



IV REUNIÓN CUATRILATERAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL Y CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA

LOS DERECHOS DE LAS GENERACIONES FUTURAS: MEDIO AMBIENTE Y SALUD
Roma, 23 de junio de 2023

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS NUEVAS GENERACIONES Y SUS POSIBLES INTERCONEXIONES CON EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

JOANA FERNANDES COSTA

Jueza del Tribunal Constitucional de Portugal

1. La Constitución de la República Portuguesa actualmente en vigor no contiene ningún preámbulo o declaración de principios a partir de los cuales se pueda calibrar la *justiciabilidad de los derechos fundamentales de las personas futuras*. A través de los límites materiales que impone a las leyes de revisión constitucional, la Constitución garantiza a los futuros ciudadanos los *derechos, libertades y garantías* que prevé (artículo 288, letra d). Sin embargo, no aclara *si, y en qué medida*, la protección de los derechos fundamentales de quienes vendrán después de nosotros constituye una obligación constitucional general para el Estado de Derecho actual o, más concretamente, un deber cuyo incumplimiento puede ser controlado y censurado por los tribunales, en el ejercicio de sus competencias de control de constitucionalidad de las leyes, con independencia del ámbito normativo en el que se inscriban o de la naturaleza o contenido del derecho fundamental de que se trate. Como la mayoría de los textos constitucionales vigentes, la Constitución portuguesa no contiene ninguna formulación exhaustiva que permita establecer o medir la *relevancia constitucional actual* de los derechos fundamentales de las generaciones futuras, a saber, como *límite inmanente* de los derechos fundamentales de los individuos que,



compartiendo el mismo tiempo - el tiempo presente - integran lo que suele denominarse la generación actual. La única referencia a las *dimensiones intratemporal e intertemporal* de las relaciones entre los miembros de la comunidad aparece en el contexto de la *protección del medio ambiente y de la calidad de vida* -los bienes más evidentemente expuestos al impacto negativo a medio y largo plazo de su uso actual-, al haber sido introducida en el ámbito de la revisión de la Constitución llevada a cabo en 1997, que atribuyó al Estado el deber de "*promover la utilización racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y estabilidad ecológica, con respeto al principio de solidaridad entre las generaciones*" (artículo 66, núm. 1, apartado d)).

Se espera, sin embargo, que el tema de la *justicia intergeneracional* pueda encontrar en el próximo texto constitucional puntos de apoyo más impactantes y, sobre todo, más generales. Uno de los proyectos presentados por los partidos políticos con escaños parlamentarios en el proceso de revisión constitucional actualmente en curso en Portugal □ el proyecto presentado por el Partido Socialdemócrata □ propone ampliar las referencias a la *equidad generacional* en el texto de la Constitución, concretamente ampliando la lista de tareas fundamentales asignadas al Estado (artículo 9) para incluir la *promoción de la justicia entre generaciones*. También prevé la inclusión de una referencia a la promoción de la "*cohesión y equidad entre las generaciones*" junto a la justicia social" en las normas que definen las tareas prioritarias del Estado en materia de organización económica y, en el ámbito del sistema financiero y fiscal, la fijación de un "*límite plurianual al endeudamiento público respetando la solidaridad entre las generaciones*", lo que probablemente será controvertido.

En cualquier caso, aunque estas propuestas no prosperen y, más concretamente, aunque el "*principio de solidaridad entre generaciones*" permanezca en el texto de la Constitución únicamente como parámetro para evaluar la validez de la utilización de los recursos naturales, de ello no se seguirá que la protección constitucional de los derechos fundamentales de las



personas futuras no pueda ni deba tener lugar fuera del ámbito de aplicación de la denominada Constitución medioambiental.

