiva en los comienzos de la década de 1990.

Se advierte que en la era post-Sólyom, el Tribunal comenzó a cambiar su activismo inicial y tomó una dirección autolimitante. Esta imagen de conducta judicial moderada tomó fuerza a medida que se agotaron las decisiones trascendentales, y el Tribunal a menudo buscó soluciones a mitad de camino en los restantes casos duros. Pero el cuerpo, aunque de manera silenciosa, continuó con su práctica interpretativa ecléctica, y en su gran mayoría basó su jurisprudencia en decisiones anteriores. Y aun cuando el Tribunal cambió su práctica; por ejemplo, cuando abandonó su antiguo camino liberal en casos de libertad de expresión, lo hizo de manera no menos no interpretivista, como lo había hecho antes.

Caracterizando la revisión constitucional de Hungría, según su evolución entre 1990 y 2010, la discrepancia entre la Constitución flexible y el activismo judicial es sorprendente. La antigua Constitución era fácilmente enmendable. El Parlamento, con dos tercios de votos en mayoría de miembros, era en sí mismo el poder que redactaba la Constitución. Entre la revisión general de la Constitución de 1949 en 1989 y las elecciones generales en 2010, la Constitución se modificó más de veinte veces. La única explicación plausible para esta salvedad es la incapacidad de los partidos políticos principales para llegar a acuerdos sobre asuntos constitucionales importantes, como he dicho anteriormente.

Otro antagonismo en la revisión constitucional era que, aunque Hungría tiene un sistema jurídico codificado, basado en tradiciones de derecho civil, el cual no reconoce el principio de *stare decisis*, el Tribunal Constitucional se desarrolló en su derecho de casos desde el mismo comienzo de sus funciones. Esta práctica ha incrementado inevitablemente el rol de la ley hecha por el juez en el sistema constitucional. A pesar de la falta de reconocimiento del rol formal de los precedentes, el Tribunal se refería frecuen-

⁹ 11/1992 (111.5.), AB határozat.

temente a sus propias decisiones anteriores como fuente de justificación de su sentencia. De esta manera, algunas de las decisiones básicas del Tribunal a comienzos de los noventa incrementaron gradualmente a un rango cuasiconstitucional, o incluso sustituyeron las estipulaciones textuales de la Constitución.

Dado que la Constitución de 1949-1989 no contenía un método autorizado de interpretación constitucional ni ninguna instrucción sobre cómo leer el texto de la Constitución, el Tribunal no estaba obligado a utilizar ningún método de sentencia, y debía inventar cómo aplicar las leyes y los principios generales de la Constitución a casos particulares. Notablemente, este activismo controvertido no se basó en una teoría interpretativa específica, y el Tribunal no elaboró una práctica o enfoque interpretativo de principios. Aplicó distintas metodologías interpretativas incluso a casos de naturaleza igual o similar, sin ninguna filosofía jurídica coherente o política jurídica consistente. La jurisprudencia del Tribunal descansaba en una práctica interpretativa ecléctica, siempre cambiante, que a menudo utilizaba fuentes no jurídicas de interpretación constitucional.¹⁰

Como parte de este eclecticismo, el Tribunal Constitucional húngaro, especialmente a comienzos de la década de 1990, aplicó una interpretación finalista o teleológica cuando extraía de manera sistemática la estructura total de los principios constitucionales básicos, como el Estado de derecho o la dignidad humana, y añadía cada vez más requisitos a los mismos principios fundamentales, estableciendo una estructura multicapas de ellos. La interpretación finalista se usó, por ejemplo, en los casos de separación de poderes, porque el Tribunal se refirió con frecuencia a los objetivos del gobierno parlamentario, a la efectividad del proceso legislativo de toma de decisiones, o del gobierno efectivo y estable.¹¹

Al igual que el *Bundesverfassungsgericht* alemán en su primera fase,¹² el Tribunal Constitucional húngaro también fue tentado por la justicia del derecho natural en los primeros años después de su establecimiento. La decisión

¹⁰ Para un análisis sistemático de la práctica interpretativa del Tribunal Constitucional, véase Jakab, András y Fröhlich, Johanna, “The Constitutional Court of Hungary”, en Jakab, András *et al.* (eds.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 394-437; Sente, Zoltán, “The Interpretive Practice of the Hungarian Constitutional Court: A Critical View”, *German Law Journal*, 1609.

¹¹ Véase, por ejemplo, 3/1991 (II. 7.), ABH 1991, 15, 17, y 31/2001. (VII. 11), ABH 2001, 258.

¹² Cole, Taylor, “Three Constitutional Courts: A Comparison”, en Lijphart, Arend (ed.), *Politics in Europe. Comparisons and Interpretations*, Englewood Cliffs, N. J. Prentice-Hall, 1969, p. 246; Kommers, Donald P. y Miller, Russell A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham-Londres, Duke University Press, 2012, pp. 308-312.

más famosa fue el caso de la *Pena de Muerte* en 1990, cuando el Tribunal basó su argumentación en valores morales y creencias.¹³ El razonamiento fue particularmente interesante, porque el Tribunal asumió una justificación abiertamente no textual, cuando declaró a la pena de muerte inconstitucional, a pesar de que el texto constitucional —bajo procedimiento legítimo— permitía el uso de la pena capital. Siguiendo el punto de vista del *Bundesverfassungsgericht* alemán, el Tribunal expuso muy al comienzo su convicción de que el valor inherente de la dignidad humana, la autonomía personal, tiene un núcleo que está exento de cualquier intervención de la ley.¹⁴

