

**¿INNOVACIÓN O CONTINUIDAD?:  
DIGNIDAD HUMANA Y  
PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE EL  
MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN EN  
LA NUEVA LEY FUNDAMENTAL  
HÚNGARA DE 2011**

JUAN JOSÉ RUIZ RUIZ

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA RECEPCIÓN DE LA ANTERIOR DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE 2011. III. LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ALEMANA SOBRE LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO Y EL DERECHO A LA VIDA. IV. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIDA PRENATAL Y EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS. V. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 5.03.2014  
Fecha aceptación: 9.09.2014

# ¿INNOVACIÓN O CONTINUIDAD?: DIGNIDAD HUMANA Y PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN EN LA NUEVA LEY FUNDAMENTAL HÚNGARA DE 2011

JUAN JOSÉ RUIZ RUIZ  
(Universidad de Jaén)

## I. INTRODUCCIÓN

La efervescencia constitucional que está conociendo Hungría ha vivido su último episodio con la aprobación de la 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> enmiendas a su reciente Ley fundamental de 2011. La primera de ellas, adoptada el 11 de marzo de 2013<sup>1</sup>, consta de 22 artículos, que en buena parte han pretendido volver a introducir las disposiciones transitorias declaradas inconstitucionales en diciembre de 2012 por la sentencia n.º 45/2012 de 29 de diciembre, al entender que dichas disposiciones, —aprobadas el 31 de diciembre de 2011—, es decir, justamente el día antes de la entrada en vigor de la nueva Ley Fundamental, carecían de tal carácter por incorporar en realidad derecho sustantivo<sup>2</sup>. La última y quinta enmienda

---

<sup>1</sup> Los votos a favor fueron 265 (de Fidesz, partido del gobierno), 11 votos en contra (verdes y demócratas) y 33 abstenciones (del partido derechista Jobbik). El Partido socialista, el mayor partido de la oposición, boicoteó por su parte la votación ausentándose.

<sup>2</sup> La 4.<sup>a</sup> enmienda abarca una gran variedad de materias, entre las que sobresalen las que afectan a la jurisdicción constitucional, de cuya jurisprudencia recaída bajo el texto constitucional anterior se decreta la caducidad, a salvo los efectos jurídicos ya producidos. Asimismo, se modifica la imposibilidad impuesta por el art. 37.3 LF, de ejercer un control sustantivo de las leyes

fue adoptada el 26 de septiembre de 2013 en cierta medida como respuesta a las presiones internacionales.

La nueva Constitución húngara, denominada ahora Ley fundamental (en adelante LF), ha estado precedida por un fallido proceso constituyente tras años de mantener, bien que con sustanciales reformas, la anterior Constitución de 1949 (aprobada por la Ley XX de 18 de agosto), que hubo de adaptarse progresivamente a golpe de enmiendas constitucionales que en realidad venían exigidas por los rápidos cambios legislativos que se iban sucediendo. En Hungría la transición de un régimen comunista a otro democrático se llevó a cabo por tanto dentro de la legalidad anterior, convirtiéndose de este modo en el único país del Este en cambiar el régimen sin rupturas formales. A pesar de ello, los cambios introducidos en la Constitución de 1949 no evitaron que la jurisprudencia constitucional, asumiendo un papel compensador de las insuficiencias de un texto constitucional provisional adoptado por el Parlamento el 23 de octubre de 1989<sup>3</sup>, impulsara el proceso de cambio político, en particular con la creación jurisprudencial de derechos. La nueva Constitución de 2011 responde en este sentido a la necesidad de

---

presupuestarias y tributarias por el TC, durante y después de períodos de alto endeudamiento (de más de la mitad del PIB), con excepción de lesión a algunos derechos fundamentales o de existencia de vicios procedimentales invalidantes, ya que ahora se permite declarar la inconstitucionalidad de las leyes presupuestarias o tributarias cuando el nivel de endeudamiento se reduzca por debajo del 50% del PIB, solo que con efectos parcialmente retroactivos, al ceñirse los efectos de una sentencia de nulidad solo al período en el que el PIB no sobrepasaba el 50%. Se introdujo una reducción del plazo para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, después ampliado de nuevo por la 5.<sup>a</sup> enmienda. Otras disposiciones afectadas por la 4.<sup>a</sup> enmienda se refieren a la posibilidad de que el Presidente del Poder Judicial pudiera trasladar las causas a órganos judiciales distintos del juez natural (luego derogada por la 5.<sup>a</sup> enmienda), la posibilidad de tasación extraordinaria, la afirmación de los vínculos familiares sobre el matrimonio, el reconocimiento como iglesias de entidades religiosas, la introducción de restricciones de propaganda política pagada en los medios de comunicación, la introducción a nivel constitucional de la prohibición del *bate speech*, de restricciones a las personas sin techo para establecerse en ciertas zonas de suelo público y de controles en la obtención de becas. Asimismo se traspasan los materiales del partido comunista a titularidad de los archivos públicos. Para un análisis detallado, *vid.* Matteo DE SIMONE, «Ungheria: note sul quarto e quinto emendamento alla Legge Fondamentale», en *forumcostituzionale.it*; Valerio LUBELLO, «Ungheria. Flusso di modifiche alla Legge fondamentale», *DPCE online*, 2013-2.

<sup>3</sup> Debido a los poderes atribuidos, el Tribunal Constitucional creado tras las enmiendas de 1990 era considerado, hasta la creación de la Corte Constitucional en Sudáfrica, el más poderoso en el ámbito del Derecho Comparado. *Vid.* Andrew ARATO and Zoltán MIKLÓSI, «Constitution Making and Transitional Politics in Hungary» en Laurel MILLER and Louis AUCOIN (ed.), *Framing the state in times of transition: case studies in constitution making*, United States Institute of Peace, Washington, 2010, p. 363. *Cfr.* también Andrew ARATO, «Post Sovereign Constitution-making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?» (Part One), *South African Journal on Human Rights*, vol. 26, núm.1, 2010.

poner fin a un texto transitorio, necesidad que en principio ha sido compartida por todos los partidos políticos parlamentarios a lo largo de 15 años, durante los cuales sin embargo no fueron capaces de encontrar un acuerdo con el que cerrar un proceso constituyente que se prolongaba demasiado.

El procedimiento utilizado para aprobar la LF se ha ganado además las más severas críticas, principalmente por prescindir de los partidos de oposición y por haber vulnerado el art. 24.5 de la anterior Constitución (modificado por la Ley XLIV de 1995) que fijaba una mayoría de 4/5 de los diputados para poder proponer un proyecto de Constitución, aunque con vigencia solo para aquella legislatura<sup>4</sup>. Desde algunas posiciones doctrinales se ha considerado por ello que se ha pretendido imponer una Constitución partidista, ideologizada y no precisamente apropiada para una sociedad abierta, citando al respecto, entre otros, algunos contenidos del Preámbulo o la especial protección que merecen en el nuevo texto constitucional tanto la vida humana desde el momento de la concepción, así como la familia, la procreación (art. L.2), y el matrimonio (definido como unión de hombre y mujer, art. L.1), que según se dice, no solo serían los propios de una visión inspirada en valores religiosos<sup>5</sup>, sino que además resultaría contraria a las obligaciones contraídas por Hungría en el ámbito de la Unión Europea y en el ámbito de algunos Tratados Internacionales. Ocurre, sin embargo que, un análisis más detenido, muestra que, en rigor, la mayor parte de las decisiones constituyentes respecto a las cuestiones apuntadas, ya habían sido anticipadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC). Se pueden citar a estos efectos una serie de sentencias en las que la jurisdicción constitucional declaraba constitucionales determinadas opciones legislativas, tales como la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>6</sup> o la restricción a los jóvenes menores

<sup>4</sup> Vid. Valerio LUBELLO, «La revisione della Costituzione», en Giuseppe FERARI, *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 35.

<sup>5</sup> Vid. Kriszta KOVÁCS & Gábor Attila TÓTH, «Hungary Constitutional Transformation», *European Constitutional Law Review*, 7, 2011, p. 198.

<sup>6</sup> La doctrina sentada respecto al matrimonio fue reiterada en varias sentencias, en las que la principal premisa fue en todos los casos que el matrimonio solo puede reconocerse a las relaciones entre un hombre y una mujer. A la primera sentencia del *Alkotmánybíróság* (AB) [Tribunal Constitucional] n.º 14/1995 III. 13, siguieron otras dos de octubre de 2007, n.º 65/2007 (de 18 de octubre) y la sentencia n.º 75/2007 (de 19 de octubre), en las que se definía al matrimonio como la comunidad de vida entre personas de diferente sexo protegida como valor en la Constitución, enfatizando además que no podía extenderse a otras formas de convivencia. Vid. Orsolya SZEIBERT-ERDÖS, «Same-sex partners in Hungary. Cohabitation and registered partnership», *Utrecht Law Review*, vol. 4, núm. 2, June 2008, p. 214.

de edad de adherirse a organizaciones homosexuales<sup>7</sup>, además de las relativas al aborto, cuyo análisis abordaremos a continuación.

Por otro lado, la relevancia que en la actualidad asumen las normas integradoras europeas como canon de validez de enmiendas constitucionales o incluso de la producción de nuevos textos constitucionales, hace que no pueda prescindirse tampoco de las instituciones que deben velar por su observancia, entre las que sobresalen los órganos jurisdiccionales, que pueden ejercer a este respecto un control externo, cuasi-constitucional, de las reformas constitucionales de los estados<sup>8</sup>. Se ha apuntado a este respecto que desde la incorporación de los estados del Este de Europa al sistema del Convenio europeo de Derechos humanos se ha abierto la vía que ha permitido evolucionar al Tribunal europeo de derechos humanos (TEDH), de una corte de super-apelación de resoluciones individuales a un Tribunal de escrutinio de la legislación nacional, focalizado en defectos sistémicos del sistema jurídico de estos países para los que señalaba, en los denominados *pilot judgements*, la necesidad de adoptar medidas legislativas por las denominadas vulneraciones sistémicas<sup>9</sup>. En el ámbito del Consejo de Europa, interesan de manera especial las observaciones que la Comisión Venecia ha formulado en dos momentos, anterior y posterior a la adopción de la LF, en torno a diversos aspectos, en primer lugar a petición del propio Gobierno húngaro sobre cuatro cuestiones previas a la adopción del texto<sup>10</sup>, y posteriormente a petición del Comité de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, estando ya aprobado el texto constitucional. Entre las «preocupaciones» manifestadas por la Comisión Venecia se encuentra, en la Opinión 621/2011, de 20 de junio de 2011, la de que el art. II de la LF «pueda ser usado para justificar una medida legislativa o administrativa que restrinja o incluso prohíba el aborto»<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Se trata de la sentencia del *Alkotmánybíróság* (AB) n.º 21/1996 (V. 17). En ella el TC mantuvo que la libertad de asociación es un derecho fundamental, cuya restricción a los menores depende de dos factores, en concreto la madurez del menor para decidir por sí mismo y el objeto concreto de la decisión. *Ibid.*, p. 214.

<sup>8</sup> *Vid.* Lech GARLICKI and Zofia A. GARLICKA, «External review of Constitutional amendments? International Law as a norm of reference», *Israel Law Review*, vol. 44, núm. 3, 2011, p. 343.

<sup>9</sup> *Vid.* Wojciech SADURSKI, «Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments», *Human Rights Law Review*, n.º 9, 2006, p. 422.

<sup>10</sup> Resueltas en marzo de 2011 con la resolución CDL-AD (2011)001.

<sup>11</sup> CDL-AD (2011) 016, p. 14.

## II. LA RECEPCIÓN DE LA ANTERIOR DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE 2011

Según el artículo II LF «La dignidad humana será inviolable. Todo ser humano tendrá el derecho a la vida y a la dignidad humana; la vida embrionaria y fetal estará sujeta a protección desde el momento de la concepción.». Es evidente que, a diferencia del texto constitucional anterior, y también a diferencia de preceptos similares de otras Constituciones que protegen la vida del no nacido, se menciona expresamente la concepción como momento inicial de la vida prenatal. Alguna doctrina entiende que esta formulación del art. II LF no deja de ser imprecisa, pues se plantea la duda de si dentro de su ámbito de aplicación se encuentra, además de la vida prenatal en gestación, identificada con la vida fetal *in utero*, también la vida embrionaria *in vitro*<sup>12</sup>. La duda afecta por tanto a la vida no viable de embriones no destinados a implantación, lo cual hace que esta cuestión termine por convertirse en saber si existe un derecho a nacer, lo cual no deja de ser un modo distinto de referirse al derecho a la vida. La nueva regulación constitucional estaría por tanto no estrictamente ampliando los titulares del derecho a la vida, pero sí al menos extendiendo el manto protector de la Constitución a la vida fetal y también embrionaria desde su comienzo, lo que tendría por consecuencia excluir de plano la posibilidad de abortar legalmente a voluntad de la mujer, así como excluir el excedente de embriones en las técnicas de reproducción.