2. En el contexto del control de constitucionalidad de determinadas medidas presupuestarias dirigidas a hacer frente a los efectos de la crisis de la deuda soberana o, más ampliamente, a promover la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social en lo relativo al pago de las pensiones, el Tribunal Constitucional ha utilizado, en varias ocasiones, el *principio de justicia intergeneracional* para concluir que no eran desproporcionadas o excesivas determinadas normas que establecían un aumento progresivo de la edad de jubilación, así como el cambio de las reglas de cálculo de las pensiones, menos favorables para los beneficiarios que las anteriores (Sentencia núm. 3/2010, núm. 1, núm. 4, del Tribunal Constitucional.) 3/2010, apartado 4). En este caso, el Tribunal consideró que el legislador no podía reducir el valor de las pensiones ya atribuidas a través del sistema de protección de los empleados de la Administración pública porque dicha reducción se aplicaba exclusivamente a este sistema, que había dejado de afiliar a nuevos suscriptores el 1 de enero de 2006, para converger con el régimen general de la Seguridad Social (Sentencia n.º 862/2013). En una explicación de voto de la Sentencia n.º 353/2012, que juzgó inconstitucionales, por vulneración del principio de igualdad, las normas incluidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012, que suspendían total o parcialmente el abono de las pagas extraordinarias de vacaciones y Navidad, o de cualquier prestación correspondiente a los meses 13º y, o, 14º, a las personas que percibían retribuciones salariales o pensiones de jubilación o retiro a través de fondos públicos, se llevó un poco más lejos la explicitación del principio de justicia intergeneracional. La actual Defensora del Pueblo, la Consejera Juez Maria Lúcia Amaral, que no siguió esta sentencia, basó las razones de su desacuerdo en el principio de justicia intergeneracional, considerando que "*en una República basada en la idea de la dignidad de la persona*" y comprometida con la construcción de una *sociedad solidaria* - es lo que se desprende del artículo 1 del texto de la Constitución - Artículo 1 del texto de la Constitución -



, "la atención al justo límite de las cargas a dejar para el futuro no puede dejar de ser, ella misma, uno de los principios estructurantes de la Constitución", teniendo en cuenta que "la solidaridad entre los que están vivos no puede ser vivida de forma que excluya la solidaridad con el futuro".

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce así que el *principio de justicia intergeneracional* tiene acogida constitucional. Es posible deducir su *contenido prescriptivo básico* del artículo 1 de la Constitución o, como se afirma en la Sentencia núm. 3/2010, de la "*idea de justicia intergeneracional que emana de nuestro texto constitucional*", y aplicarlo para controlar la constitucionalidad de otras opciones de política pública además de las relacionadas con el uso del patrimonio ambiental, que también plantean la cuestión de la sostenibilidad.

La pregunta que aún queda por responder se refiere a si la protección anticipada de los que aún no han nacido sólo puede realizarse a través del *principio de justicia intergeneracional*, más orientado a justificar la existencia de deberes jurídico-constitucionales para las generaciones presentes que al reconocimiento de verdaderos derechos fundamentales para los miembros de las generaciones futuras. O, por el contrario, si esta protección se beneficia de la justiciabilidad inherente a los derechos fundamentales, ya sea en su dimensión positiva o dispositiva, como imperativos constitucionales de protección, o incluso, como indica en cierta medida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su dimensión negativa o defensiva, como prohibiciones de injerencia que pueden invocarse contra el Estado actual cuando está en juego la protección de un derecho fundamental -como es el caso, como veremos, del *derecho al conocimiento de los orígenes genéticos y epigenéticos*-, cuya defensa puede apreciarse en un plano diacrónico.

3. En el ámbito de la *protección del derecho a la salud*, la dimensión positiva o prestacional de los derechos fundamentales es particularmente relevante. La Constitución de la



República Portuguesa consagra el derecho fundamental a la salud como un *derecho social*, afirmando que *"todos tienen derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla"* y eligiendo, como medio privilegiado para su realización, la *"creación de un servicio nacional de salud que sea universal y general y que, teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, tienda a la gratuidad"* (artículo 64, párrafos 1 y 2, letra a)). Además, impone al Estado un conjunto de deberes para garantizar el derecho a la protección de la salud, vinculándolo, a saber, a *"garantizar la cobertura racional y eficiente de todo el país en recursos humanos y unidades sanitarias"*, a *"disciplinar y fiscalizar las formas empresariales y privadas de medicina disciplinar y controlar la producción, distribución, venta y utilización de productos químicos, biológicos y farmacéuticos y otros medios de tratamiento y diagnóstico"* (artículo 64.3.b)). (Artículo 64, apartado 3, letras a), d) y e), respectivamente).

Como ocurre con otros derechos económicos, sociales y culturales, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho fundamental a la protección de la salud tiene una *doble dimensión*. En su *dimensión negativa*, aparece como un "derecho subjetivo a que el Estado y terceros se abstengan de lesionar el bien jurídico '*salud*'", evidenciando zonas de contigüidad o incluso solapamiento con el *derecho a la integridad física*, y reclamando por tanto la aplicación del régimen especial de protección previsto para los derechos, libertades y garantías. Este entendimiento llevó al Tribunal Constitucional, en un proceso de control preventivo de constitucionalidad, a considerar inconstitucional, por violación de la reserva de ley parlamentaria, un conjunto de normas dictadas por la Asamblea Legislativa de la Región Autónoma de Madeira más favorables a la autorización para fumar en el interior de establecimientos de restauración o de bebidas que el régimen contenido en una ley de la República destinada a proteger a los ciudadanos de la exposición involuntaria al humo de tabaco (sentencia n.º 423/2008).