El Tribunal húngaro también utilizó el derecho constitucional comparado por varias razones y con varios objetivos.¹⁵ Como ya lo he mencionado, en el primer periodo de su funcionamiento, el Tribunal Constitucional húngaro tanto en su autodeterminación como en su jurisprudencia, se basó mucho en la práctica del Tribunal Constitucional Federal alemán, y en menor medida en la Corte Suprema de Estados Unidos. No es sorprendente en un país que se había convertido en un Estado democrático hacía no mucho tiempo, y donde no había tradición de revisión constitucional. Además, el Tribunal tomó prestadas del extranjero construcciones interpretativas enteras, como la doctrina de “el derecho viviente” de Italia, el concepto de “el derecho de la persona general”, o el “derecho madre” de Alemania.¹⁶ Esta “importación de derecho” se extendió no sólo a formas y doctrinas interpretativas, sino también al alcance material de la ley, como sucedió en el caso de la dignidad humana.¹⁷ Pero a medida que la jurisprudencia del Tribunal se desarrolló de manera gradual, la completa adopción de construcciones jurídicas extranjeras comenzó a declinar. En el periodo de 1999-2008 no ocurrió ninguna de tales adaptaciones. Desde comienzos de la década de 2000, el Tribunal comenzó a referirse más comúnmente a la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque estas referencias eran en su mayoría elementos decorativos

¹³ Szente, Zoltán, “The Interpretive Practice...”, *op. cit.*, 1599.

¹⁴ 23/1990 (X. 31.), ABH 1990, 88, 103. El Tribunal no ha esclarecido nunca cuál es el contenido “irrestringible” del derecho a la dignidad humana. Notablemente, todos los derechos no enumerados derivados de él pueden ser limitados por ley.

¹⁵ Szente, Zoltán, “Unsystematic and incoherent borrowing of law. The use of foreign judicial precedents in the jurisprudence of Hungarian Constitutional Court, 1999-2010”, en Groppi, Tania y Ponthoreau, Marie-Claire (eds.), *Constitutional Cross-fertilization. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

¹⁶ Szente, Zoltán, “The Interpretive Practice...”, *op. cit.*, p. 1601.

¹⁷ Dupré, Catherine, “Importing Human Dignity from German Constitutional Case Law”, en Halmai, Gábor (ed.), *The Constitution Found? The First Nine Years of the Hungarian Constitutional Review on Fundamental Rights*, Budapest, Indok, 2000, pp. 215-221.

cuando coincidían con las propias ideas del Tribunal o las consecuencias deseadas.

El Tribunal Constitucional húngaro nunca ha adoptado una postura originalista. En realidad, un propósito original no fue una opción cuando se debían interpretar aquellas disposiciones que se habían originado en el texto de 1949. Pero el Tribunal siempre había desconfiado del propósito original de los redactores, incluyendo también a los actores de la Mesa Redonda Nacional de 1989, porque sus motivos y creencias estaban ligados a las circunstancias políticas del periodo de la transición hacia la democracia. Entonces, el Tribunal se refirió a estas intenciones sólo pocas veces, cuando la intención original presumida era paralela a la suya propia.

El Tribunal apoyó de manera entusiasta la suposición de la idea de que el significado de la totalidad del texto es más que la suma de sus partes. Con este espíritu, el Tribunal fue altamente creativo al encontrar conexiones entre las diversas disposiciones de la Constitución, interpretándolas en forma conjunta, y llegando a conclusiones decisivas. La interpretación sistemática fue utilizada eficientemente también para disputas constitucionales con respecto al poder público; por ejemplo, para fortalecer la independencia judicial,¹⁸ o para declarar que “la Constitución húngara se basa en el principio de la separación de poderes”.¹⁹

Sin embargo, el Tribunal Constitucional generalmente intentó buscar una base textual para su decisión. Al hacer esto, el Tribunal se concentró en el significado gramatical y lógico del texto. Más precisamente, se relaciona con el textualismo no originalista, el cual prefiere el significado simple de un texto, en el sentido de que una disposición constitucional significa lo que dice hoy, en vez de lo que los redactores quisieron decir o lo que las palabras significaban cuando la Constitución fue promulgada, cuando ratificaron la Constitución o los efectos que se les atribuyeron. En ciertos casos, el Tribunal, más allá del significado del lenguaje común, utilizó el entendimiento jurídico de las palabras de la Constitución, pero esta práctica se basó en un amplio consenso.

En realidad, es una gran parte de la jurisprudencia del Tribunal cuando la decisión no se basó en ningún método interpretativo reconocible. Presumiblemente, el Tribunal consideró las posibles consecuencias de varias alternativas de decisión en vez de insistir en una forma de sentencia definida. Considerando la formulación general de la Constitución, este pragmatismo era probablemente inevitable para el Tribunal, una vez que tuvo la inten-

¹⁸ 38/1993 (VI. 11.), AB határozat.

¹⁹ 55/1994 (XI. 10.), AB határozat.

ción de decidir los méritos de todas las controversias constitucionales.²⁰ En el contexto húngaro, el pragmatismo tiene al menos dos formas distintas. Este punto de vista surgió primero en los noventa, cuando el Tribunal declaró que las circunstancias especiales del cambio de régimen, o el periodo de transición hacia la democracia, pueden tener relevancia en la interpretación constitucional. En los así llamados *Casos de Compensación*, el Tribunal dijo que la situación histórica había producido condiciones especiales que merecían soluciones especiales o extraordinarias. Una situación de tal naturaleza vino del legado del pasado comunista; por ejemplo: el gran volumen de propiedades estatales, que justificaba, entre otros, la libre distribución de bienes entre los miembros de las cooperativas de propiedad estatal.²¹ Las referencias a las circunstancias históricas especiales ocurrieron también en la década de 2000 por razones pragmáticas; por ejemplo, para defender la ley que castigaba el uso público de símbolos totalitarios.²² Hay otra forma de pragmatismo cuando el Tribunal sopesa las consecuencias directas y prácticas de sus decisiones. Por razones prácticas, también, el Tribunal utilizó de manera flexible su poder discrecional para determinar cuándo el efecto de una anulación se hacía efectivo, aplicando los efectos *ex nunc*, *ex tunc* o *pro futuro*.