Aunque de acuerdo con la formulación del art. II LF podría tener sustento en él una legislación que prohíba el aborto (exceptuando el supuesto en que peligre la vida de la madre por exigencia del CEDH), sin duda supondría una novedad y el abandono de la regulación de indicaciones que ha venido existiendo desde 1992, pero no puede sin embargo decirse lo mismo respecto a la vigencia de las garantías que protegen la vida del concebido, pues en este terreno la nueva Constitución tan solo se habría limitado a incorporar la doctrina sentada en el período inmediatamente anterior por la jurisdicción constitucional<sup>13</sup>. En efecto, según se

---

<sup>12</sup> Vid. Catherine DUPRÉ, «Human Dignity: Rhetoric, Protection and Instrumentalisation», en Gábor Attila TOTH, *Constitution for a Disunited Nation: On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Budapest, Central European University Press, 2012, p. 154.

<sup>13</sup> Esta interpretación es sostenida también en la doctrina húngara, que considera que en la mención a la protección de la vida fetal en el art. II debe verse la recepción de la doctrina jurisprudencial elaborada sobre el aborto por el Tribunal Constitucional. Vid. Zsolt BALOGH y Barnabás HAJAS, «Rights and Freedoms», en Lóránt CSINK, Balázs SCHANDA, Andrés ZS. VARGA, (eds.), *The Basic Law of Hungary. A First Commentary*, National Institute of Public Administration, Dublin, Clarus Press, p. 142.

examina a continuación, la doctrina jurisprudencial anterior a la nueva Constitución ya había interpretado, a partir de una formulación mucho menos explícita del texto constitucional, que la vida fetal y embrionaria goza de protección constitucional, y que el Estado debe proteger la vida humana fetal desde el momento de la concepción. Debe destacarse asimismo que el art. II del nuevo texto fundamental coincide con esa doctrina jurisprudencial antecedente, que si bien no implicaba admitir la existencia en la anterior Constitución del reconocimiento de un derecho a la vida del feto, ni tampoco implicaba deducir de su articulado el *status* de sujeto con subjetividad jurídica para el concebido<sup>14</sup>, era reconocedora de que los avances científicos han puesto en crisis el nacimiento como momento inicial de la vida humana, debido a que los hallazgos biológicos y sobre todo genéticos, demuestran que «la vida humana individual es una progresión desde la concepción, no desde el nacimiento, hasta la muerte»<sup>15</sup>. Es más, en esta jurisprudencia el TC emplea un tono crítico al asociar la evolución social en torno al aborto a un fenómeno de desensibilización general respecto a la vida del feto, hasta el punto que «el aborto ha alcanzado una magnitud sin precedentes históricos al haberse convertido en una de las principales formas de contracepción, a medida que los riesgos para la salud directamente asociados a él han pasado a ser insignificantes». Ello, según el TC ha tenido por consecuencia no solo la despenalización del aborto, sino también el que movimientos sociales presionen para su total liberalización. De este modo, indica el TC que «la práctica del aborto a escala masiva y las justificaciones y razonamientos que le acompañan, mitigan la preocupación pública por la eliminación del feto»<sup>16</sup>. Para el TC húngaro «la condición previa de la deseada permisibilidad del aborto es la continua falta de reconocimiento del feto como un ser humano y su derecho a la vida»<sup>17</sup>. La aparición reciente de situaciones en las que el feto es objeto de contrato, como la maternidad subrogada, parecen reforzar, según el TC, que «estos cambios se están moviendo en la dirección de la incorporación al feto como algo obvio al concepto de ser humano, poniendo este último en armonía con los puntos de vista morales y biológicos que creen que los seres humanos deben ser reconocidos a partir del momento de la concepción»<sup>18</sup>. Aunque la doctrina apenas esbozada coincide con el período de mayor activismo del TC húngaro (1989-1998)<sup>19</sup>, es interesante

<sup>14</sup> Vid. Z. BALOGH-BARNABÁS, *op. cit.*, p. 142.

<sup>15</sup> Sentencia 64/1991, considerando D.2.d).

<sup>16</sup> Sentencia 64/1991, considerando D.2.d).

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Vid. Endre BABUS, «The Superego of the Transformation: The First Eight Years of the Constitutional Court», *The Hungarian Quarterly*, XL, 1999, pp. 153 y ss.

apuntar que en los estudios sobre el activismo judicial del alto órgano jurisdiccional en aquel decenio, las dos sentencias sobre el aborto no ocupan desde luego el lugar más destacado<sup>20</sup>.

Acaso convenga también tener presente que el derecho a la vida, y en concreto la protección constitucional de la vida prenatal, fue uno de los asuntos centrales en el proceso de transición y recuperación de la democracia, no solo en Hungría, sino también en todos los países excomunistas del Este, constituyendo una nota común a todos ellos, de modo que beneficiándose de la restauración de la libertad de expresión, por primera vez se hicieron oír las posturas contrarias a la anterior regulación vigente, de carácter reglamentario en Hungría, y que había legalizado el aborto a falta de medios de contracepción, solo a condición de que la mujer lo solicitara<sup>21</sup>. No cabe por tanto asimilar la regulación anterior con una normativa *pro-choice*, sino con una claramente antinatalista<sup>22</sup>.

A nivel constitucional el derecho a la vida encontraba reconocimiento en el art. 54.1 de la Constitución anterior de 1949 y reformada en 1989 (CH) según el cual «todos tienen un derecho inherente a la vida y a la dignidad humana del cual nadie será privado». El Tribunal Constitucional extrajo, de este innato derecho a la dignidad humana al que aparece ligado el derecho a la vida, una protección para la vida en el seno materno. En efecto, en su sentencia de 64/1991, de 17 de diciembre, previa a la primera ley sobre el aborto y primera sobre este asunto<sup>23</sup>, el TC sostenía que la vida humana pre-natal goza de protección constitucional incluso si el legislador interpreta que no debe identificarse plenamente con la persona portadora de derechos, y ello porque lo que protege el Estado es la vida humana como valor y la vida humana en general y sus condiciones de existencia. De ahí se sigue que el Estado tiene el deber de proteger la vida humana en formación.

<sup>20</sup> Vid. Gábor HALMAI, «The transformation of Hungarian Constitutional Law from 1985 to 2005», en András JAKAB *et al.*, *The Transformation of Hungarian Legal Order 1985-2005*, Kluwer Law International, 2007, p. 11.

<sup>21</sup> La liberalización del aborto fue en todos los países del Este un signo de desestalinización que recibió fuertes objeciones de carácter religioso que afloraron a la caída del régimen comunista provocando serios conflictos en Checoslovaquia, Hungría y la antigua Yugoslavia. Vid. Ben FOWKES, *The Post-Communist Era: Change and Continuity in Eastern Europe*, New York, Palgrave MacMillan, 1999, p. 148.

<sup>22</sup> Vid. Ádám BALOGH and László G. LAMPÉ, «Hungary», en Bill ROLSTON y Anna EGGERT, *Abortion in the new Europe*, Westport (Connecticut) and London, Greenwood Press, 1994, p. 144.

<sup>23</sup> Publicada en la Gaceta Húngara, 1991, volumen 139.

Aquel recurso de inconstitucionalidad interpuesto mediante la *actio popularis* vigente hasta la nueva Constitución de 2011<sup>24</sup>, contra los decretos ministeriales 76/1988 de 3. XI y 15/1988 de 15. XII que, basándose en la anterior Ley de Salud de 1972, regulaban distintos supuestos de aborto, concluyó sin embargo en una declaración de inconstitucionalidad, no por motivos sustantivos, sino formales, al infringir el art. 8.2 de la Constitución, que exigía que toda limitación a los derechos humanos básicos debía ser objeto de una ley. En efecto, según el Tribunal, la necesidad de una regulación por ley depende de la medida particular y de la intensidad de su relación con los derechos fundamentales. El Tribunal, sin resolver del todo la cuestión sobre el estatus jurídico del feto, afirma que regular el aborto significa resolver la cuestión en torno al estatuto jurídico del feto, lo cual supone decidir sobre la posibilidad de reconocerle derechos, de donde resulta que solo por ley puede acometerse esa tarea.

Sin duda el aspecto clave se sitúa en que el TC, en esta primera de las dos sentencias sobre el aborto, n.º 64/1991, —en la que no hubo votos particulares discrepantes pero sí cinco votos concurrentes—<sup>25</sup>, hacía depender el reconocimiento del derecho a la vida del concebido de la cuestión previa de determinar si tiene o no reconocida subjetividad jurídica. Ante la falta de elementos interpretativos para inferir una respuesta a esta cuestión, el TC defería al legislador la decisión de reconocer al concebido la capacidad para ser titular de derechos. Sin embargo, el TC, en esta su primera sentencia sobre el aborto, establecía al mismo tiempo un vínculo inescindible entre la vida humana cualquiera que sea su estadio de desarrollo y el derecho a una igual dignidad. En efecto, según palabras del propio Tribunal, «no es fácilmente apreciable por qué el interés del Estado en un embarazo que ha progresado más allá del tercer mes es más prevalente que el interés en proteger a un feto de menos de tres meses, que, de ser protegido, se desarrollaría también en un ser viable»<sup>26</sup>. Haciendo uso de este argumento el TC desecha que pueda existir un

<sup>24</sup> Vid. Fruzsina GÁRDOS-OROSZ, «The Hungarian constitutional court in transition: from actio popularis to constitutional complaint», *Acta Juridica Hungarica*, vol. 53, núm. 4, 2012, pp. 302-315; Bernadette SOMODY; Beatrix VISSY, «Citizen's role in constitutional adjudication in Hungary: from the actio popularis to the constitutional complaint»; *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando*; vol. 53, 2012, pp. 95-108; vid. Lilla FARKAS, «Limited Enforcement Possibilities under European Anti-Discrimination Legislation-A Case Study of Procedural Novelty: Actio Popularis Action In Hungary», *Erasmus Law Review*, Vol. 3, núm. 3, 2010, pp. 181-196; Wojciech SADURSKI, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, The Netherlands, Springer, 2005, p. 6.

<sup>25</sup> Los votos correspondían a los magistrados Antal Ádám, Géza Herczegh, Géza Kilényi, (concurrentes con la mayoría), János Zlinszky, (con opiniones aclaratorias), y de Tamás Lábady, (con un razonamiento complementario).

<sup>26</sup> Sentencia 64/1991, considerando C.3.c.

derecho a la vida gradual o graduable en función del estadio de desarrollo, hasta el punto que cuestiona por completo la legislación de plazos existente en otros países, formulando retóricamente estas preguntas: «Puesto que el potencial humano del feto es constante durante el embarazo, ¿sobré qué criterio puede uno graduar la intensidad de la protección que se le otorga? Si se dice que al *nasciturus* se le reconoce el derecho a la vida, entonces, ¿sobre qué base de principios puede alguien distinguir entre protección de la vida del nacido y la del muerto en el útero?»<sup>27</sup>. La dignidad humana es en efecto según el Tribunal una cualidad coextensa a la existencia humana indivisible e ilimitable, perteneciente por tanto a todo ser humano. En consecuencia, el derecho a la igual dignidad junto al derecho a la vida asegura que el valor de la vida humana no pueda ser jurídicamente graduable.

La unificación de dignidad y vida humana se convierte de este modo en el eje vertebrador de la doctrina jurisprudencial del TC húngaro sobre el derecho a la vida, no solo en lo que se refiere al momento inicial de la vida humana, sino que también ese mismo criterio fue el aplicado en la sentencia 22/2003 de 28 de abril, que declaró constitucional tanto la limitación de la eutanasia pasiva (a pesar de reconocer que forma parte del derecho de autodeterminación personal), como, —mediante el control de omisiones legislativas—, la inexistencia de una disposición legislativa que permitiera practicar, con consentimiento de pacientes en fase terminal, la eutanasia activa, derivándose de ahí la inconstitucionalidad de una hipotética norma autorizándola. El TC consideró que el deseo del paciente en este tipo de eutanasia no puede verse como un ejercicio del derecho de libre determinación, dado que necesariamente ha de implicarse a un tercero para poder dar muerte al paciente. Ahora bien, sostuvo al mismo tiempo que la dignidad humana es violada siempre que se fuerza al paciente terminal a vivir bajo graves padecimientos físicos o psíquicos. Se presenta así un conflicto entre derecho a la vida y la dignidad, pues si se garantiza uno se limita el otro<sup>28</sup>, algo que parte de la doctrina ha criticado tanto por la quiebra que supone de la anterior jurisprudencia sobre la unicidad de la dignidad y el derecho a la vida<sup>29</sup>, como por evidenciar la sentencia cierta incoherencia en la argumentación<sup>30</sup>.

El TC en esa primera sentencia sobre el aborto indicaba en todo caso al Parlamento las fronteras que no puede desconocer en la tarea de determinación de

<sup>27</sup> Sentencia 64/1991, considerando C.3.c.

<sup>28</sup> Sentencia 22/2003, considerando V.1.

<sup>29</sup> Vid. C. DUPRÉ, «Human Dignity: Rhetoric, Protection and Instrumentalisation», *op. cit.*, p. 151.