En su *dimensión positiva*, el derecho a la protección de la salud aparece como un *derecho a prestaciones estatales* tanto normativas como fácticas. La relevancia de esta dimensión fue subrayada por primera vez, y de forma especialmente expresiva, en la Sentencia 39/1984, que juzgó inconstitucional una norma que derogaba gran parte de los preceptos de la Ley que había creado el Servicio Nacional de Salud, por considerar que dicha derogación se traducía en la destrucción o aniquilación de este servicio, como "complejo de prestaciones" "integrado" y "unitario". Posteriormente, en la Sentencia núm. 731/1995, el Tribunal reforzó la idea de que el servicio nacional de salud cuya existencia garantiza expresamente la Constitución debe ser *universal*, es decir, dirigido a la generalidad de los ciudadanos; debe ser general, es decir, debe abarcar todos los ámbitos y prestaciones médicas; y debe *tender a la gratuidad*, lo que significa que las personas tienen derecho a acceder a la asistencia sanitaria de forma gratuita o mediante el pago de "tasas", que, sin embargo, no pueden fijarse en términos o en cuantía que impidan el acceso al servicio nacional de salud por insuficiencia de medios económicos. Desde entonces el Tribunal no ha discutido, al menos no con la misma agudeza, el problema de la *existencia o suficiencia de los medios* que el Estado pone a disposición de los ciudadanos para garantizar la realización de su derecho fundamental a la protección de la salud, ni las opciones que rigen la *elección y asignación de esos medios concretos*, teniendo en cuenta la diversidad de necesidades y patologías. En cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal ha declarado que el nivel de realización de los derechos económicos, sociales y culturales está subordinado a la denominada "*reserva de lo posible*" -de lo "*financieramente posible*"- que, presuponiendo consideraciones en el ámbito de la sostenibilidad, puede plantear cuestiones relacionadas con la protección de los derechos de las generaciones futuras.

Sin embargo, en el ámbito del derecho a la protección de la salud, como probablemente en ningún otro, la "reserva de lo posible" se enfrenta constantemente con lo que puede



denominarse la "*ampliación del campo de lo posible*"¹ -de lo *científicamente posible*-, que se refleja en la constante expansión del universo de medios diagnósticos y terapéuticos disponibles como consecuencia de los nuevos descubrimientos científicos y de los progresivos avances tecnológicos. Aunque el Tribunal Constitucional nunca ha sido llamado a arbitrar en esta tensión - , ni podrá hacerlo salvo dentro de las limitaciones inherentes al *carácter estrictamente normativo* del sistema de control de constitucionalidad que consagra Portugal - , ya se ha topado, sin embargo, con otras cuestiones que también se derivan de la *ampliación del campo de lo científicamente posible*, fenómeno que, como ha escrito un autor portugués, desafía, en múltiples contextos, la delimitación de las "*arenas modales de la práctica humana en el sector*", "*del dominio de lo permitido, a la esfera de lo necesario y de lo debido*"² .

Estas cuestiones se plantearon en el contexto del control de constitucionalidad de determinados aspectos *del régimen jurídico de la procreación médicamente asistida*, de los que interesa mencionar aquí, principalmente por su relevancia para la *justiciabilidad de los derechos fundamentales de las personas futuras*, la opción por establecer como regla, aunque no absoluta, el anonimato de los donantes en el caso de la procreación heteróloga y, como regla absoluta, el anonimato de las gestantes subrogadas. En la Sentencia núm. 225/2018, el Tribunal consideró que en ambos casos se producía una grave *injerencia* en los derechos a la *identidad personal y al desarrollo de la personalidad* de la persona nacida mediante estas técnicas de procreación médicamente asistida y que dicha injerencia vulneraba el *principio de prohibición de exceso*, por ser *innecesaria*, en la medida en que los demás derechos fundamentales o valores constitucionalmente protegidos -a saber, el interés en mantener la paz y la tranquilidad en la familia y el deseo de mantener el anonimato por parte de la persona que donó material genético

¹ Luís A. M. Menezes do Vale, "El derecho a la salud en la Unión Europea en perspectiva diacrónica: elementos para una genealogía del artículo 35 de la CDFUE", NASCER E CRESCER, revista del hospital infantil maria pia, año 2011, Vol. XX, n.º 4, p. 276, disponible en: https://repositorio.chporto.pt/bitstream/10400.16/1297/1/09a_PerspectivasBioetica_20-4.indd.pdf

² *Idem*.



o que fue madre de alquiler- siempre podrían protegerse adecuadamente a través de la regla inversa; Es decir, la posibilidad de mantener el anonimato de los donantes y de las gestantes subrogadas sólo -y únicamente- cuando existan razones serias para ello, que deberán evaluarse caso por caso. Desde el punto de vista de los temas que hoy nos ocupan, la referencia a esta sentencia se justifica por dos razones.