II. LOS CAMBIOS INSTITUCIONALES ANTES DE 2010

Las elecciones generales de 2010 trajeron una victoria aplastante de los partidos conservadores que habían sido oposición durante los ocho años anteriores, y debido al sistema electoral desproporcionado ganaron una mayoría parlamentaria de dos tercios. Era una mayoría suficiente para redactar una Constitución, y el nuevo gobierno anunció que su victoria electoral le daba el mandato adecuado para reorganizar todo el Estado. Al hacerlo, la mayoría parlamentaria prácticamente eliminó las funciones de control del Tribunal. Básicamente, esto fue el resultado de distintos procesos paralelos que proporcionaron las herramientas para dismantelar una institución constitucional que era anteriormente importante y efectiva.

La antigua Constitución fue reemplazada por una nueva en la primavera de 2011. La nueva ley fundamental ha sufrido el defecto grande e irremedia-

²⁰ Sin embargo, en algunos casos políticamente difíciles, el Tribunal demoró mucho su decisión, como en el caso del Acta de la Policía de 1994 [47/2003 (X. 27.), AB határozat, 905/B/2003. AB határozat] o la ley de medios de 1996 [46/2007 (VI. 27.), AB határozat].

²¹ 16/1991 (IV. 20.) and 28/1991 (VI. 3.), AB határozat.

²² 14/2000 (V.12.), AB határozat.

ble de ser una Constitución partidaria, en el sentido de que las reglas básicas del juego fueron impuestas unilateralmente por la mayoría gobernante. Las circunstancias del proceso de redacción de la Constitución podrían plantear el tema de la legitimidad, aun cuando la ley fundamental fue aprobada por la mayoría de dos tercios de la Asamblea Nacional, según lo requería la antigua Constitución.²³ Sin embargo, la función original de la Constitución de dicho requisito de mayoría, es decir, imponer un acuerdo entre el gobierno y la oposición del momento, no pudieron prevalecer, porque los mismos partidos fueron capaces de dar la mayoría formalmente necesaria.²⁴

Aparte de los problemas de legitimidad, el contenido de la ley fundamental también generó grandes conflictos en la política interna y fuertes críticas en foros internacionales. Una de las primeras características de la nueva reglamentación constitucional es que sólo se produjeron cambios menores en el sistema de organización estatal. La forma republicana de Estado y el gobierno parlamentario han permanecido sin cambios, aun cuando aparezcan nuevos tonos y perspectivas en el texto escrito. Sin embargo, es una paradoja curiosa de la nueva reglamentación constitucional del poder público que mientras el sistema de organización estatal ha cambiado sólo de forma moderada, ha tenido un significativo impacto político en la práctica. En general, puede afirmarse que los límites institucionales se han debilitado considerablemente. Algunos de ellos han perdido su independencia, o algo de sus poderes de control.

²³ Para una descripción más detallada de este proceso y un análisis de la nueva Constitución, véase Kovács, Kriszta y Tóth, Gábor Attila, “Hungary’s Constitutional Transformation”, 7, *European Constitutional Law Review*, 2011; Jakab, András y Sonnevend, Pál, “Kontinuität mit Mängeln: Das neue ungarische Grundgesetz”, 72, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2012; Bánkuti, Miklós *et al.*, “Disabling the Constitution”, 23, *Journal of Democracy*, 2012; Bánkuti, Miklós *et al.*, “From Separation of Powers to a Government without Checks: Hungary’s Old and New Constitutions”, en Tóth, Gábor Attila (ed.), *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary’s 2011 Fundamental Law*, Budapest, Central European University Press, 2012, pp. 237-268; Pogány, István, “The Crisis of Democracy in East Central Europe: The «New Constitutionalism»”, *European Public Law*, 19, Hungary, 2013; Sonnevend, Pál *et al.*, “The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politic”, en Bogdandy, Armin von y Sonnevend, Pál (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 44-49.

Para presentaciones apologeticas de la nueva ley fundamental, véase Csink, Lóránt *et al.* (eds.), *The Basic Law of Hungary. A First Commentary*, Dublin-Budapest, Clarus Press, National Institute of Public Administration, 2012; Trócsányi, László, *The Dilemmas of Drafting the Hungarian Fundamental Law—Constitutional identity and European integration*, Passau, Schenk Verlag, 2016.

²⁴ Debe también notarse que los partidos de la oposición, con la excepción de la extrema derecha *Jobbik*, boicotearon los debates parlamentarios del nuevo texto constitucional, argumentando que no quieren contribuir al proceso de reversión de la democracia constitucional.

Ambos se relacionan con el Tribunal Constitucional, que fue durante dos décadas el contrapeso más efectivo y poderoso para el Ejecutivo. Sólo unos meses después de su formación, el nuevo gobierno, basado en su mayoría parlamentaria de dos tercios, cambió la forma de nominar a los jueces del Tribunal Constitucional, introduciendo prácticamente una elección partidaria de los miembros el Tribunal. Hasta la nueva reglamentación, la mayoría y la minoría parlamentarias habían sido obligadas a llegar a un acuerdo sobre los nuevos miembros del Tribunal, porque la composición del comité parlamentario a cargo de la nominación de los jueces del Tribunal Constitucional se había basado en la paridad entre los partidos del gobierno y de la oposición; entonces, cada candidato tenía que ganarse el apoyo de ambos lados. Según las nuevas reglas, los candidatos son propuestos por un comité parlamentario compuesto en proporción a los miembros de los partidos representados en el Parlamento y son elegidos por el Parlamento con una mayoría calificada de dos tercios. De esta manera, el gobierno de Fidesz, después de gozar tal mayoría parlamentaria en el otoño de 2010, pudo designar su propia gente en el Tribunal Constitucional.