<sup>30</sup> Vid. Gábor HALMAI: «Birth and Death: a Constitutional Approach. The Constitutional Court about Abortion and Euthanasia», *Revue de Justice Constitutionnelle Est-Européenne*, núm. 4, 2004, p. 97.

la subjetividad jurídica del feto. Esos límites juegan de manera distinta dependiendo si se reconoce o no el derecho a la vida y la dignidad del feto. En primer lugar, según la doctrina recogida en la sentencia, si el Parlamento optara por atribuirle subjetividad jurídica, solo en aquellas situaciones en que legalmente se permite escoger entre dos vidas, sería el aborto permisible, no siguiéndose de ello penalización de la extinción de una vida<sup>31</sup>. Éste sería el caso del aborto para salvar la vida de la madre. Si el Parlamento decide por el contrario que el feto no es jurídicamente una persona, aun así el Estado estaría obligado a ponderar su deber de proteger la vida con el derecho de la mujer a su autodeterminación<sup>32</sup>. De ahí que una prohibición total del aborto sería inconstitucional, puesto que sería una negación completa del derecho de la madre a su libre autodeterminación, como también lo serían las normas que favorecieran exclusivamente dicho derecho<sup>33</sup>. En efecto, el Tribunal señala que es deber del Estado proteger la vida humana desde su creación, por lo que el derecho a la libre autodeterminación de la madre no puede ser dispositivo ni siquiera en las primeras etapas del embarazo<sup>34</sup>. Ese deber de protección del Estado se traduce en que no puede permitir legalmente abortos injustificados. Así pues, correspondía al Parlamento en última instancia decidir dónde situar la línea entre los dos extremos inconstitucionales de total prohibición del aborto y una ilimitada disponibilidad para abortar.

Puesto que en esta primera sentencia sobre el aborto, 64/1991, de 17 de diciembre, el Tribunal Constitucional exigía la rectificación de la omisión legislativa concediendo un año de plazo al Parlamento hasta finales de 1992 para adoptar una norma de rango legal como garantía en la limitación del derecho a la vida, una ley de 1992 introducía una nueva regulación que, a pesar de cambiar significativamente el nombre de la anterior normativa, relativa a la finalización del embarazo por el de «protección de la vida del feto», permitía el aborto en las primeras doce semanas de gestación a las mujeres que alegaran encontrarse en tres supuestos: riesgo para la vida de la madre o el no-nacido, haber sido víctima de una violación o alegar una situación de grave crisis causada por el embarazo. Tras las doce semanas el aborto solo se podía practicar bajo indicación médica dentro del primer semestre por riesgos genéticos. Respecto a la regulación anterior el aspecto más innovador era la introducción de un nuevo supuesto de aborto legal si la mujer alega una grave crisis para su vida. La indeterminación de esta nueva causa de aborto y su posible utilización de modo indiscriminado,

---

<sup>31</sup> Sentencia 64/1991, considerando F.1.

<sup>32</sup> Sentencia 64/1991, considerando F.2.

<sup>33</sup> Sentencia 64/1991, considerando F.2.

<sup>34</sup> Sentencia 64/1991, considerando F.2.

condujo a organizaciones pro-vida a impugnar la ley mediante un recurso de inconstitucionalidad.

La nueva ley de 1992 fue así objeto de la segunda de las sentencias sobre el aborto, 48/1998, de 23 de noviembre, en esta ocasión acompañada tan solo de dos votos particulares<sup>35</sup>. El TC en su sentencia desestima todos y cada uno de los motivos de impugnación. Lo relevante en esta ocasión es que, si bien en la anterior sentencia el TC terminaba por imponer al legislador el deber de decidir si atribuir o no al feto personalidad jurídica, lo cierto es que la Ley de 1992 no se decanta expresamente por una solución. Ahora bien, ello no es óbice para que el Tribunal afirme que sus disposiciones contienen de manera implícita dicha decisión. Para justificarlo el Tribunal se refiere a la premisa que ya estableció en la sentencia 64/1991, de 17 de diciembre, en la que indicaba que toda regulación del aborto supone una decisión sobre la subjetividad jurídica y por tanto sobre la titularidad de derechos subjetivos del feto. Al adoptar este punto de partida el TC se apartaba de la tendencia mayoritaria en Europa, más propensa a otorgar protección al feto en función de su grado de madurez<sup>36</sup>. De la regulación legal se desprende que el concebido no ha obtenido un reconocimiento de la subjetividad jurídica por parte del legislador, por lo que el Tribunal entiende que la vida y dignidad del feto no podrán gozar de la protección absoluta que disfrutaban los seres humanos ya nacidos y que garantiza el art. 54.1 de la anterior Constitución.

A partir de aquí sin embargo el Tribunal construye un razonamiento que, desde un plano distinto, conducirá a admitir que la vida fetal goza de protección constitucional. Dicha protección la hace derivar no solo de la dimensión objetiva del derecho a la vida reconocido por el art. 54.1 CH, sino también del reconocimiento expreso en la propia Ley de protección del feto de 1992, en cuyo preámbulo se dice que «la vida fetal que comienza en el momento de la concepción debe ser respetada y protegida», fórmula que adquiere un valor normativo al reproducirse en la Sección 1 que «el feto formado por la unión

---

<sup>35</sup> Uno de ellos fue redactado por el juez Ödön Tersztyánszky, quien abogaba por la anulación de la situación de crisis como supuesto de aborto. Por su parte, el voto del juez Tamás Lábady exponía en su voto que no aceptaba la situación de grave crisis de la mujer como razón válida para abortar desde el punto de vista constitucional y se mostraba partidario de una declaración de inconstitucionalidad de la ley al completo por no declarar la subjetividad jurídica del concebido, como ya había mantenido en la sentencia de 1991, en la que expuso que el aborto solo podía considerarse constitucional en aquellos supuestos en que fuese necesario para salvar la vida de la madre.

<sup>36</sup> Vid. László SÓLYOM, Georg BRUNNER (ed.), *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court*, University of Michigan Press, 2000, p. 178.

de un óvulo y un espermatozoide, y su desarrollo en el útero, así como la mujer embarazada, debe ser defendido y protegido»<sup>37</sup>. El TC aborda la cuestión no desde el punto de vista de la titularidad de los derechos, sino desde la perspectiva de los bienes constitucionales dignos de protección. En particular, entiende que si el legislador ha decidido que el feto no es persona desde el punto de vista jurídico, negando que sea por tanto un sujeto de derecho a efectos del art. 56 CH (que reconoce a toda persona como legalmente capaz), ello no quiere decir no solo que no sea posible, sino que es inevitable para el Estado proteger la vida fetal junto a otros valores y bienes definidos y protegidos por la Constitución frente al derecho de la madre a su libre desarrollo y otros derechos fundamentales. El TC pone el énfasis en que, según el art. 54.1 y el art. 8.1 CH, la protección de la vida humana es una «obligación primaria del Estado». Recuerda el TC que dicha obligación no ha sido ni siquiera puesta en cuestión por la ley de protección del feto, de la que cita su Preámbulo en el que se lee que «la vida fetal que comienza en el momento de la concepción debe ser respetada y protegida», además de disponer en su Sección 1.ª que «el feto formado por la unificación de un óvulo y un espermatozoide, que se desarrolla en el útero, al igual que la mujer embarazada, deben ser ayudados y protegidos». Si bien la construcción utilizada por el TC húngaro recuerda la doctrina elaborada por otros órganos de la jurisdicción constitucional europeos, como el español, ha sido sin embargo objeto de algunas críticas doctrinales, por cuanto es el propio TC el que afirma que el Estado debe proteger separadamente aquellos valores y situaciones que guardan una estrecha relación con los derechos fundamentales, de los que vendrían a ser su dimensión objetiva<sup>38</sup>. Por tanto, la protección institucional, aun quedando fuera del ámbito subjetivo de protección de un derecho fundamental, no deja de ser una derivación de éste. De manera que la protección institucional que restringe el derecho de autodeterminación de la madre solo puede provenir de la vertiente objetiva de otro derecho fundamental, en este caso, el derecho a la vida del concebido. Sin embargo, el TC hace derivar la obligación positiva de protección del concebido, no de un derecho fundamental, sino de un valor objetivo, lo cual no resulta coherente para un sector doctrinal que entiende que el TC parte de una falsa premisa<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Sentencia 48/1998, Considerando II.3.b).

<sup>38</sup> Vid. Gábor HALMAI, «Birth and death-a constitutional approach. The Constitutional Court about abortion and eutanasia», *Revue de Justice constitutionnelle Est-européenne*, n.º 4, 2004, p. 93.

<sup>39</sup> Gábor HALMAI, «Birth and death...», *op. cit.*, p. 94.

El Tribunal expone, dando un paso más, que en su dimensión subjetiva es claro que el derecho a la vida sirve para proteger la propia vida del individuo. En su dimensión objetiva al Estado le viene impuesta la tarea de desplegar las medidas necesarias, legislativas y administrativas, para proteger no solo el derecho individual (vinculación positiva), sino que dicha tarea debe ir encaminada también a la protección de la vida humana en general y a sus condiciones. La vida viene a ser entonces un valor, un bien constitucional en sí, con independencia de si protege a un sujeto o no. En consecuencia, la protección de la vida humana no puede limitarse a la protección de los seres humanos nacidos y con subjetividad jurídica. La vida humana es en este sentido un proceso continuo que comienza en el momento de la concepción, lo que justifica que el deber objetivo del Estado de proteger la vida humana se extienda a las vidas que están en formación<sup>40</sup>. La protección de toda vida humana en formación no es sin embargo absoluta, ya que el legislador no puede ignorar otros derechos y obligaciones que debe equilibrar y ponderar: de un lado el derecho de la madre al libre desarrollo de su personalidad, su derecho a la vida y a la integridad física, mientras que de otro lado, el legislador debe atender su obligación de proteger la vida incluyendo la vida fetal. Lo que se sigue de ello ante todo es que una prohibición total del aborto sería inconstitucional, al igual que no sería constitucional una regulación que favoreciera exclusivamente el derecho de la madre a su libre desarrollo<sup>41</sup>.

De ahí deduce el TC que la obligación objetiva de proteger la vida significa para el Estado que no pueda permitir el aborto injustificado. A este respecto, considera la sentencia como aborto injustificado el aborto dirigido a la terminación deliberada de vidas humanas en formación. El TC puntualiza que, aunque se considerara que solo existe «vida humana potencial», la ponderación del derecho a la libre determinación de la madre contra la protección de la vida fetal tiene su sustento en que no es la vida humana en abstracto lo que se protege (como en el derecho al medio ambiente) sino una vida irrepetible<sup>42</sup>. Este razonamiento constituye el basamento de la doctrina sobre el que el TC asienta la protección a la vida desde su concepción. Su premisa es que la vida fetal es el origen de un individuo, de una vida humana irreproducible. Puesto que el Estado tiene la obligación de proteger la vida y puesto que la vida es un valor objetivo que va más allá de la protección de los sujetos del derecho a la vida, la protección de ésta se extiende a todo ser humano vivo.

---

<sup>40</sup> Sentencia 48/1998, considerando III.1.a).

<sup>41</sup> Sentencia 48/1998, considerando III.1.a).

<sup>42</sup> Sentencia 48/1998, considerando III.1.a).

Siendo el feto un ser vivo con vida humana, la protección de la vida se extiende a él también. Por lo tanto, el aborto no debe ser un asunto privado dejado a la decisión de la mujer embarazada, pues ello equivale a permitir practicarlo sin justificación<sup>43</sup>.

Ello tiene una consecuencia directa sobre la constitucionalidad del supuesto introducido por la ley de 1992, que permite abortar dentro de las primeras 12 semanas cuando una situación de grave crisis de la madre ponga en peligro el desarrollo saludable del feto. Tal y como la definía la Sección 12.6 de la Ley de protección del feto, la «situación de grave crisis es aquella que causa un menoscabo físico o mental o una situación ulterior insostenible en términos sociales, que ponga en peligro el desarrollo saludable del feto»: Se trata, pues, de una indicación construida sobre dos requisitos cumulativos. Se plantea a raíz de ello si la comprobación de tal situación supone una injerencia legítima en el derecho a la intimidad de la madre. Al respecto, el TC entiende que dicha posibilidad debe de evaluarse en el contexto de la colisión con el deber estatal de protección de la vida fetal. A diferencia de los EE.UU., la indicación de la situación de grave crisis de la mujer, aun formando parte del contenido del derecho a la intimidad o a la vida privada, no se halla exenta de límites en virtud del anterior art. 54 CH, de modo que dicha situación no pueda ser comprobada, pues también aquí el derecho de la mujer debe ser compatible con el deber del Estado de proteger la vida<sup>44</sup>.

De dicho juicio de ponderación resulta que la obligación de la madre de aportar detalles sobre su situación de grave crisis no supone una restricción desproporcionada de su derecho a la intimidad y a la dignidad, ya que el aborto por indicación de grave crisis no se aplica a los casos de embarazo derivado de un acto forzado. Se sigue de todo ello, por tanto, que un aborto justificado por la indicación de grave crisis de la mujer y sin comprobación ninguna, no puede entenderse amparado por el ejercicio del derecho de la mujer a la dignidad humana y a su vida privada. Admitir tal cosa para el TC equivaldría en la práctica a la introducción de un sistema de plazos que permitiría el aborto dentro de las doce primeras semanas de embarazo a petición de la mujer, sin más condiciones o valoraciones. Ello significaría en el fondo reemplazar el sistema de indicaciones por otro de plazos, lo que entonces lleva a desnaturalizar el significado de las indicaciones, que tienen asignada una función desde el punto de vista constitucional, como es la de establecer un contrapeso adecuado al «derecho» o a la protección del feto. En efecto, el mantenimiento de

---

<sup>43</sup> Sentencia 48/1998, considerando III, 1.a).