La primera está relacionada con la protección del *derecho a la identidad personal y al desarrollo de la personalidad de las personas por nacer*. La ley que autorizó y reguló el acceso a la gestación subrogada entró en vigor el 1 de agosto de 2017 y fue examinada por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 24 de abril de 2018. Dado que, según esa misma ley, la celebración de un contrato de gestación subrogada debía ser previamente autorizada por una entidad independiente constituida al efecto (Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida), se verificó que, en la fecha en que el Tribunal Constitucional fue llamado a pronunciarse, aún no había nacido ninguna persona recurriendo a esta técnica de procreación. El Tribunal no vio razón alguna en esta circunstancia para concluir que no era útil enjuiciar la norma que impedía el acceso a la información sobre la identidad de la madre de alquiler a los nacidos mediante esta técnica. Esto significa que el juicio positivo de inconstitucionalidad se basó exclusivamente en la consideración del *derecho a la identidad personal y al desarrollo de la personalidad de las personas aún no nacidas*, que el Tribunal aplicó en su vertiente negativa o defensiva al afirmar que este derecho no podía ser restringido por la norma que, incluso antes de que se produjera ese nacimiento, ya impedía el acceso del futuro interesado a los datos de que necesariamente dispondría el Estado, conforme al modelo reglado consagrado en la ley, sobre la identidad de la madre subrogada.

La segunda razón, igualmente importante, se refiere al modo en que el Tribunal, por regla general, supera sus inevitables limitaciones epistémicas cuando se le pide que se pronuncie sobre normas dictadas en ámbitos más técnicos o científicamente informados. En el fallo



celebrado en la Sentencia núm. 225/2018, como ocurrió en tantas otras, la Corte sentó las bases de su juicio decisonal privilegiando, no el diálogo directo con la ciencia, sino el uso de datos provenientes de fuentes oficiales o institucionales especialmente acreditadas para ello, como es el caso, por ejemplo, del Consejo Nacional de Ética y Ciencias de la Vida, de cuyos informes y dictámenes se sirvió el Tribunal para establecer, entre otros aspectos, la relevancia del microambiente uterino en el desarrollo del epigenoma fetal y, en consecuencia, en la propia identidad de la persona nacida por gestación subrogada. Aunque la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional admite la posibilidad de oír a expertos, aunque sólo sea en los sucesivos casos de control abstracto de constitucionalidad, hasta la fecha ha sido esencialmente mediante la utilización de datos técnicos y científicos contenidos en documentos elaborados por organismos públicos especialmente acreditados para la respectiva validación y filtrado como el Tribunal ha tratado de asegurar la coincidencia entre lo que, utilizando la terminología empleada en alguna doctrina anglosajona, podría denominarse "*ciencia de sala*" y "*ciencia real*". El Tribunal también asume los consensos científicos contenidos en los convenios internacionales ratificados por Portugal, como ocurrió en la Sentencia núm. 423/2008, en la que el Tribunal decidió que "el Tribunal de Justicia debe basarse en el consenso científico que se ha alcanzado en los convenios internacionales". 423/2008, en la que el Tribunal consideró que, al adherirse al Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, adoptado en Ginebra el 21 de mayo de 2003, el Estado portugués había reconocido que estaba *científicamente probado* que la exposición al humo de tabaco "*causa enfermedad, invalidez y muerte*", lo que, como se afirma en el artículo 8 de dicho Convenio, no podía dejar de surtir efectos en el ordenamiento jurídico portugués, en virtud del artículo 8, apartado 2, de la Constitución.