Además, el número de jueces constitucionales se incrementó de once a quince. Aunque la explicación a esta medida fue para ayudar al Tribunal a abordar su trabajo, que, como era esperado, crecía en paralelo con su nueva función de reclamos constitucionales, en realidad era un “abarrotar el Tribunal”, porque la mayoría del gobierno explotaba la posibilidad de elegir por sí misma los nuevos jueces.²⁵ Así, los miembros del Parlamento del partido gobernante eligieron dos nuevos jueces en 2010 y cinco más en la primavera de 2011, ignorando la protesta de los partidos de la oposición.²⁶ De esta manera, el gobierno logró colocar a sus fieles seguidores en el organismo y alcanzar una mayoría estable. En realidad, todos los nuevos jefes elegidos desde 2010 fueron elegidos por la mayoría gobernante. Esto fue posible porque la ley sobre el Tribunal Constitucional contiene un “periodo de enfriamiento” de cuatro años, sólo para funcionarios líderes de partidos políticos, así como miembros del gobierno, antes de que puedan ser elegidos como jueces del Tribunal Constitucional. Pero esta regla de incompatibilidad no se extiende a la membresía en un partido o a un mandato parlamentario, lo que significa que aun los políticos partidarios

²⁵ Vincze, Attila, “Wrestling with Constitutionalism: the Supermajority and the Hungarian Constitutional Court”, 8, *Vienna Journal on International Constitutional Law* 1, 2014, p. 92.

²⁶ Una de las razones para las protestas fue que algunos nominados no cumplían con las condiciones impuestas por la ley.

líderes o los miembros ordinarios del Parlamento no pueden ser dejados fuera del Tribunal.²⁷

El control personal del Tribunal se extendió por medio de la nueva ley fundamental, que dio poder al Parlamento para elegir a la cabeza del Tribunal (antes era elegido por los mismos jueces). El presidente del tribunal constitucional es elegido por el Parlamento también en algunos otros países, como Alemania. Sin embargo, esta idea era extraña en el contexto húngaro, donde los partidos gobernantes pueden decidir ellos mismos quién presidirá el organismo sin ninguna compulsión de acuerdo con la oposición.

Todos estos cambios violaban la independencia del Tribunal Constitucional, porque el objetivo del método especial de selección de jueces es sólo garantizar la neutralidad política y la legitimidad del Tribunal. Por el contrario, la nueva reglamentación proporciona una influencia unilateral e injustificada sobre la composición del Tribunal Constitucional para el Ejecutivo. Desde un punto de vista constitucional, es una autocontradicción, dado que una de las principales funciones del Tribunal debería ser el control y contrapeso del Ejecutivo. El único cambio positivo fue la abolición de la posibilidad de reelección de los jueces del Tribunal Constitucional, y la simultánea extensión de mandato de nueve a doce años.

Aparte de estas medidas, cuando el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucional y anulado una ley que imponía un impuesto del 98 por ciento sobre la indemnización por despido con efecto retroactivo,²⁸ la mayoría del gobierno inmediatamente restringió su poder más importante: el de revisión constitucional. Desde entonces, el Tribunal sólo ha podido revisar y anular las leyes presupuestarias, las leyes sobre impuestos, jubilaciones, aduanas o cualquier clase de contribuciones financieras al Estado si violan el derecho a la vida y la dignidad humana, el derecho a la protección de datos personales, la libertad de pensamiento, conciencia o culto, y los derechos relacionados con la ciudadanía húngara. En teoría, esta limitación ha sido sólo provisoria, porque cesaría cuando el nivel de la deuda del Estado llegue por debajo del 50% del PBI. En realidad, desde la introducción de esta limitación, el Tribunal Constitucional no ha revisado las leyes de finanzas públicas. A primera vista, esta restricción de los poderes del Tribunal era sólo una revancha política por una decisión no favorable, pero resultó ser una estrategia a largo plazo, que neutralizó el rol controlador del Tribunal. Uno de los principales instrumentos del programa de recuperación finan-

²⁷ Szente, Zoltán, “The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014”, *Constitutional Studies I*, 2016, p. 131.

²⁸ 184/2010 (X. 28.) and 37/2011 (V. 10.), AB határozat.

ciera de la coalición de gobierno fue nacionalizar los fondos de pensión privados, expropiando también los ahorros de sus miembros. Supuestamente, si esta medida era revocada como inconstitucional (que hubiera sido una posibilidad en circunstancias normales), el déficit presupuestario saltaría a un siete por ciento en vez de al tres por ciento al que Hungría se comprometió para mantenerse como miembro de la UE.²⁹

Además, el así llamado *actio popularis* (es decir, el derecho de todos de recurrir al Tribunal para revisar la constitucionalidad de una ley sin intereses personales) fue abolido, aunque había sido durante mucho tiempo la herramienta más efectiva para lanzar un procedimiento de revisión jurídica en casos constitucionalmente controvertidos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha sido compensado hasta un cierto grado por la pérdida de su poder fundamental; la nueva Constitución, sobre el modelo alemán, introdujo la institución neutral de demanda constitucional individual. La consecuencia duradera de este cambio procesal fue que el foco de la actividad del Tribunal se movió de la revisión constitucional de legislación al control del Poder Judicial.³⁰

La cuarta enmienda a la ley fundamental en marzo de 2013 le dio el último golpe a la independencia del Tribunal al revocar todos los fallos que se dieron antes de la entrada en vigencia de la nueva ley fundamental.³¹ Esta enmienda constitucional anuló muchas decisiones del Tribunal, e incorporó dentro del texto constitucional muchas cosas que habían sido objetadas por el Tribunal en sus fallos anteriores. La práctica de la supermayoría parlamentaria para rechazar las decisiones desfavorables del Tribunal incorporando las disposiciones en disputa dentro del texto constitucional seguramente ha debilitado el prestigio del Tribunal Constitucional, y ha demostrado los límites y la ineficacia de la sentencia constitucional bajo tan aplastante mayoría parlamentaria.

La pregunta fue por un tiempo si estos cambios institucionales podrían alcanzar su objetivo, que es neutralizar al Tribunal Constitucional como contrapeso al Poder Ejecutivo, o aun más, hacer del organismo un leal defensor de las intenciones y objetivos del gobierno.

²⁹ Szente, Zoltán, “Breaking and Making Constitutional Rules: The Constitutional Effects of the Financial Crisis in Hungary”, en Contiades, Xenophon (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, Ashgate, 2013, p. 257.

³⁰ Gárdos-Orosz, Fruzsina, “The Hungarian Constitutional Court in Transition—from action popularism to constitutional complaint”, 53, *Acta Juridica Hungarica, Hungarian Journal of Legal Studies* 4, 2012.