<sup>44</sup> Sentencia 48/1998, considerando III.3.b).

la exigencia de una situación de grave crisis como condición para abortar tiene por finalidad demostrar que el Estado, al menos en principio y en términos constitucionales, no permite una manera libre de abortar<sup>45</sup>. El Tribunal subraya que dicha excepcionalidad resulta de la naturaleza negativa que para el ordenamiento tiene el aborto, un acto considerado en principio perjudicial para la sociedad y, por ende, se encuentra castigado como delito cuando se realiza de manera ilegal<sup>46</sup>.

Se excluye por tanto que exista un derecho constitucional al aborto en el sentido de poder disponer de la vida del feto de manera incondicional, incluso en las fases más tempranas de embarazo. A este respecto, el TC considera que sin un mandato legal a los poderes públicos de fomentar positivamente y apoyar la continuidad del embarazo, resulta insuficiente, para poder cumplir con el nivel mínimo de protección del feto exigido constitucionalmente, la obligación de acudir, antes de tomar una decisión, a un órgano de consulta que informe de las alternativas al aborto, de los riesgos de éste y de las ayudas financieras y beneficios en caso de tener al niño. La razón por la que dicho deber de información no resulta en la ley impugnada una herramienta adecuada desde el punto de vista constitucional para dar cumplimiento a la obligación estatal de protección de la vida del feto, es que la función de dicha información no debe ser la de ilustrar sobre los distintos extremos, sino que debe ser la de animar a la mujer en situación de crisis a mantener el feto con vida, aunque con respeto a la libertad de conciencia y al derecho a la vida privada<sup>47</sup>. En efecto, según la doctrina del alto órgano jurisdiccional, el Estado no puede en este sentido obligar a nadie a aceptar una situación que crea un conflicto interior, o que es irreconciliable con las convicciones fundamentales que moldean la identidad de esa persona. Resulta aun así patente que la información que se debe proporcionar a la mujer que desea abortar no debe ser neutral, sino que se le debe abrir a la madre la perspectiva de dar a luz y de tener el niño<sup>48</sup>. En línea con lo anterior, la prioridad del derecho a la libre determinación de la madre únicamente sería admisible desde el punto de vista constitucional si tener el niño produce dificultades extraordinarias para la madre que exceden las cargas usuales de dar a luz un niño hasta un punto en el que se sobrepasan los límites de un sacrificio aceptable<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Sentencia 48/1998, considerando III.3.c).

<sup>46</sup> Sentencia 48/1998, considerando III.3.c).

<sup>47</sup> Sentencia 48/1998, considerando IV.2.a).

<sup>48</sup> Sentencia 48/1998, considerando IV.2.a).

<sup>49</sup> Sentencia 48/1998, considerando IV.2.a).

### III. LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ALEMANA SOBRE LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO Y EL DERECHO A LA VIDA

La controversia en torno al art. II LF no solo ha estado centrada en el supuesto enfoque más restrictivo del nuevo texto constitucional hacia el aborto, sino que se ha extendido a la propia concepción de derecho de la dignidad humana, que para algunos ha recibido una configuración distinta a la concepción predominante en el derecho europeo por haber sido definido de un modo determinista ya que, en virtud del art. R (3) LF, se obliga a interpretar la dignidad de conformidad con los valores contenidos en el Preámbulo de la Constitución, cuyo valor normativo supondría admitir para un sector doctrinal la eficacia de un orden supra-constitucional sustentado en la idea de constitución histórica construida sobre una identidad religiosa. Se apunta en tal sentido que la Ley Fundamental húngara quedaría de este modo fuera de lo que es el marco del actual constitucionalismo europeo en materia de dignidad, dentro del cual la dignidad se define a través de criterios más inclusivos que garantizan la libre autodeterminación y la identidad personal. Asimismo, se objeta que en su formulación el art. II LF no haya procedido a separar la conexión existente entre el derecho a la dignidad y el derecho a la vida. Al no haberlo hecho, se dice, se podría dar cabida a interpretaciones que transformen el derecho a la vida en una obligación a la vida<sup>50</sup>.

Sin embargo, la fuerza normativa del Preámbulo, donde se contienen referencias a la identidad nacional, a la historia, a la religión y en el que aparecen valores como la familia o el trabajo, puede que no incida en la interpretación del concepto constitucional de dignidad más que otras referencias muy semejantes y presentes en otros textos constitucionales europeos<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Vid. Catherine DUPRÉ, «La dignidad de la persona en la Ley Fundamental de Hungría», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 27, p. 9.

<sup>51</sup> El art. 29 de la Constitución italiana se refiere a la familia como «sociedad natural fundada sobre el matrimonio». El art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn establece que la familia gozará de la especial protección del Estado. Según el art. 41 de la Constitución irlandesa, «el Estado reconoce a la familia como el grupo unitario natural, primario y fundamental de la sociedad y como institución moral poseedora de derechos inalienables e imprescriptibles, anteriores y superiores a toda ley positiva» y «se compromete (...) a proteger la familia (...) como base necesaria del orden social y como indispensable de la Nación y del Estado». En cuanto al cristianismo, el Preámbulo de la Constitución polaca, aunque en este caso sin carácter normativo, se expresa en términos similares al de la Ley Fundamental húngara al mostrarse el pueblo polaco agradecido por la cultura arraigada en la herencia cristiana de la Nación.

De todos modos, y en relación al aborto, aunque la protección constitucional que la Ley Fundamental húngara reconoce a la dignidad de toda forma de vida humana deba ser interpretada de acuerdo con los valores del Preámbulo, no por ello necesariamente debe concluirse que el concepto de dignidad humana constitucionalizado en el art. II LF se aparta del recogido en otros textos constitucionales europeos. En efecto, cabe recordar que la concepción de la dignidad que está en la base de la protección de la vida fetal en una mayoría de países europeos es la que en su día elaborara el *Bundesverfassungsgericht*. Siguiendo a Dupré, el TC húngaro no ha quedado fuera de esta tendencia, al acoger, desde su primera sentencia sobre el aborto (64/1991), el concepto de dignidad elaborado por la jurisprudencia constitucional alemana, si bien no con todas sus consecuencias, ya que ello hubiera llevado al Tribunal a reconocer un derecho a nacer que habría hecho ineludible la declaración de inconstitucionalidad de cualquier tipo de aborto<sup>52</sup>. Siguiendo dicho planteamiento, la doctrina del TC húngaro se construye a partir de la unión del derecho a la vida con el derecho a una igual dignidad, lo que sirve para sustentar el deber de garantizar que todas las formas de vida de diferente valor no deben recibir un trato diferente por la ley. Como señalaba un voto concurrente en la sentencia 23/1990 sobre la pena de muerte, «nadie es más o menos digno de la vida», pues «la dignidad humana es compartida por todo ser humano, independientemente del grado alcanzado en las posibilidades inherentes a los seres humanos e independientemente de la razón del mismo». Siguiendo este planteamiento, el TC afirmará en su sentencia 64/1991 que «la vida humana y la dignidad de todos aquellos que son seres humanos es intocable independientemente de su estadio de desarrollo y de su situación física e intelectual, así como de su grado de realización» (considerando D.2.b). Se pone por tanto de manifiesto que, al igual que en un sector de la doctrina constitucional alemana, la intangibilidad de la dignidad se extiende a toda forma de vida humana, entendiendo por tal no solo la vida del *nasciturus*, sino cualquier otra manifestación embrionaria de vida humana<sup>53</sup>. La protección constitucional de la dignidad adquiere de este modo un sentido que va más allá de la dignidad personal reconocida a los sujetos con capacidad jurídica, a los que se atribuye por

<sup>52</sup> Vid. Catherine DUPRÉ, *Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Oxford, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2003, p. 116.

<sup>53</sup> Dentro de dicho sector destacan las tesis de Ernst WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Menschenwürde als normatives Prinzip», *Juristen Zeitung*, 58 (2003), p. 812; Ernst BENDA, «Verständigungsversuche über die Würde des Menschen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 54 (2001) 30, pp. 2147-2148; Josef ISENSEE, «Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten», *Das Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 131, 2006, p. 215.

ello un derecho a la libre autodeterminación, puesto que lo que se protege con la dignidad en el caso de la vida prenatal no es el interés subjetivo personal, sino un valor intrínseco del *status* de ser humano, que como tal es extraño a los seres animados no humanos<sup>54</sup>. De aquí se sigue que el derecho de la madre a su libre desarrollo no queda afectado de igual manera que la dignidad de la vida no nacida en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, ya que ésta implica siempre necesariamente la muerte del *nasciturus*. La vida de la madre no se encuentra en efecto puesta en peligro por el nacimiento del feto en caso de interrupción voluntaria del embarazo, ya que, como mucho, seguir adelante con el mismo hasta el parto supondrá solo cargas y obligaciones para ella, pero no un sacrificio para su derecho a la vida. El TC alemán deduce de ello que la existencia de la vida del no nacido tiene primacía respecto al derecho al libre desarrollo de la madre<sup>55</sup>.

A pesar de seguir la línea doctrinal de la jurisprudencia constitucional alemana, se planteaba alguna duda sobre si el concepto de dignidad que encuentra acogida en la jurisprudencia sobre el aborto anterior a la nueva Ley Fundamental húngara se asienta también en la concepción kantiana de la dignidad basada en la autonomía moral individual y reflejada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La duda se plantea porque en la primera sentencia sobre el aborto aparece un párrafo en el que se afirma que «el derecho a la dignidad humana significa que hay un centro de autonomía individual y autodeterminación, libre de la disposición de nadie más, en virtud del cual, en la clásica formulación, los seres humanos son sujetos y no deben ser tratados como medios o como objetos»<sup>56</sup>. De entrada, ambas concepciones sobre la dignidad, —como límite o como garantía de la autonomía personal— son excluyentes entre sí, por lo que se presta a ser interpretado como una contradicción de la sentencia. Sin embargo, la contradicción, como ha apuntado János Kis, es más bien aparente y puede ser salvada si se acepta que el concepto de dignidad tiene dos usos, uno primario y otro secundario<sup>57</sup>. En su uso primario y más fundamental la dignidad caracteriza a los seres humanos en la integridad de sus vidas, es decir, desde su concepción hasta el cese irreversible de las funciones cerebrales. En su uso secundario, la dignidad protege la autonomía con la

<sup>54</sup> Vid. John TASIOLAS, «On the Foundations of Human Rights», en Rowan CRUFT, S. MATTHEW LIAO and Massimo RENZO, *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press, 2014.

<sup>55</sup> BVerfGE 88, 203, 267.

<sup>56</sup> Sentencia 64/1991, considerando D.2.b).

<sup>57</sup> Vid. Janos Kis, «The legacy of the first Hungarian Constitutional Court», en ID. *Constitutional Democracy*, CEU Press, Budapest-New York, 2002, p. 263.

que cada ser humano conduce su vida, reconociendo de este modo un *status* moral al actuar consciente de cada individuo. En la sentencia 64/1991, primera sobre el aborto, no se estarían contraponiendo por tanto estos dos significados, sino que sencillamente se procede a exponerlos para indicar cuál de ellos está en juego en el caso del aborto.

Habiendo aclarado que la dignidad que merece protección en caso de aborto es la que se identifica con su sentido primario, el TC remarca que la dignidad es igual para todos los seres humanos sin importar su grado de raciocinio, conciencia, o capacidad para comprender. Si así fuera ningún individuo tendría la misma dignidad ni compartiría el mismo *status* de ser humano. Por lo mismo, no solo el diferente grado de desarrollo del potencial de facultades humanas impediría hablar de una dignidad propia a todo ser humano, sino que a la misma conclusión se llega, según los magistrados, si se pretendiera aplicar como criterio identificativo de la dignidad humana la efectiva posesión de dichas facultades. Sentado lo anterior, se deduce que sea «una característica del *status* jurídico de los seres humanos que su capacidad jurídica es independiente de cualquier facultad. Ello es especialmente cierto respecto al derecho a la vida y a la dignidad humana también». Por lo tanto, dando por cierto que «la capacidad jurídica expresiva de la condición humana de las personas ya nacidas no resulta afectada ni por sus facultades individuales ni por facultades propias de ciertos estadios (como la edad), también entonces tanto el grado de desarrollo como otras facultades del feto, deberían resultar indiferentes desde el punto de vista de su capacidad jurídica y del derecho a la vida y a la dignidad humana»<sup>58</sup>.