4. Aunque no existan puntos de conexión evidentes con la protección constitucional de los derechos de las nuevas generaciones, la referencia a la jurisprudencia sobre el *derecho a la protección de la salud* no estaría completa sin repasar otra serie de sentencias, especialmente



reveladoras del peso que el Tribunal atribuye a ese derecho, a saber, considerar constitucionalmente legítimas determinadas medidas que pueden restringir otros derechos fundamentales. En la Sentencia 76/1985, el Tribunal entendió que el derecho a la protección de la salud y el deber que la Constitución impone al Estado de "*disciplinar y controlar la producción, distribución, comercialización y utilización de los productos químicos, biológicos y farmacéuticos*" eran razón suficiente para no considerar inconstitucional una norma que reservaba la titularidad de las oficinas de farmacia a quienes estuvieran en posesión del título académico de farmacéutico, especialmente por vulneración del derecho a la propiedad privada. Esta sentencia sería reiterada años más tarde en la Sentencia nº 187/2001. En la Sentencia nº 130/1988, el Tribunal no declaró la inconstitucionalidad de una norma que autorizaba a los médicos a extraer órganos o tejidos de cadáveres para trasplantes u otros fines terapéuticos, sin necesidad de notificarlo a las personas del entorno más próximo del fallecido y esperar un determinado plazo para que le comunicaran su oposición. En dicha sentencia, el Tribunal tuvo en cuenta que la extracción de tejidos y órganos está justificada por el interés general o común de la comunidad en la preservación de la salud y la curación de los enfermos, que de otro modo se verían inevitablemente condenados a una existencia física disminuida o sustancialmente recortada. En la Sentencia nº 520/2000, el Tribunal no consideró inconstitucional una norma que exige la publicación de la sentencia en caso de condena por la comisión de un delito contra la autenticidad, calidad o composición de los productos alimenticios y aditivos alimentarios, al considerar que dicha publicación es adecuada para lograr la protección de las condiciones sociales indispensables para la vida en comunidad.

Esta referencia será necesariamente breve, no sólo por razones de tiempo, sino también porque la intervención del Tribunal en este contexto se situó esencialmente en el plano de la apreciación de la constitucionalidad orgánica de las normas que se promulgaron a tal efecto. Se ocupó de un conjunto diverso de instrumentos, a saber, los del Gobierno que establecían, fuera de los períodos de vigencia del estado de excepción, el internamiento obligatorio en un



establecimiento sanitario, en el domicilio o, si ello no era posible, en otro lugar definido por las autoridades competentes, de los ciudadanos en relación con los cuales la autoridad sanitaria u otros profesionales de la salud hubieran determinado una vigilancia activa. El Tribunal consideró, en múltiples decisiones, que estaba en cuestión la afectación de derechos, libertades y garantías y, en consecuencia, que esta afectación sólo podía resultar de ley parlamentaria o decreto-ley autorizados fuera de los períodos de vigencia del estado de excepción constitucional correspondiente al estado de emergencia (ver, por todas, la Sentencia nº 334/2022, tomada en Pleno). Sin embargo, hubo un caso, enjuiciado por una Sección en la Sentencia 464/2022, en el que el Tribunal optó por señalar que la norma que en ese momento se discutía no sólo adolecía de un vicio orgánico, sino que era inconstitucional en el fondo, por vulnerar el derecho a la libertad consagrado en el artículo 27 de la Constitución. Aunque sólo fuera por mayoría, el Tribunal entendió en esta sentencia que una norma contenida en un Acuerdo del Consejo de Ministros que imponía un período de aislamiento profiláctico de 14 días, en el domicilio o en el lugar que indicaran las autoridades sanitarias, a los pasajeros de vuelos procedentes de países que estuvieran incluidos en la lista definida al efecto, establecía una forma de privación *total* de libertad, traducida en *confinamiento domiciliario*. Y, en consecuencia, que esta privación de libertad era inconstitucional por no estar contemplada en la exhaustiva lista de supuestos en los que el texto constitucional vigente permite "*la privación de libertad por el tiempo y en las condiciones que la ley determine*". No es de extrañar, por tanto, que los proyectos de ley de revisión constitucional presentados por los dos partidos políticos con mayor número de escaños parlamentarios propongan una ampliación de esta lista, añadiendo a las situaciones ya previstas, la posibilidad de privación de libertad, por el tiempo y en las condiciones que determine la ley, en caso de "*separación de una persona que padezca una enfermedad contagiosa grave o respecto de la cual exista temor fundado de propagación de enfermedad o infección grave, según determine la autoridad sanitaria, mediante resolución motivada, durante el tiempo estrictamente necesario, en caso de emergencia de salud pública, con garantía de recurso urgente a la autoridad judicial*" - esta es la propuesta del Partido Socialista, con la actual



mayoría absoluta de diputados - o - ahora en la redacción que se encuentra en el proyecto de revisión constitucional presentado por el Partido Socialdemócrata - en caso de *"confinamiento o internamiento por razones de salud pública de una persona con una enfermedad infecciosa grave, durante el tiempo estrictamente necesario, decretado o confirmado por la autoridad judicial competente"*.