³¹ Para un análisis detallado, véase Vörös, Imre, “The Constitutional Landscape After the Fourth and Fifth Amendments of Hungarian Fundamental Law”, 55, *Acta Juridica Hungarica, Hungarian Journal of Legal Studies* 1, 2014.

III. JURISPRUDENCIA CAMBIANTE

Cuando estudiamos si la práctica del Tribunal Constitucional cambió como resultado de los cambios institucionales y jurisdiccionales mencionados anteriormente, debe tenerse en cuenta que el texto constitucional en sí mismo también ha cambiado. Sin embargo, como se dijo anteriormente, sólo hubo pequeños cambios en la reglamentación constitucional de la estructura del Estado. En lo que se refiere a derechos básicos, la continuidad con el antiguo texto constitucional es más importante que los cambios. El capítulo relevante está fermentado por una filosofía social conservadora, que conecta la justificación de los derechos fundamentales con la realización de las obligaciones civiles, y hay límites más claros entre los derechos humanos y las libertades básicas, los derechos reservados a los ciudadanos, y algunos derechos sociales y de bienestar, los cuales son considerados como objetivos del Estado sin ningún derecho o privilegio exigible por ley.

Para la sentencia constitucional, el cambio más significativo en la ley fundamental en comparación con la Constitución anterior es que la nueva ley básica define los métodos principales de interpretación judicial. Los lineamientos generales están esparcidos por todo el texto constitucional sin ninguna jerarquía de los distintos principios interpretativos. El artículo N), párrafo (1) declara que Hungría hace cumplir el “principio de manejo equilibrado, transparente y sustentable del presupuesto”, mientras que el párrafo (3) hace que el Tribunal Constitucional —entre otros— tenga la obligación de respetar este principio. Según el artículo R, párrafo (3), las disposiciones de la ley fundamental deben interpretarse *a)* “de acuerdo con sus propósitos”, *b)* “con la Declaración de Fe Nacional”, y “con los logros de nuestra histórica constitución”. Mientras que la primera referencia se relaciona con el objetivo método teleológico (o de intencionalidad) de interpretación constitucional, la última se refiere al preámbulo de la ley fundamental, y las tradiciones de la histórica, no escrita, Constitución húngara (que existía antes de la Segunda Guerra Mundial). Finalmente, el artículo 28 de la ley fundamental dice que en el curso de la interpretación constitucional debe presumirse que sus disposiciones “tienen intenciones morales y económicas que están de acuerdo con el sentido común y el bien público”.

Además, hubo otras dos circunstancias extrajurídicas o políticas que influyeron en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En primer término, desde 2010 hasta 2015, la coalición de gobierno tuvo de manera continua una mayoría parlamentaria de dos tercios (para redactar la Constitución), lo cual le permitió a la mayoría parlamentaria derogar las

decisiones del Tribunal Constitucional en forma de enmiendas constitucionales. Los partidos gobernantes utilizaron este poder de manera inescrupulosa; a partir de las elecciones parlamentarias de 2010 hasta que entró en vigencia la nueva ley fundamental el 1o. de enero de 2012, la antigua Constitución fue modificada no menos de doce veces. Incluso la nueva Constitución fue enmendada cinco veces en los primeros dos años de su existencia; de hecho, hubo un proceso continuo de redacción de Constitución entre 2010 y 2013.

Es interesante notar que después de la aplastante victoria de los partidos conservadores en 2010, la práctica interpretativa del Tribunal Constitucional cambió más o menos paralelamente a los cambios en su propia jurisdicción y reglas de funcionamiento. Pero todas las señales muestran que el cambio en la composición del organismo fue la razón verdadera para la nueva postura del Tribunal. Aunque la nueva mayoría sacó ventaja sin escrúpulos de que ahora podía reemplazar a los jueces salientes por su propia gente, siempre que los nuevos miembros no tuvieran mayoría dentro del organismo, el Tribunal había intentado continuar con sus propias tradiciones y preservar sus bien embebidas construcciones judiciales, y revocó algunas leyes obviamente inconstitucionales. Sin embargo, pronto comenzaron cambios significativos, y en muchas áreas la jurisprudencia del Tribunal tomó una nueva dirección.

Hungría se ha visto profundamente afectada por la crisis económica mundial. La crisis causó una depresión económica grave casi inmediatamente después de su comienzo en el otoño de 2008, e incrementó en gran medida los riesgos financieros del país. En respuesta a los crecientes riesgos financieros, después de 2010 el gobierno de Orbán discontinuó las líneas de política del gobierno anterior, y ha comenzado una política económica llamada “no ortodoxa” en vez de los instrumentos tradicionales y aceptados para la recuperación económica. Esto significó la aplicación de medidas inesperadas e inusuales, como extender el rol económico del Estado y limitar la competencia del mercado, centralizar los recursos económicos del Estado, mantener las “empresas estratégicas” en manos del gobierno y ampliar el rango de la actividad económica exclusiva del Estado (por ejemplo, estableciendo nuevos monopolios), reestructurar las relaciones de propiedad en una serie de áreas de la economía de mercado (aumentando la influencia de “dueños nacionales”), seguir una política económica proteccionista (por ejemplo, prefiriendo empresas húngaras en adquisiciones públicas), imponer impuestos sectoriales especiales (en bancos, telecomunicaciones, energía y sectores minoristas), reorganizar las relaciones de comercio exterior (“abriéndose al este”), o lanzar intensivos proyectos de obra pública (persi-

guiendo el empleo total). Muchas partes de esta política han tenido implicancia constitucional.³²