Así pues, el argumento de la primera sentencia sobre el aborto puede resumirse así: si la dignidad humana es independiente de que un ser humano posea alguna de las propiedades o facultades de los seres humanos ya nacidos y si no depende del estadio de desarrollo en que se puede encontrar, embrionario o fetal, el feto deberá entonces ser tratado de la misma manera que las personas humanas nacidas. Este razonamiento, como acertadamente observa Kis, implica que el principio constitucional de que toda persona es un sujeto jurídico (que se encontraba en el anterior art. 56 CH), incluye también al feto<sup>59</sup>. Tal consecuencia no es que se deduzca de la sentencia, sino que explícitamente aparece en ella al afirmar que «la naturaleza y significado de tal extensión de la subjetividad es comparable solo a la abolición de la esclavitud, solo que sería incluso más significativa», puesto que con ella «la subjetividad jurídica de los seres humanos

<sup>58</sup> Sentencia 64/1991, considerando D.3.

<sup>59</sup> Vid. Janos Kis, «The legacy of the first Hungarian Constitutional Court», *op. cit.*, p. 267.

alcanzaría sus límites lógicos y complitud»<sup>60</sup>. Ahora bien, a pesar de que la lógica del hilo argumental debiera haber llevado a afirmar sin ambages la subjetividad jurídica del feto, la sentencia se inclina por remitir dicha decisión al legislador, pero no sin dejar sentado que aun en la eventualidad de una negación de subjetividad del feto, no por ello éste queda privado de protección constitucional frente al derecho a la libre determinación de la madre. La sentencia evita así que el reconocimiento del derecho a la vida del feto hubiera conducido a prohibir todo aborto frente al derecho a la libre autodeterminación de la madre.

Puestas en comparación, la doctrina sentada por el TC húngaro comparte con la jurisprudencia constitucional alemana la concepción unitaria del derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana, pero difiere en un importante punto: el de no reconocer subjetividad jurídica al feto a partir de una interpretación textual de la anterior Constitución, si bien de manera indirecta éste queda protegido no por ser titular del derecho fundamental a la vida, sino por quedar afectada, en la decisión de abortar, la vida humana como bien constitucionalmente protegido de manera objetiva.

Pero al margen de la cuestión de la subjetividad jurídica del feto, la consideración unitaria de dignidad humana y la vida humana, en este caso como valor objetivo, tiene por consecuencia la afirmación del valor idéntico de ésta en cada ser humano. El art. II LF no habría añadido desde este punto de vista nada nuevo a la anterior concepción de la dignidad, al tiempo que tampoco parece que de su enunciado se deduzca una nueva comprensión de la dignidad, excluyente o reductora de su vertiente como capacidad individual de autodeterminarse. A este respecto, debe recordarse que la capacidad de autodeterminación de la persona como contenido de la dignidad humana remite a un atributo de los seres humanos que los hace libres e iguales entre sí y que impide que sean tratados como objetos. La dignidad aplicada a la vida humana posee empero un sentido diverso, en cuanto en esta otra dimensión la dignidad no protege de la reificación de la existencia o de la alienación de la voluntad individual, sino que la vida se convierte en el propio objeto protegido por la dignidad, de modo que ésta opera como límite intangible a cualesquiera otras pretensiones subjetivas o derechos, no admitiendo por ello una ponderación con ellos. La intangibilidad de la dignidad conduce en realidad a admitir determinadas circunstancias en las que «el hombre se encuentra ante una situación en la que sus atributos como ser autónomo con capacidad de determinación pueden desaparecer»<sup>61</sup>. Examinada de este

<sup>60</sup> Sentencia 64/1991, considerando D.3.

<sup>61</sup> Vid. Martin NETTESHEIM, «Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos», *AiR*, (130) 2005, p. 98., citado por Maribel GON-

modo, se advierte que la dignidad de la vida fetal es la expresión de un valor objetivo de carácter absoluto y en cuanto tal, no preserva una esfera de libertad individual, antes bien, la limita. Ello resulta fundamental para entender por qué no solo no existe un derecho al aborto, sino también para justificar por qué el nacimiento de un hijo queda excluido de toda acción indemnizatoria en la que fundar una pretensión de resarcimiento por daños y perjuicios.

No obstante, la principal cuestión que suscita el nuevo art. II de la nueva Ley Fundamental se refiere a si se ha producido un cambio de naturaleza jurídica en la dignidad humana en el nuevo texto pues, aunque en un mismo precepto, se lo diferencia del derecho a la vida, de modo que cabe interrogarse sobre si se ha producido un abandono de la anterior concepción monista de la dignidad humana, derivada de la regulación conjunta efectuada por la anterior Constitución como derecho fundamental que formaba un compuesto junto al derecho a la vida. En efecto, según la jurisprudencia anterior del TC, mientras que por un lado el órgano jurisdiccional parece decantarse por atribuir a la dignidad humana la condición de derecho fundamental y no la de valor superior, por otro lado, es manifiesto que para el TC la dignidad humana, cuando afecta al derecho a la vida, forma una unidad con él, conformando así un objeto merecedor de protección absoluta que no admite limitaciones para ser equilibrado con otros derechos. Es en la sentencia 4/1993 donde con claridad se afirma la consideración de la dignidad humana como derecho fundamental del que deriva, junto al derecho a la vida y la capacidad jurídica, la subjetividad legal de la persona y del que deriva también a su vez el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, en la sentencia 1/1994 se precisaba que en cuanto que la dignidad humana determina el *status* humano y en cuanto que forma una unidad con el derecho a la vida, es absoluto y sin limitaciones. Ahora bien, este criterio interpretativo no se aplicaba al resto de derechos «parciales» derivados de la dignidad humana entendida como expresión de un genérico derecho de autonomía personal, («derecho madre» de otros derechos no expresamente enumerados en el texto constitucional), puesto que la sentencia entiende que, a diferencia del derecho a la vida, los derechos de la personalidad derivados de la dignidad admiten sacrificios proporcionales entre ellos en base al anterior art. 8.2 de la Constitución. Con esta distinción el TC introducía un régimen diferenciado para cada una de las dimensiones del derecho a la dignidad humana, pudiendo las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad limitarse recíprocamente, pero no así las manifestaciones de la dignidad que afecten al derecho a la vida. Dicha doctrina

---

ZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Cizur Menor, Civitas, 2010, p. 167.

vino a completar la inicial jurisprudencia en la que el TC comenzó distinguiendo en la dignidad el doble fundamento constitucional de un derecho general a la autonomía individual, del que derivan multitud de derechos en cascada; y el fundamento asimismo de una obligación estatal de no tratar la persona humana como objeto<sup>62</sup>. La introducción de estos derechos por vía interpretativa pretendía colocar los fundamentos de un nuevo orden constitucional basado en una concepción individualista de los derechos, expresión de un nuevo paradigma, frente a lo que podemos denominar colectivismo de los derechos imperante bajo el anterior régimen comunista. De ahí la primigenia identificación de la dignidad humana con un derecho general de la personalidad. Aun así, la posterior construcción jurisprudencial unificadora del derecho a la dignidad humana con el derecho a la vida, no puede leerse como un giro jurisprudencial que tuviera por objeto rechazar o negar la doctrina precedente que sustentaba en la dignidad humana un derecho general de libertad.

La nueva sistemática empleada por la Ley Fundamental húngara no ha traído consigo para un sector de la doctrina un nuevo enfoque en el terreno dogmático, al seguir dando acogida a la concepción monista de las relaciones entre derecho a la vida y dignidad humana<sup>63</sup>. Su regulación constitucional junto al derecho a la vida, aunque lo preceda, y a pesar de proclamar su santidad frente a éste, vendrían a certificar la continuidad respecto a la Constitución de 1989 en cuanto a la orientación dogmática, dado que a esa precedencia sigue una rotunda unificación de ambos. En la anterior Constitución la concepción unitaria arrancaba también de la regulación del derecho a la dignidad humana y el derecho a la vida en un mismo precepto, el art. 54. A pesar de que aparentemente ambos derechos parecían tener existencia por separado, para los defensores de la tesis unitaria, un atento examen demostraba que solo la unidad de ambos define el *status* jurídico del hombre que sirve de base real a los demás derechos fundamentales. Dicha unidad es la que permite distinguir, por un lado al hombre de otras personas, como ocurre con las personas jurídicas a las que se reconoce capacidad jurídica, y, por otro lado, de otras criaturas vivas. El derecho a la dignidad humana, según la demostración de László Sólyom en su voto a la sentencia 23/1990 sobre la pena de muerte, solo puede cumplir su función si se lo interpreta en unidad con el derecho a la vida de la persona individual; de no ser así, la dignidad considerada en abstracto puede dar lugar a tratar al individuo como

<sup>62</sup> Cfr. Catherine DUPRÉ, «Le droit à la dignité humaine dans la jurisprudence constitutionnelle hongroise», en AA.VV., *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine*, Conseil de l'Europe, 1999, p. 81.

<sup>63</sup> Vid. Nóra CHRONOWSKI, «The new Hungarian Fundamental Law in the light of the European Union normative values», *Revue Est Europe*, núm. Especial, n.º 1, p. 126.

un objeto. En efecto, para el expresidente del TC, solo la persona humana tiene algo de intocable, no así las personas jurídicas<sup>64</sup>.

La segunda función que desempeña el derecho a la dignidad, siguiendo a Sólyom, es la de asegurar la igualdad, ya que reconocer una misma dignidad en cada persona es tanto como reconocer su aptitud formal para disfrutar de los mismos derechos y por tanto de tener las mismas oportunidades. Precisamente por ello, la dignidad deviene el mínimo *status* que se reconoce a la condición humana, del cual ningún ser humano puede ser privado, de ahí su carácter irreducible. El derecho a la igual dignidad, en unión con el derecho a la vida, garantiza que vidas de diferente valor no puedan ser tratadas de manera diferente por la ley puesto que nadie es más o menos digno de vivir<sup>65</sup>. De ahí se sigue, como exponía Sólyom en su voto concurrente a la Sentencia 23/1990, de 31 de octubre de 1990, que no solo en la muerte todos deben ser iguales sino que la igualdad de todas las vidas está protegida por la dignidad. La dignidad del hombre y su relación con el derecho a la vida es lo que distingue el derecho del hombre a la vida de otros derechos. En consecuencia, el derecho a la vida sin dignidad no es el derecho a la vida humana<sup>66</sup>.

Sin embargo, la posición del TC húngaro es que el derecho a la vida no debe ser confundido con la obligación estatal de proteger la vida mediante el mantenimiento de su base natural. Esta distinción es clave para entender por qué en sus razonamientos el TC húngaro se acaba apartando de la jurisprudencia constitucional alemana, dado que la obligación de protección es relativa respecto al derecho individual a la vida, solo atribuible a los seres humanos con personalidad. Mientras que en la doctrina del TC alemán la protección constitucional objetiva de la dignidad y la vida del feto no es menor que la protección constitucional de un derecho fundamental subjetivo, haciendo por ello innecesario abordar si el feto tiene subjetividad jurídica, en el caso del TC húngaro la protección objetiva es menos intensa que la protección de un derecho fundamental, lo que hace inevitable que el punto de partida adoptado sea saber si el feto tiene reconocida subjetividad.

En la concepción dualista de la relación entre dignidad humana y derecho a la vida, resulta posible disociar una dignidad abstracta del género humano y la vida de la persona concreta, oponiendo de este modo los derechos corporales del individuo a un derecho abstracto como la dignidad. El derecho individual a la

---

<sup>64</sup> Vid. László SÓLYOM, Georg BRUNNER (ed.), *Constitutional Judiciary in a New Democracy*, op. cit., p. 128.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 131.

vida no goza de protección absoluta frente a la dignidad del género humano. Se introduce así una jerarquía entre ambos derechos que puede conducir a la justificación de un sacrificio del derecho individual a la vida en aras del fin o interés público, como ocurre con la pena de muerte. Cabe asimismo, empleando este esquema, admitir la posibilidad de una vida sin dignidad, al igual que dignidad sin vida (por ejemplo la protección del honor de los fallecidos). Del mismo modo, una pérdida de dignidad puede acarrear la justificación de la disposición de la vida por un tercero, en casos por ejemplo de pérdida de conciencia permanente e irreversible. Para las posiciones dualistas, la privación de la vida no necesariamente supone, pues, un atentado a la dignidad del individuo, frente a lo que sostiene la concepción unitaria, para la que privar de la vida a una persona supone necesariamente despojarla de su dignidad humana, dado que ésta va unida a la existencia biológica individual.

En lo que aquí importa, interesa señalar que para la concepción unitaria todos los derechos son limitables a excepción del derecho a la vida y del derecho a la dignidad humana, con el que forma un todo. El carácter limitable de aquéllos reside en la reversibilidad de las restricciones, por contraposición al derecho a la vida y a la dignidad cuyo sacrificio solo puede hacerse de forma irreversible, causando además el cese de los demás derechos. Por otro lado, la concepción unitaria proporcionaría una protección completa del sujeto, puesto que mientras está vivo no existe duda sobre su estatus humano, de modo que su dignidad no depende de su estado de conciencia o de sus acciones morales (caso de los condenados a muerte)<sup>67</sup>.