Uno de los cambios más importantes en la jurisprudencia constitucional fue la reducción del nivel de protección de los derechos de propiedad. En 2012, por ejemplo, el gobierno decidió adquirir un banco de ahorros privado que tenía redes afiliadas en toda la nación y muchos pequeños accionistas. Sin embargo, cuando los otros accionistas se negaron a que el gobierno tuviera el control total del banco, la mayoría del gobierno promulgó una legislación especial que efectivamente traspasaba el control de este banco al gobierno nacional. Esta ley cambió las proporciones de propiedad y limitó los derechos de los accionistas. Las demandas constitucionales presentadas por muchos accionistas fueron rechazadas por el Tribunal Constitucional.³³ El Tribunal argumentó que las medidas disputadas se habían tomado para beneficio de los dueños anteriores, porque fortalecían la posición de mercado de la red de bancos. Comparado con los estándares de protección de los derechos de propiedad desarrollados en la década de 1990, este fue un gran cambio de jurisprudencia, porque fueron quitados los derechos de propiedad de los accionistas del banco, lo cual llevó a la cuasinacionalización del banco.³⁴

El Tribunal Constitucional también ha reducido el nivel de protección de los derechos de propiedad en otras decisiones. Fue un cambio espectacular en su jurisprudencia, porque en el periodo post-transición, al comienzo de la década de 1990, el Tribunal extendió la protección del derecho de propiedad a ahorros financieros privados, concesiones, licencias y derechos similares (que representan intereses pecuniarios) sobre la base de que esos derechos tienen la misma función que la propiedad (proporcionar “la base material de la autonomía personal”).³⁵ Sin embargo, después de 2010, mucha gente fue privada de la misma protección y perdieron sus derechos “conferidos” en una serie de esferas y ramas económicas (como el mercado minorista del tabaco, arrendamiento de tierras de propiedad estatal, juego, etcétera),

³² Chronowski, Nóra y Varju, Márton, “Two Eras of Hungarian Constitutionalism: From the Rule of Law to Rule by Law”, 8, *Hague Journal on the Rule of Law* 2, 2016.

³³ 20/2014 (VII. 3.), AB határozat.

³⁴ Szente, Zoltán y Gárdos-Orosz, Fruzsina, “Judicial Deference or Political Loyalty? The Hungarian Court’s Role in Tackling Crisis Situations”, en Szente, Zoltán y Gárdos-Orosz Fruzsina (eds.), *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe—A Comparative Perspective*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018, p. 94.

³⁵ 17/1992 (III. 30.), AB határozat, 64/1993 (VI. 3.), AB határozat, 1138/B/1995. AB határozat, 51/2001 (IX. 15.), AB határozat, 109/2008 (IX. 26.), AB határozat, 867/B/1997. AB határozat.

cuando el gobierno quitó las concesiones públicas a los antiguos beneficiarios y las redistribuyó entre los nuevos.

La protección en contra de los efectos negativos de la crisis económica surgió como una nueva base estándar para la cambiante jurisprudencia constitucional. La crisis económica de 2008, y especialmente la rápida depreciación de la tasa de cambio del forint húngaro con respecto a otras monedas extranjeras, tuvo como resultado una situación significativamente peor para los deudores, quienes tomaron créditos en francos suizos o euros. Se adoptaron algunas leyes con objeto de ayudar a la situación. Dichos actos legislativos y muchas decisiones judiciales relacionadas fueron revisados por el Tribunal Constitucional. Al hacerlo, nacieron nuevas ideas constitucionales, medidas constitucionales no convencionales y nuevas soluciones doctrinales en las decisiones relacionadas con los créditos en moneda extranjera. Por ejemplo, mientras que el Tribunal Constitucional reconocía en una decisión³⁶ que el número de medidas restringía algunos derechos fundamentales, como la libertad de contratar, el derecho a la propiedad, el derecho a un juicio justo, y algunos actos legislativos habían tenido efecto retroactivo, decidió que las medidas controvertidas eran proporcionales al objetivo de proteger a los ciudadanos en situaciones financieras desesperadas. Dar prioridad a la justicia sustantiva antes que a la justicia procesal es un fenómeno nuevo en la jurisprudencia constitucional húngara.³⁷ En otro fallo, el Tribunal confirmó que la protección de las personas privadas, y el compartir el riesgo *ex post* superaba los valores constitucionales mencionados anteriormente.³⁸ El cambiante punto de vista del Tribunal está bien caracterizado por otra decisión, en la cual declaraba que

En la situación de emergencia de finanza pública profundizada por la situación económica así como la crisis económica y financiera, era inevitable fijar como objetivo a largo plazo del gobierno la reducción de la deuda pública. Un número de exigencias y esfuerzos justos y legítimos debían estar sujetos a este objetivo.³⁹

La nueva perspectiva guiada por la crisis se utilizó hasta tal punto que justificó inclusive normas jurídicas restrictivas con efecto retroactivo. Así, cuando el Tribunal defendió la abolición legislativa de la jubilación temprana

³⁶ 34/2014 (XI. 14.), AB határozat.

³⁷ Szente, Zoltán y Gárdos-Orosz, Fruzsina, “Judicial Deference or Political Loyalty?...”, *op. cit.*, p. 95.

³⁸ 2/2015 (II. 2.), AB határozat.

³⁹ 23/2013 (IX. 25.), AB határozat.

na para ciertos empleados del Estado (como policías o miembros del ejército), argumentó de manera muy general que

En la situación de emergencia de finanza pública profundizada por la situación económica así como la crisis económica y financiera, era inevitable fijar como objetivo a largo plazo del gobierno la reducción de la deuda pública. Un número de exigencias y esfuerzos justos y legítimos debían estar sujetos a este objetivo.⁴⁰