#### IV. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIDA PRENATAL Y EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS

La compatibilidad de la constitucionalización de la protección de la vida del feto con diversos Tratados internacionales ha sido también cuestionada, en especial, dentro del ámbito europeo de protección de los derechos. Así, y por lo que se refiere al CEDH, la Comisión Venecia formulaba entre sus observaciones al gobierno húngaro la de que el deber de protección de la vida del feto consagrada por el art. II puede en determinadas circunstancias entrar en conflicto con el art. 8 CEDH al entender que la legislación sobre interrupción del embarazo toca la esfera de la vida privada de la mujer por considerar que el desarrollo del feto no se puede separar de su vida privada. Atendiendo a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 2 del Convenio, la Comisión Venecia reconoce que la deci-

---

<sup>67</sup> *Vid.* Sentencia 23/1990, de 31 de octubre. Voto particular, párrafo 3.º de Sólyom.

sión de establecer el momento a partir del cual debe considerarse que tiene comienzo el derecho a la vida queda al margen de apreciación de los estados, a la vista de las circunstancias particulares y de las necesidades de la propia población. Se refiere además la Comisión a la Convención de derechos del niño de la ONU, en la que se establece que «el niño (...) necesita especial protección y cuidado, incluyendo una adecuada protección jurídica, antes y después del nacimiento». La Comisión cita también el art. 24.2. d) de esa misma Convención, que exige a los estados adopten medidas apropiadas para garantizar un apropiado cuidado prenatal a las madres. A pesar de estas disposiciones que son aplicables a la vida prenatal y que exigen su protección, no se deriva, según la Comisión Venecia, un derecho a la vida absoluto del feto, coincidiendo en ello con el Comité sobre Derechos del niño que es el órgano que interpreta el grado de cumplimiento de los estados con la Convención de la ONU y que entiende que la Convención no garantiza un derecho a la vida prenatal. Con ello parece al menos estar admitiendo que el régimen de protección de la Convención de la ONU reconoce un derecho a la vida del feto, siquiera relativo.

Se plantea igualmente la posible incompatibilidad con el art. 6. 3 y el Protocolo 8 del Tratado de Lisboa, en el que se proclama que los derechos fundamentales, tal y como se reconocen en el CEDH, formarán parte del Derecho de la UE como principios generales. En cuanto a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y el derecho a la vida contenido en el art. 3, no tiene el mismo alcance que su equivalente en el Convenio pues en ella la protección de la vida aparece conectada al ejercicio de libertades de tipo económico y laboral<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Así se puso de manifiesto en el caso *Society for the Protection of the Unborn Child -SPUC Ireland Ltd. v. Grogan*. En dicha sentencia, que fue anterior a la adopción en Maastrich del Protocolo n.º 17 relativo al art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa, el Tribunal de Justicia consideró el aborto un servicio, pero apreciaba a su vez una falta de vínculo económico entre las clínicas abortistas británicas y las estudiantes irlandesas a las que se pretendía proporcionar información sobre estas clínicas, prohibida por la legislación irlandesa. Posteriormente, en *Open Door Counselling* el Tribunal de Justicia declaraba compatible el art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa con el art. 56 del TFUE. Vid. Diarmuid ROSSA PHELAN, «Right to Life of the Inborn v Promotion of Trade in Services: The European Court of Justice and the Normative Shaping of the European Union», *The Modern Law Review*, n.º 55, 1992, p. 689. Sobre este punto vid. asimismo, Niamh NIC SHUIBHNE, «Margins of appreciation: National values, fundamental rights and EC free movement law», *European Law Review* vol 34, n.º 2; pp. 230-256; John MORIJN, «Balancing fundamental rights and common market freedoms in union law: Schmidberger and Omega in the light of the European constitution», *European Law Journal*, vol. 12, n.º 1, January 2006, pp. 15-40 y M. K. BULTERMAN y H. R. KRANENBOURG, «What if rules on free movement and human rights collide? About laser games and human dignity: The Omega case», *European Law Review*, n.º 31, 2006, pp. 93-101.

De acuerdo con la jurisprudencia recaída sobre el derecho a la vida del art. 2 CEDH, las observaciones de la Comisión Venecia hacen hincapié en que la protección de la vida del feto que establece la LF no puede llegar a tener carácter absoluto cuando el derecho a la vida de la madre pueda entrar en conflicto con él<sup>69</sup>. En efecto, ya la Comisión europea de Derechos humanos indicaba en *X v. United Kingdom* que el art. 2 CEDH no permite prohibir la interrupción del embarazo cuando éste «pone en peligro grave la vida futura de la madre» (§ 21). Ello supondría admitir que la vida del feto es «más valiosa que la de la madre embarazada», lo que implica que en caso de conflicto ambas vidas son igual de valiosas, sin que pueda prevalecer una sobre otra. Se desprende de ello que reconocer un derecho a la vida del feto de carácter limitado es compatible con el CEDH, del mismo modo que admitir que la interrupción del embarazo supone una limitación del derecho a la vida del feto resulta compatible con el art. 2 CEDH, de modo que lo que da a entender el TEDH en *X v. United Kingdom* es que pueden existir limitaciones incompatibles con el Convenio.

Asimismo, si la vida del feto puede ser objeto de limitaciones, es porque es susceptible de protección, si bien no podrá ser absoluta frente al derecho a la vida de la madre. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la vida del feto es un paso que todavía el TEDH no ha franqueado. No lo hizo en el asunto *Vo v. France*, en el que el TEDH abordaba un supuesto en el que la vida de la madre no entraba en conflicto con la del feto, al haber sido ocasionada la muerte del concebido por error médico, de modo que resultaba estrictamente necesario que los jueces de Estrasburgo se hubieran pronunciado sobre los derechos que podrían corresponderle al feto en virtud del art. 2 CEDH. A falta de una explicación mejor por parte del TEDH, en la doctrina se ha apuntado que la negativa en *Vo v. France* a aclarar si el art. 2 reconoce derechos al feto, no tenía por qué llevar al Tribunal a eludir tal cuestión. En la evasiva del TEDH a responder a esta cuestión directamente, el temor a tener que declarar contrarias al Convenio tanto las legislaciones de los estados que admiten el aborto, como la de aquellos que lo prohíben o solo lo permiten con restricciones, ha podido ser decisiva.

Ante la falta de consenso en los Estados partes del Convenio, el TEDH optó en *Vo v. France* por no ofrecer una solución a la cuestión de si el concebido es titular de derechos, limitándose en cambio a situar el mínimo común denominador del consenso de los estados parte en el reconocimiento al no nacido como perteneciente a la especie humana al tener capacidad para convertirse en una persona y precisaba que, en cuanto tal, merece protección en nombre de la vida humana. El propio TEDH recuerda que el aborto no constituye una excepción

<sup>69</sup> CDL (2011) 058, p. 5.

al derecho a la vida, pues no se encuentra entre las que se enumeran de modo explícito en el art. 2.2 CEDH.

Incluso a pesar de haber considerado que el aborto entra dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada, la Comisión de derechos humanos interpretaba en 1976 que la interrupción del embarazo no puede encuadrarse exclusivamente en el derecho a la vida privada de la madre, de manera que parecía no excluir que la protección a la vida del feto pudiera limitar dicho derecho.

Ahora bien, a pesar de la actitud reluctante ya señalada, del juicio de ponderación al que somete el TEDH la protección de la vida de la madre gestante y la del no nacido se desprende que solo en los casos de peligro para la salud o la vida de la madre, la protección de la vida del feto no tiene carácter absoluto, viniendo entonces a configurar el único supuesto en el que el conflicto de intereses se salda para el TEDH con una menor protección obligatoria para la vida del concebido. Ésta sería por lo tanto hasta ahora la única regla prohibitiva directa que infiere el TEDH a partir del art. 2 CEDH, y que opera como límite al art. 8 CEDH. En los demás supuestos, es decir, aquellos en los que la vida o la salud de la madre no están amenazadas por la continuidad del embarazo, es permisible, *a contrario*, que se establezca una mayor protección para la vida del concebido, dado que no existiendo riesgo para la vida o salud de la madre, la interpretación del TEDH permite que, no debiendo soportar la madre el sacrificio de tan esencial bien como es la su vida, las legislaciones de los estados prohíban el aborto por libre decisión al no ser mayor la carga impuesta a la madre gestante de tener el niño que el sacrificio de eliminar una vida humana. A través de este razonamiento se llega por tanto a la misma conclusión formulada por la doctrina del TC húngaro en sus dos sentencias sobre el derecho a la vida, viniendo así a ponerse de manifiesto que entre el art. II LF y el CEDH no tiene por qué existir contradicción a priori.

Por otra parte, la protección a la vida del concebido en la nueva LF de Hungría parece de todo punto congruente con la doctrina sentada en *Briiggemann and Scheuten v. Germany*<sup>70</sup>, en la que la entonces Comisión precisaba que no existe un derecho ilimitado al aborto. Esencialmente, porque aunque pueda ser considerada una decisión protegida por el derecho del art. 8 CEDH, este derecho al igual que todos, es limitado. En aquella ocasión la Comisión señalaba que «la pretensión del respeto de la vida privada se reduce automáticamente en la medida en que el propio individuo pone en contacto su vida privada con la vida pública o en estrecha conexión con otros intereses protegidos. Desde esta perspectiva el embarazo no puede decirse que pertenezca únicamente al ámbito de la vida pri-

---

<sup>70</sup> App. n.º 569/75, 3 Eur. H. R. Rep. 244 (1977).

vada. Siempre que una mujer esté embarazada su vida privada pasa a estar íntimamente conectada con el feto en gestación» (§ 56).

No obstante, es observable una cierta evolución en la más reciente jurisprudencia del TEDH sobre el aborto, especialmente a partir de *Vo. v. Francia, Tysiac v. Poland y A, B and C v. Ireland*. A juicio de un sector doctrinal, estos recientes casos vendrían a mostrar que el TEDH ha optado por planteamientos *pro-choice* y que el reconocimiento de un derecho a abortar se encuentra más cercano<sup>71</sup>, al haber basculado el ámbito desde el que el TEDH analiza la legislación del aborto, que ya no tendría su *locus* en el art. 2 CEDH, sino en su art. 8, ya que según la doctrina asentada desde *Evans v. United Kingdom* (§ 71), «la noción de vida privada se aplica también a la decisión de tener o no tener un niño o a la de convertirse en padres» y por ello «la legislación reguladora de la interrupción del embarazo toca la esfera privada, puesto que siempre que una mujer está embarazada su vida privada pasa a estar estrechamente conectada con la del feto en gestación» (*R. R. v. Poland*, § 181). Cierta doctrina considera que la lógica de estos pronunciamientos del TEDH sobre el art. 8 CEDH llevará pronto al TEDH a admitir que la continuidad o no del embarazo es algo que debe ser dejado a elección de la madre, pues se trata de una decisión protegida por el respeto a la vida privada, vaticinando que «no puede estar lejano el momento para que el Tribunal juzgue que la protección de los derechos de la mujer necesita que su derecho a la vida privada incluya un derecho al aborto»<sup>72</sup>. Se suele afirmar, en coherencia con ello, que el TEDH en sus últimas decisiones parece sustentar las tesis de una corriente que propugna que la tutela del no nacido no puede conseguirse en contra o a costa de la madre gestante. Razonan para ello que solo así se pueden armonizar los intereses en presencia. Ahora bien, la *ratio decidendi* en esos casos decididos hasta ahora por el TEDH en los que se ha querido ver la antesala de un reconocimiento a los derechos reproductivos de la mujer (*A, B, C v. Ireland, Tysiac v. Poland, RR v. Poland*), y en los que se reconocía una vulneración del art. 8 CEDH de las recurrentes, no fue la protección de la decisión de la mujer sobre el control de su gestación, sino las «buenas prácticas» de la profesión médica, garante de un derecho no fundamental, sino legal, a abortar<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Vid. Fernando REY MARTÍNEZ, «¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la Sentencia 'A, B y C v. Irlanda' del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Estudios constitucionales*, Año 9, n.º 2, 2011, p. 747.

<sup>72</sup> Vid. Jean-Manuel LARRALDE, «La Cour européenne des droits de l'homme et la promotion des droits de femmes», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 71/2007, p. 873.

<sup>73</sup> Vid. Daniel FENWICK, «The modern abortion jurisprudence under Article 8 of the European Convention on Human Rights», *Medical Law International*, vol. 12, n.º 3-4, 2013, p. 265.

Interpretar por tanto la más reciente jurisprudencia del TEDH en relación al aborto, como una progresión hacia el reconocimiento de un nuevo derecho, no parece por el momento acertado. De entrada, esta posición desconoce que la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad cesan de tener soporte legítimo cuando afecten a derechos o bienes jurídicos protegidos. En particular, a pesar de que la decisión sobre la continuidad del embarazo se encuentra dentro de la esfera de la aplicación del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH, el TEDH aclara que «la naturaleza del derecho a decidir la continuidad del embarazo no es absoluta» (*R. R. v. Poland*, § 188). No cabe por ende pretender esgrimir la libre autonomía de la madre como si de un acto de libre disposición de su propio cuerpo se tratara, puesto que, aunque la unión del concebido y la dependencia de la madre es evidente, el concebido, como reconoce el Consejo de Estado español, «constituye en todo momento un *tertium* sustantivo digno de protección» (Informe 803/2006 de 22 de junio). De ahí que el TEDH expresamente afirme en *A, B and C v. Ireland* que «el art. 8 CEDH no puede ser en consecuencia interpretado como reconocedor de un derecho al aborto» (§ 214)<sup>74</sup>. Este último pronunciamiento deja poco espacio para matices, frente a lo dicho por el Tribunal en *Tysiac v. Poland*, donde no fue tan explícito, pues se limitó a afirmar que del Convenio no deriva necesariamente un derecho al aborto, como tampoco necesariamente deriva un derecho a morir o una protección a la vida desde su comienzo<sup>75</sup>.