Los cambios sustanciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se limitaron a asuntos relacionados con la economía o las finanzas. La reacción del Tribunal a los esfuerzos políticos del gobierno por (re)definir la identidad cultural del país muestra otro ejemplo del quiebre con la práctica anterior. El trasfondo político de este cambio en la jurisprudencia fue la intensa campaña antimigrantes de los partidos gobernantes desde 2015, cuando Hungría se vio profundamente afectada por el flujo migratorio hacia Europa. El gobierno húngaro tuvo una dura postura antiinmigración desde el mismo comienzo de la crisis migratoria y criticó duramente a las instituciones de la UE por la manera de manejar la crisis migratoria europea. Inició un referéndum nacional contra el controvertido sistema de cupo propuesto por la UE para el reasentamiento de migrantes entre los Estados miembros.⁴¹ Luego de que el referéndum resultó ser inválido, el gobierno comenzó batallas legales en contra de la política migratoria de la UE. En primer lugar, presentó (junto con Eslovaquia) un caso en la Corte Europea de Justicia argumentando que las instituciones de la UE no tienen poder para obligar a los Estados miembros a que permitan que los migrantes se instalen en su territorio.⁴² Luego, el presidente de los Derechos Fundamentales, obviamente alentado por el gobierno, presentó una petición al Tribunal solicitando una interpretación constitucional abstracta de dos disposiciones de la ley fundamental, preguntando si la disposición constitucional que prohíbe “la expulsión colectiva” de cualquier húngaro del territorio de Hungría es también válida si otro Estado expulsa gente de manera colectiva. Aparentemente, la consideración de fondo de esta cuestión era declarar inconstitucional la política de desplazamiento de la UE. Otro tema era si las

⁴⁰ 23/2013 (IX. 25.), AB határozat.

⁴¹ Decisión del Concejo (UE) 2015/1601 del 22 de septiembre de 2015.

⁴² La Corte Europea de Justicia rechazó este reclamo. Véase *Slovak Republic and Hungary v Council of the European Union*, Judgment of the Court (Grand Chamber) del 6 de septiembre de 2017. C-643/15; C-647/15.

autoridades húngaras están obligadas a ejecutar las medidas de la UE que sean contrarias a las disposiciones de la ley fundamental húngara, y si así no fuera, qué institución húngara puede declararlo. Esta cuestión sugería que las instituciones húngaras no están obligadas constitucionalmente a obedecer las reglamentaciones *ultra vires* de la UE y es inconstitucional cuando la UE ejerce una competencia yendo más allá del “alcance necesario” de las competencias conferidas a la Unión.⁴³

En su fallo, el Tribunal Constitucional declaró que el ejercicio conjunto de cualquier competencia de parte de las autoridades nacionales y las instituciones de la UE puede no violar la soberanía de Hungría, y, por otro lado, no puede llevar a la violación de la “identidad constitucional”.⁴⁴ El Tribunal remarcó que con la adhesión a la UE, Hungría “no ha entregado su soberanía”, y la soberanía nacional “debe presumirse cuando se juzga sobre el ejercicio conjunto de otras competencias adicionales a los derechos y obligaciones previstos en los Tratados Fundantes de la Unión Europea”. Además de esto, el Tribunal declaró que se reserva el derecho de interpretar “el concepto de identidad constitucional como la auto-identidad de Hungría y despliega el contenido de dicho concepto dependiendo del caso”. Aunque el Tribunal Constitucional subrayó que no “comenta sobre la validez, invalidez o primacía de la aplicación” de los actos jurídicos de la UE, esta decisión muestra un fuerte contraste con la jurisprudencia anterior del Tribunal, que nunca antes había reclamado el poder de revisar si los actos jurídicos de la UE están en armonía con la soberanía nacional y la identidad constitucional de Hungría. En cambio, el Tribunal siempre respetó la división del poder de revisión entre la Corte Europea de Justicia y sí mismo y la primacía y aplicabilidad directa de la ley de la UE.⁴⁵ Según el enfoque que regía anteriormente y la práctica continua de interpretación constitucional —basada en un texto constitucional más o menos idéntico—, el Tribunal Constitucional no tiene competencia para revisar la legalidad de las normas jurídicas de la UE.⁴⁶

La jurisprudencia del Tribunal se volvió más favorable al Poder Ejecutivo que antes también en otros casos. Así, cuando en 2011 una nueva ley

⁴³ Szente, Zoltán y Gárdos-Orosz, Fruzsina, “Judicial Deference or Political Loyalty?...”, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁴ 22/2016 (XII. 5.), AB határozat.

⁴⁵ 1053/E/2004. AB határozat; 72/2006 (XII. 15.), AB határozat; 9/2007 (III. 7.), AB határozat; 143/2010 (VII. 14.), AB határozat, 32/2008 (III. 12.), AB határozat.

⁴⁶ 61/B/2005. AB határozat; 66/2006 (XI. 29.), AB határozat; 87/2008 (VI. 18.), AB határozat.

autorizó al ministro de justicia a aprobar la aplicación de recolección de información secreta (como interceptación o vigilancia) al Centro Contra el Terrorismo, el Tribunal rechazó las demandas constitucionales correspondientes, y defendió la nueva legislación.⁴⁷ Al hacerlo, el Tribunal aceptó el argumento de que la prevención de riesgos a la seguridad nacional necesita una decisión política que justifica el empoderamiento del ministro de Justicia para permitir la recolección de información secreta. Sin embargo, esta postura era un cambio total con respecto al derecho de casos anterior, en el cual el Tribunal siempre insistía en salvaguardar la revisión judicial en tales casos, considerando el alcance de la restricción del derecho a la privacidad.⁴⁸ Debe añadirse que el caso terminó en Estrasburgo, donde la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que el artículo 8o. de la Convención Europea de Derechos Humanos era violado por la legislación húngara, y que el Tribunal Constitucional húngaro no proporcionaba una solución suficiente para el caso.⁴⁹

IV. EXPLICACIÓN DE LOS CAMBIOS EN LA JURISPRUDENCIA

Si se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional húngaro desde 2010, se puede sugerir que todos los cambios presentados anteriormente pueden explicarse de manera obvia por la adopción de la ley fundamental en 2011, la cual reemplazó a la antigua Constitución. Aparte de esta explicación bastante natural, las variables explicativas más importantes de los cambios mencionados anteriormente pueden ser los desafíos globales que el país ha tenido que enfrentar en los últimos años. La depresión económica, la migración masiva o los riesgos a la seguridad interna pueden haber causado cambios considerables en la práctica del Tribunal.

Sin embargo, mi afirmación es que estos factores no proporcionan suficiente explicación para los profundos y amplios cambios que han tenido lugar en la jurisprudencia constitucional desde 2010, o, peor aún, éstas no fueron las causas reales del curso nuevo y sin precedentes del Tribunal Constitucional.