No cabe, por otro lado, y en segundo lugar, pretender fundamentar un derecho al aborto exclusivamente en el art. 8 CEDH, ya que el TEDH considera que aun dando por admitido que poner término al embarazo es algo que pertenece únicamente a la vida privada de la mujer, el respeto de este derecho debe ponderarse con otros «derechos y libertades invocados, incluidos aquellos del niño no nacido» (*A, B and C v. Ireland*, § 213, *Tysiac v. Poland*, § 106; *Vo v. France* [GC], §§ 76, 80 y 82). De acuerdo con esta premisa, en el caso *A., B. and C. v. Ireland*, el TEDH estima que se debe comprobar «si el Estado irlandés ha roto un equilibrio adecuado entre la protección del derecho a la vida del no nacido, y los derechos de las recurrentes» (§ 233). Entiende el TEDH que se trata de un conflicto con el derecho a la vida del no nacido puesto que es «igualmente legí-

<sup>74</sup> En parecidos términos, la protección de la vida en el art. 15 CE, de acuerdo con la interpretación de la STC 53/1985, de 11 de abril, determina que una pura y simple despenalización del aborto en nuestro país probablemente sea considerada inconstitucional. *Vid.* Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 3.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 226.

<sup>75</sup> *Vid.* Bertrand MATHIEU, «L'avortement et la Convention EDH: la politique des petits pas de la Cour de Strasbourg», *La Semaine Juridique*, Édition Générale, n.º 17, 25 Avril 2007, p. 39.

timo para un Estado optar por considerar al no nacido como tal persona y tratar de proteger esa vida» (*A, B y C v. Ireland*, §222). En todo momento, pues, el TEDH se refiere a la existencia de derechos del no nacido y a la legitimidad de su protección aplicando un margen de apreciación, especialmente amplio en asuntos o materias de carácter moral o con implicaciones éticas. El planteamiento expuesto es por tanto el de un conflicto de derechos. Sin embargo, en casos como *A, B and C v. Ireland*, es cierto que en su examen sobre si se ha guardado el justo equilibrio entre lo que denomina derechos e intereses en conflicto, el TEDH aplica el juicio de proporcionalidad, que sirve para determinar si la prohibición de abortar constituye una restricción legítima del derecho de las dos primeras recurrentes a su salud y bienestar, permitida por la protección de alguno de los bienes jurídicos previstos en el art. 8.2 CEDH. Lo que ocurre es que, a pesar de partir de esa premisa previa (*A, B and C v. Ireland*, § 214, 216), el propio Tribunal, al analizar la necesidad de la medida limitadora, reconoce que se debe acordar un amplio margen de apreciación al Estado irlandés en la comprobación de si se ha guardado un justo equilibrio «entre la protección de ese interés público, en particular la protección reconocida bajo la ley irlandesa al derecho a la vida del no nacido, y los derechos en conflicto de la primera y segunda recurrentes al respeto de sus vidas privadas» (*A, B and C v. Ireland* § 233).

Se viene por lo tanto a admitir la existencia de un conflicto entre derechos, uno de los cuales se encuentra amparado en el caso irlandés por el interés público. Sin embargo el análisis llevado a cabo versa en cambio sobre si la restricción impuesta al derecho de la madre a la vida privada (dentro del que se incluye la salud y bienestar), ha perseguido alguno de los fines legítimos contemplados en el art. 8.2 CEDH, respondiendo afirmativamente el TEDH al considerar la prohibición de abortar como legítima por cuanto pretende proteger «profundos valores morales» tal y como los concibe el pueblo irlandés (*A, B and C v. Ireland*, § 227). El Tribunal por tanto subsume la protección a la vida del no nacido como uno de los aspectos que comprende la protección de la moral (*A, B and C v. Ireland*, § 227), para con ello evitar pronunciarse sobre si el concebido es persona a los efectos del Convenio (art. 2), omitiendo así un pronunciamiento sobre si puede ampliarse al no nacido la cláusula limitadora de la protección de los derechos de los demás del art. 8.2 CEDH (*A, B and C v. Ireland*, § 228). Pese a ello, varios de los pronunciamientos recogidos en la propia sentencia (*A, B and C v. Ireland*, § 213, 233, 230), admiten explícitamente que la vida puede ser legítimamente considerada por el Estado derecho del «niño no nacido» (recordando lo dicho en *Tysiac v. Poland*, § 106), al beneficiarse de un amplio margen de apreciación. En efecto, entiende el Tribunal que «puesto que los derechos reclamados en nombre del feto y los de la madre están inextricablemen-

te interconectados (...) el margen de apreciación concedido a una protección por el Estado del no nacido necesariamente se traduce en un margen de apreciación para ese Estado de cómo equilibra los derechos en conflicto de la madre» (*Tysiac v. Poland*, § 237). Como consecuencia, el TEDH reconoce que bajo el régimen del Convenio cabe proteger la vida del no nacido, si bien no con carácter ilimitado, de modo que lo que no está permitido por el Convenio es una prohibición absoluta de abortar, pues como señala en *A, B and C v. Ireland*, «la prohibición del aborto para proteger la vida del no nacido no está por lo tanto justificada automáticamente en virtud del Convenio sobre la base del respeto irrestricto a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la mujer embarazada a que se respete su vida privada es de una estatura menor» (*A, B and C v. Ireland*, § 238). Con ello el TEDH está avalando su consolidada doctrina de que la protección del concebido nunca podrá imponerse sobre la decisión de la madre en caso de peligro para su vida (*Patton v. United Kingdom* § 19). Este límite, que en realidad cabe entender que deriva del art. 2 CEDH, es por tanto el único que emana del art. 8 del CEDH, y es justamente el mismo que la Comisión Venecia recordaba al Gobierno húngaro en su Informe sobre la nueva Constitución. De hecho, en el caso *A, B and C v. Ireland*, el TEDH estima que solo a la tercera de las recurrentes se le ha vulnerado el derecho a la vida privada, al no haberse garantizado la posibilidad de abortar ante un riesgo para su vida, puesto que la falta de implementación legal del art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa<sup>76</sup>, que reconoce la posibilidad de abortar si existe peligro para la vida de la madre, tenía por consecuencia la inexistencia de un procedimiento estipulado para poder solicitarlo (*A, B and C v. Ireland*, § 264).

Aun cuando no se haya pronunciado por el momento el TEDH sobre si la protección de la vida del concebido puede resultar encuadrable en la protección de los derechos de los demás, de modo que el art. 8.2 pudiera justificar la limitación al derecho de autonomía de la madre, el Tribunal de Estrasburgo viene reconociendo que la protección de la vida humana es necesariamente una finalidad legítima a los efectos del Convenio, que se extiende además a la protección de la vida de los no nacidos (*A, B and C v. Ireland*, § 222-228). Y ha subrayado también que se debe atender a alcanzar un justo equilibrio entre los intereses en conflicto del individuo y de la comunidad como un todo, de modo que las regulaciones sobre el aborto no escapan a la tradicional ponderación de la privacidad y del interés público (*R. R. v. Poland*, §189). De ahí que los estados miembros

<sup>76</sup> Art. 40.3.3: «The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right».

no son totalmente libres para determinar la disponibilidad y régimen jurídico del aborto sin tener en cuenta los diferentes intereses y derechos legítimos afectados (*P. & S. v. Poland*, 30 de octubre de 2012, § 99). Se impone por tanto una ponderación entre esos derechos e intereses afectados, lo cual implica que los derechos e intereses de la mujer gestante no siempre prevalecen<sup>77</sup>.

Se debe además apuntar que no deja de ser una contradicción que la doctrina más reciente del TEDH mantenga que no existe entre los estados miembros un consenso en torno al momento en que da comienzo la vida humana y sin embargo admita al mismo tiempo que el consenso sí se da respecto de la pertenencia del concebido a la familia humana (*Vo v. France*, § 84)<sup>78</sup>. En realidad, a lo que apunta esa «asimetría de consensos» es a la persistencia de dos modos muy distintos de concebir la persona: uno muy restringido y reduccionista, para el que es lícito separar el concepto de persona del ser humano, y otro que postula la identidad entre persona, ser humano y vida humana.

Si bien, por tanto, en *Vo v. France* el Tribunal excluye pronunciarse sobre la capacidad al concebido para ser sujeto de derechos, en ninguno de los votos particulares que aglutinaban a 10 de 17 de los jueces, se cuestionaba la aplicabilidad del art. 2 CEDH, entendiendo además que hay sólidos argumentos para considerar que el feto, al menos el feto viable, se encuentra cubierto por la expresión «todos» del art. 2 CEDH (*Vo v. France*, § 85)<sup>79</sup>. De igual forma, ni el Tribunal ni la Comisión en su momento han excluido por completo la posibilidad de aplicar el art. 2 al *nasciturus*, pues como afirma la propia sentencia citada, los órganos del Convenio no excluyen en cualquier caso que, en ciertas circunstancias, se puedan admitir garantías en beneficio del niño todavía no nacido (*Vo v. France*, § 80).

En cualquier caso, incluso si se entiende que el art. 8 CEDH da cabida a los derechos reproductivos de la mujer, entre los que no solo estaría el derecho a decidir si o cuándo tener un hijo, sino el derecho a someterse a un aborto para que no nazca, no puede afirmarse que estos derechos tengan precedencia para el TEDH

<sup>77</sup> Vid. Grégor PUPPINCK, «Abortion and the European Convention of Human Rights», *Irish Journal of Legal Studies*, Vol. 3 (2), 2013, p. 144.

<sup>78</sup> Tal afirmación obvia sin embargo la perspectiva ontológica del concepto de ser humano, entendido como individuo de la especie humana. En efecto, desde un plano ontológico, si todas las personas son seres humanos, pero no así lo contrario, significa que a ciertos seres humanos se les niega la condición de persona, noción jurídica que, como ilustra la esclavitud, a lo largo de la Historia ha servido para introducir discriminaciones entre seres humanos de apariencia distinta o «no plenamente humana».

<sup>79</sup> Vid. Jakob PICHON, «Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment *Vo v. France*», *German Law Journal*, vol. 07, n.º 4, 2006, p. 439.

sobre la vida como bien jurídico, pues la posibilidad de que la salud y bienestar de la mujer constituyan *per se* un interés ilimitado que permita el aborto, se encuentra totalmente excluido del art. 8 CEDH según ha declarado expresamente el TEDH (*A, B and C v. Ireland*, § 214). De reconocer un derecho de esta naturaleza, se eliminaría del todo la protección de la vida del no nacido como bien jurídico, convirtiéndolo en un asunto dejado al libre arbitrio, y en tal caso, se está «matando a un niño no nacido» (*Vo v. France* § 87), y ello sin que el aborto se encuentre previsto en el Convenio como límite al artículo 2 (*X. v. United Kingdom*), pese a reconocer el TEDH que el feto podría considerarse que tiene en determinadas circunstancias derechos protegidos por el art. 2 del Convenio (Comisión, *H. v. Norway*, 19 de mayo de 1992, § 1). Lo pone así de manifiesto el propio Tribunal afirmando que «las instituciones del Convenio no han descartado, sin embargo, la posibilidad de que en ciertas circunstancias las garantías puedan extenderse al niño no nacido» (*Vo v. France* § 80). Esto es lo que parece haber contemplado la anterior Comisión al considerar que el art. 8.1 CEDH no puede interpretarse en el sentido de que «el embarazo y su terminación son, como regla general, solamente un asunto de la vida privada de la madre», hasta el punto que, por la naturaleza de los bienes implicados, el propio TEDH se ha referido al aborto como una dolorosa decisión que conlleva un sufrimiento inherente (*Costa and Pavan v. Italy*, § 59).

## V. CONCLUSIONES

La protección del concebido en la nueva Ley Fundamental húngara, en la medida que se interprete que no prohíbe totalmente el aborto, respeta plenamente no solo el régimen del CEDH, además de dar cumplimiento a diversos tratados internacionales sobre la infancia<sup>80</sup> y a diversas recomendaciones del Parlamento europeo<sup>81</sup>.

A diferencia de otro tipo de planteamientos, alejados en esta cuestión del enfoque de los tribunales europeos<sup>82</sup>, el TEDH parte del dilema del reconocimiento o no de personalidad al feto, cuestión ligada a un supuesto momento de

---

<sup>80</sup> En este sentido puede citarse la Convención Internacional sobre Derechos de la infancia de 1989 y la Declaración de Derechos del Niño de 1959, ambas aprobadas por Naciones Unidas.

<sup>81</sup> Recomendación del Parlamento Europeo n. 1046/86, la Recomendación del Consejo de Europa n.º 1100/89 y la n.º 874/79.