En primer lugar, en la mayoría de los casos los cambios significativos no pueden atribuirse al nuevo texto constitucional. Como lo han apuntado muchos estudiosos,⁵⁰ el texto —especialmente en los temas constitucionales

⁴⁷ 32/2013 (XI. 22.), AB határozat.

⁴⁸ 36/2005 (X. 5.), AB határozat, 2/2007 (I. 24.), AB határozat.

⁴⁹ *Visy and Szabo v. Hungary* (Application núm. 37138/14).

⁵⁰ Jakab, András y Sonnevend, Pál, “Kontinuität mit Mängeln...”, *cit.*

más controvertidos— no ha cambiado hasta el punto de justificar las nuevas direcciones de la práctica interpretativa del Tribunal. El mismo Tribunal confirmó que se va a referir al anterior derecho de casos cuando el texto constitucional relevante no haya cambiado con la adopción de la ley fundamental, y si se justifica.⁵¹

Luego, un análisis más profundo del pasado reciente de la revisión constitucional muestra que no hay conexión entre la transformación del derecho de casos del Tribunal Constitucional y la necesidad real de dar respuesta a los desafíos del presente.⁵² Estas circunstancias no tuvieron un rol importante en los procesos legislativos, a excepción del caso de las nuevas disposiciones jurídicas y constitucionales que se relacionan con nuevos órdenes jurídicos especiales. Así, por ejemplo, el gobierno húngaro declaró a principios de la década de 2010 que Hungría se recuperaba de la depresión económica, y cuando en 2013 se abolió el procedimiento de déficit excesivo en contra del país, fue presentado por parte del gobierno como clara evidencia de que Hungría había superado la crisis. En la práctica, el Tribunal Constitucional, al razonar sus propias decisiones, se refirió sólo en raras ocasiones a las restricciones que surgían de las situaciones de crisis.

Además, la jurisprudencia del Tribunal ha cambiado profundamente en algunas áreas del derecho que no habían sido afectadas ni por la crisis económica ni por la migración, u otros desafíos. El Tribunal Constitucional redujo drásticamente los niveles de protección de derechos en el caso de algunas otras libertades civiles, dado que el Tribunal no pudo impedir que las garantías del Estado de derecho se debilitaran, o en algunos casos, fueran minadas. En resumen, los cambios en el derecho de casos del Tribunal estuvieron lejos de estar confinados a las áreas jurídicas afectadas por crisis o desafíos importantes.⁵³

Los cambios incuestionables sólo pueden entenderse teniendo en cuenta su contexto más amplio y los acontecimientos que los formaron. El deterioro de la sentencia constitucional tuvo lugar dentro del marco de la transformación autoritaria que sistemáticamente ha desmantelado la división de poderes y el Estado de derecho desde 2010.⁵⁴ La mayoría de los cambios

⁵¹ 22/2012. (V. 11.), AB határozat; 13/2013. (VI. 17.), AB határozat.

⁵² Chronowski, Nóra y Gárdos-Orosz, Fruzsina, “The Hungarian Constitutional Court and the Financial Crisis”, 58, *Acta Juridica Hungarica, Hungarian Journal of Legal Studies* 2, 2017, p. 151.

⁵³ Szente, Zoltán y Gárdos-Orosz, Fruzsina, “Judicial Deference or Political Loyalty?...”, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁴ Para este proceso, véase Scheppele, Kim Lane, “Understanding Hungary’s Constitutional Revolution”, en Bogdandy, Armin von y Sonnevend, Pál (eds.), *Constitutional Crisis in*

en la jurisprudencia constitucional han sido causados por las tendencias incuestionablemente autoritarias que han construido una así llamada “democracia intolerante”, que rechaza todos los contrapesos institucionales en contra del Poder Ejecutivo. Como el Tribunal Constitucional había sido desde sus mismos orígenes un poderoso contrapeso para el Poder Ejecutivo, no es sorprendente que este organismo se involucrara en los cambios constitucionales considerables, y fue una de las primeras víctimas de esta nueva transición. En teoría, la idea de fondo era que una revisión constitucional independiente y fuerte no puede ser compatible con la supremacía parlamentaria⁵⁵ en un país donde los partidos gobernantes gozan de enorme apoyo popular y de una mayoría en el Parlamento suficiente para crear una Constitución.

El Tribunal Constitucional, en su nueva composición, no desilusionó a aquellos que habían diseñado y logrado los cambios en el escenario institucional y la membresía del Tribunal. Las investigaciones cualitativas⁵⁶ y cuantitativas⁵⁷ disponibles muestran que en temas políticos controvertidos, el Tribunal generalmente decide a favor del gobierno, y los nuevos jueces siguen más o menos sus propias orientaciones políticas. En su composición actual, todos los miembros del Tribunal Constitucional fueron seleccionados y elegidos por la mayoría gobernante, y el organismo se ha convertido en un grupo de defensores fieles del poder gubernamental.

V. EPÍLOGO

El deterioro del Tribunal Constitucional húngaro brinda una evidencia realmente fuerte a favor de la importancia de las garantías para la independencia judicial. La eliminación de estas custodias fácilmente puede llevar a la remo-

the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania, Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2015; Pap, András L., *Democratic Decline in Hungary*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018.

⁵⁵ Sólyom, László, “The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary”, en Bogdandy, Armin von y Sonnevend, Pál (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2015, p. 22.

⁵⁶ Halmi, Gábor, “In memoriam magyar alkotmánybíráskodás. A pártos alkotmánybíráskodás első éve [In memoriam Hungarian constitutional adjudication]”, 18, *Fundamentum* 1-2, 2014.

⁵⁷ Szente, Zoltán, “The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014”, *op. cit.*

ción de este mismísimo control institucional. Otra lección de este caso es que las garantías formales en sí mismas no dan una protección efectiva para la independencia judicial. La sobrepolitización de las instituciones originariamente neutras, como el abarrotamiento del tribunal, pueden hacer de estos controles y contrapesos meros sirvientes de la voluntad política, aun cuando algunas garantías formales (procesales y estructurales) queden sin tocar.