<sup>82</sup> La referencia es, claro está, al Tribunal Supremo de los Estados Unidos. *Vid.* Blanca RODRÍGUEZ RUIZ, «Género en el discurso constitucional del aborto», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 156, abril-junio, 2012, p. 64.

comienzo de la vida sensitiva (que no humana, ya existente). A partir de esta constatación, la cuestión a la que en realidad remite la jurisprudencia convencional es la de cuál es el estatuto jurídico de un ser humano sin que tenga reconocida personalidad jurídica. Tal cuestión no se encuentra resuelta en el actual art. II de la LF húngara, a pesar de mencionar la protección de la vida desde el momento de la concepción. Frente a la solución de considerar al no nacido como un objeto o como una cosa<sup>83</sup>, o como un ser humano sin subjetividad, o como «una forma de vida humana»<sup>84</sup>, existe otra vía que no le garantiza el *status* de persona pero sí el de sujeto jurídico. Se trata, a diferencia de las tesis objetivas que hacen del feto exclusivamente un objeto de tutela mediante la protección de la vida como valor objetivo<sup>85</sup>, de adoptar el criterio de la subjetividad jurídica del feto, noción más amplia que la de capacidad jurídica, de modo que sujeto y persona no son coincidentes<sup>86</sup>. De esta manera, sin tener plena capacidad jurídica, el *nasciturus* podría ser portador de poderes, intereses legítimos o de un *status* personal jurídicamente relevante<sup>87</sup>. La subjetividad jurídica, al ser una noción más amplia que la de capacidad jurídica, propia de las personas físicas (que se adquiere con el nacimiento), operaría una diferenciación entre sujeto y persona<sup>88</sup>. De lo contrario, que la vida del concebido sea objeto de tutela normativa y pretender al mismo tiempo que, a través de esa protección dispensada a tan esencial bien jurídico, no lo sea el concebido en sí, como sujeto, no deja de plantear incoherencias<sup>89</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia del TC húngaro niega que esta solución, que pasa por conceder un *status* jurídico particular al feto, resuelva más

<sup>83</sup> Desde ciertas posiciones metodológicas se rechaza la dicotomía sujeto/cosa por demasiado reductiva.

<sup>84</sup> Cfr. B. RODRÍGUEZ RUIZ, *op. cit.*, p. 52.

<sup>85</sup> En tal sentido se ha pronunciado recientemente en Italia la Corte di Cassazione italiana en su sentencia n. 16754 de 2 de octubre de 2012, en un caso de una persona que reclama resarcimiento de daños por haber nacido con síndrome de Down, sosteniendo que ha existido violación de varios derechos fundamentales. En la sentencia se defiende que el concebido no puede ser considerado sujeto de derecho, en contra de la anterior doctrina de la propia Corte y en contra del art. 1 de la ley n. 40 de 2004.

<sup>86</sup> Sentenza della Corte di Cassazione, de 11.5.2009. En contra, *vid.* Giuseppe CRICENTI, «Il concepito soggetto di diritto e i limiti dell'interpretazione», *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, n. 12, anno XXV, Dicembre 2009, p. 1263.

<sup>87</sup> *Vid.* Alessia VALONGO, «Soggettività del concepito e diritti fondamentali», *Diritto e Processo. Anuario giuridico*, 2010, p. 239.

<sup>88</sup> *Vid.* Giuseppe CRICENTI, «Il concepito soggetto di diritto e i limiti dell'interpretazione», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n.º 12, dicembre, 2009, p. 1263.

<sup>89</sup> *Vid.* Gianni BALLARINI, «La situazione giuridica del concepito tra esigenze di qualificazione e istanze di tutela», en Cesare MASSIMO BIANCA, *Interessi fondamentali della persona e nuove relazioni di mercato*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012, p. 69.

problemas que los que plantea. Según el TC, en efecto, «la relatividad y restricción de la protección que se reconocería a la vida del feto convirtiéndolo en una persona jurídica especial, disfrutando de una protección jurídica *sui generis*, no tendría como resultado una mayor protección en la práctica de la que ya extiende el estado en cumplimiento de su obligación objetiva de proteger la vida»<sup>90</sup>.

A este tipo de protección basada en el valor objetivo de la vida, pertenecen también las fórmulas utilizadas por las Constituciones que distinguen entre persona y vida humana sin más, como la eslovaca de 1992 (en adelante, CSk), cuyo art. 15.1 reconoce que «la vida humana goza de protección ya desde antes del nacimiento». En la interpretación que ha recibido dicho precepto en la Sentencia 1/2007, de 7 de diciembre del Tribunal Constitucional eslovaco, se sostiene que el segundo de los enunciados del art. 15.1 no atribuye sin embargo al embrión o al concebido un estatuto constitucional particular y distinto del nacido como persona. En su pronunciamiento, el TC eslovaco entiende que «la creación de varias categorías de derecho a la vida, que no tendrían el mismo peso, o, incluso la alternativa de crear nuevos sujetos de derecho mediante la jurisprudencia (parecidos a la clásica dicotomía entre personas naturales y personas jurídicas) estaría en contradicción con el postulado constitucional de igualdad de las personas en sus derechos» (F. J. 5). Este razonamiento lleva a excluir que el segundo inciso del art. 15.1 de la Constitución eslovaca suponga un reconocimiento de un derecho, decantándose el TC eslovaco por diferenciar el primer enunciado, que reconoce que toda persona tiene derecho a la vida, del segundo, que solo reconoce protección a la vida del no nacido como un valor objetivo y no como un derecho subjetivo y personal (F. J. 2, 7 y 10). Este bien constitucionalmente protegido se limita recíprocamente con otros derechos de la madre (arts. 16.1 y 19.1 y 2 CSk), de manera que deben ser sometidos a un juicio de ponderación, con la particularidad de que la ponderación entre un derecho y un valor objetivo concede más intensidad al primero en su protección (F. J. 12). Dicha ponderación condujo al TC eslovaco, en la citada (y controvertida) sentencia 1/2007, a declarar constitucional el aborto permitido en cualquier circunstancia, a simple petición de la mujer, dentro de las 12 semanas por la ley 76/1986 (reformada en 1991), sobre interrupción artificial del embarazo.

En otros textos constitucionales, en los que ni siquiera aparece recogido bajo un enunciado expreso el derecho a la vida, como en el italiano, la jurisdicción constitucional ha reconocido la subjetividad del concebido. En efecto, en Italia la sentencia 27 de 1975 de la Corte costituzionale (y luego la sentenza n. 35/1997) señalaba que «el art. 2 de la Constitución italiana reconoce y garan-

---

<sup>90</sup> Sentencia 64/1991, considerando D.2.d).

tiza los derechos inviolables del hombre, entre los que no puede no colocarse, si bien con sus particulares características, la situación jurídica del *nasciturus*», que es persona desde el momento de la concepción. De modo que el enfoque que ha prevalecido en la regulación de este país, es el de una «tutela casi absoluta» del concebido, al que se reconoce un derecho a la vida de igual naturaleza que el de la madre<sup>91</sup>, ya que tras la citada sentencia se aprobaba la ley n. 194, de 22.5.1978 sobre interrupción voluntaria del embarazo, cuyo art. 1 proclama la tutela de la vida humana «desde su inicio», excluyendo el aborto como medio para el control de los nacimientos (art. 1). Asimismo, el art. 1 de la ley sobre procreación asistida, n.º 40 de 2004, garantiza la tutela de los derechos de todos los sujetos afectados por la fecundación, «incluido el concebido».

La consideración del concebido como objeto de tutela sin subjetividad puede conducir en cambio a conclusiones tan aberrantes como la de que no se pueda exigir responsabilidad a un facultativo por dañar el feto fatal y mortalmente en una intervención quirúrgica de la mujer, mientras que por causarle daños menos severos éste llegue a nacer y a morir a los pocos días a consecuencia de las heridas, lo cual podría dar lugar a responder por homicidio involuntario o por lesiones<sup>92</sup>. En el mismo sentido la redacción final del art. 3 de la Carta de derechos de la Unión Europea, ha sido criticada en la doctrina por lo incorrecto de considerar a «la persona» como titular del derecho que impide la clonación reproductiva y las prácticas eugenésicas, cuando sin embargo la naturaleza de estos intereses tutelados se refieren sin ninguna duda al embrión<sup>93</sup>. Al hilo precisamente de la legislación sobre técnicas de reproducción asistida, se observa precisamente en la Carta europea de derechos fundamentales un planteamiento «absolutamente favorable a la preeminente tutela» de los derechos del embrión respecto a las libertades de investigación científica y de explotación económica, dándose además un reconocimiento de derechos, —derivados de la prohibición de prácticas eugenésicas y de clonación reproductiva (art. 3)—, no solo para los concebidos, sino también para los *concepturi* (aquellos que serán concebidos en el futuro)<sup>94</sup>. Se

<sup>91</sup> Vid. Antonio BALDASSARRE, «Lo statuto costituzionale dell'embrione», en Guido BISCONTINI y Lucia RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 37.

<sup>92</sup> Vid. John KENYON MASON, «What's in a name?: The vagaries of *Vo v. France*», *Child & Family Law Quarterly*, vol. 17, núm. 1, 2005, p. 111.

<sup>93</sup> Vid. Anna FALCONE, «Principios en materia de bioética y derecho a la identidad y a la integridad genética (art. 3 CDFUE)», en Javier GARCÍA ROCA y Pablo A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 372.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 341.

trata del derecho a nacer con un patrimonio genético no manipulado arbitrariamente, y del derecho a la identidad genética del individuo, que figuraba en los trabajos preparatorios de la Carta, si bien no se ha consignado en el texto final<sup>95</sup>. Pero es evidente que las dos prohibiciones mencionadas configuran deberes que, correlativos o no a un derecho a la integridad genética, anteceden el nacimiento del concebido, pues por su naturaleza no estarían garantizados si no se protegen *ex ante*. No se entiende por esta razón la incoherencia de la Carta europea incorporada al Tratado de Lisboa al reconocer estos derechos solo a la persona (a los nacidos), si no es por las consecuencias que para las legislaciones abortistas traería el reconocer al concebido la subjetividad como individuo. Así pues, también en este ámbito la protección a la vida desde su concepción en la nueva Ley Fundamental de Hungría se muestra, desde este punto de vista, más congruente con los intereses tutelados, secundando la estela de la jurisprudencia constitucional precedente antes analizada, reconocedora del carácter irreversible y continuo de la vida del ser humano, no idéntico a ningún otro y por ello irremplazable.

**Title:**

INNOVATION OR CONTINUITY?: HUMAN DIGNITY AND PROTECTION OF LIFE FROM CONCEPTION IN THE NEW HUNGARIAN BASIC LAW OF 2011

**Resumen:**

Según el artículo II de la nueva Ley Fundamental de Hungría, «La dignidad humana será inviolable. Todo ser humano tendrá el derecho a la vida y a la dignidad humana; la vida embrionaria y fetal estará sujeta a protección desde el momento de la concepción.». Es evidente que, a diferencia del texto constitucional anterior, se menciona expresamente la vida fetal y embrionaria, al igual que de modo también expreso se preceptúa que gozará de protección desde el momento de la concepción. Esta nueva regulación constitucional estaría para algunos, no estrictamente ampliando los titulares del derecho a la vida, pero sí al menos extendiendo el manto protector de la Constitución a la vida

---

<sup>95</sup> Vid. Carla FARALLI y Silvia ZULLO, «Terapia genica e diritti della persona», en Stefano RODOTÁ y Paolo ZATTI, *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2011, p. 516.

fetal y embrionaria desde su comienzo, lo que tendría por consecuencia excluir de plano la posibilidad de abortar legalmente en cualquier supuesto a voluntad de la mujer, suponiendo ello una ausencia de garantía para otros derechos fundamentales en juego de la madre.

La controversia en torno al art. II no sólo ha estado centrada en el supuesto enfoque más restrictivo del nuevo texto constitucional hacia el aborto, sino que se ha extendido a la propia concepción de derecho de la dignidad humana, que para cierta doctrina ha recibido una configuración distinta a la concepción predominante en el derecho europeo.

**Abstract:**

Under Article II of Hungarian Basic Law «Human dignity shall be inviolable. Every human being shall have the right to life and human dignity; embryonic and foetal life shall be subject to protection from the moment of conception». It is evident that, unlike the previous Constitution, the Basic Law expressly mentions the fetal and embryonic life, as also expressly stipulates that it shall be protected from the moment of conception. This new constitutional provision would be for some scholars, not strictly expanding the holders of the right to life, but at least extending the protective cloak of the Constitution to fetal and embryonic life from its beginning, which would effectively exclude outright the possibility of legal abortion at discretion of woman in any event, implying an absence of constitutional guarantee for other mother's fundamental rights at stake.

The controversy about art. II has been focused not only on the supposed more restrictive approach of the new constitution to abortion, but has reached to the very conception of the right to human dignity, that for some scholars has received a different configuration to the prevailing conception in European law.

**Palabras clave:**

Ley Fundamental de Hungría, Dignidad humana, Derecho a la vida, Aborto, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

**Key words:**

Hungarian Basic Law, human dignity, right to life, abortion, European Court of Human Rights.