

Fundamentos del derecho fundamental a la salud en los sistemas europeos¹

Foundations of the fundamental right to health in european systems

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)*

 <https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

Resumen

La protección de la salud, y, en particular, de la asistencia sanitaria, constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo y un núcleo principal del Estado Social. En este marco, la verdadera Constitución Social Europea es la Carta Social Europea Revisada de 1996, lo cual no puede ser desconocido en una garantía multinivel de este derecho social fundamental. Destaca su configuración como derecho social de prestación universalista de toda persona necesitada de protección de su salud, así como la interdependencia, indivisibilidad, comunicabilidad y el carácter central de este derecho dentro del sistema de derechos humanos fundamentales. Es un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de la salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, la dimensión preventiva y precautoria y la participación de la población en las decisiones sobre la salud en los planos comunitario, nacional e internacional. Constituye un derecho social fundamental de desmercantilización de los modos de satisfacción del conjunto de las necesidades a él vinculadas y de carácter primario, que impone a los poderes públicos la obligación de garantizar este derecho social de solidaridad, haciendo prevalecer la racionalidad social sobre la racionalidad estrictamente económica. Se le confiere al derecho un conjunto de elementos esenciales e instrumentales (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad) e impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados: la obligación de respetar, proteger y cumplir. No existe un único modelo europeo de Sistema de Salud proveedor de asistencia sanitaria. Es competencia y responsabilidad de los países miembros la determinación de las prestaciones y su gestión, y a la Unión Europea le corresponde actuar en el doble plano de complementariedad de la acción de los Estados y coordinación de esas acciones nacionales. En este contexto europeo, la finalidad principal de los Reglamentos Comunitarios, ha sido coordinar los sistemas de Seguridad Social y Asistencia Sanitaria de los Estados que integran la Unión. Una coordinación realizada en vista de alcanzar una convergencia por los objetivos perseguidos, rehusando utilizar la técnica normativa fuerte de la armonización legislativa.

Abstract

The protection of health, and in particular of health care, is one of the fundamental pillars of the European and global democratic-social constitutionalism and a major nucleus of the Social State. In this context, the true European Social Constitution is the Revised European Social Charter of 1996, which cannot be ignored in a multi-level guarantee of this fundamental social right. It highlights its configuration as a social right of universalist provision for every person in need of health protection, as well as the interdependence, indivisibility, communicability and central character of this right within the system of fundamental human rights. It is an inclusive right that encompasses not only timely and appropriate health care but also the main determinants of health, the preventive and precautionary dimension, and the participation of the population in health decisions at the community, national and international levels. It constitutes a fundamental social right of “decommodification” of the modes of satisfaction of all the needs related to it and of a primary nature, which imposes on the public authorities the obligation to guarantee this social right of solidarity, making social rationality prevail over strictly economic rationality. The right is given a set of essential and instrumental elements (availability, accessibility, acceptability, quality) and imposes three types or levels of obligations on States: The obligation to respect, protect and fulfill. There is no single European model of healthcare provider health system. It is the competence and responsibility of the Member States to determine the benefits and their management, and it is up to the European Union to act on the two-fold basis of complementarity between the actions of the Member States and coordination of these national actions. In this European context, the main purpose of the Community regulations has been to coordinate the social security and health care systems of the Member States of the Union. A coordination carried out in view of achieving convergence by the objectives pursued, refusing to use the strong normative technique of legislative harmonization.

Palabras Clave

salud; asistencia sanitaria; Carta Social Europea; Derecho de la Unión Europea; derecho fundamental; desmercantilización; solidaridad

Keywords

health; healthcare; European Social Charter; European Union law; fundamental right; decommodification; solidarity

¹ Estudio realizado en el seno del Proyecto de Investigación B-SEJ-213-UGR18 “Retos de la modernización de la asistencia sanitaria en Andalucía: Cohesión interterritorial, envejecimiento y revolución digital. Proyectos I+D+i del Programa Operativo FEDER 2018. Junta de Andalucía-Consejería de Economía y Conocimiento. Universidad de Granada.

“[Un] componente del cambio de rumbo se refiere a la necesidad de enfocar las realizaciones y conquistas reales, en lugar del establecimiento de lo que puede identificarse como las instituciones y reglas correctas. El contraste tiene que ver aquí con una dicotomía general y mucho más amplia entre una visión de la justicia centrada en esquemas y una concepción de la justicia centrada en realizaciones”

AMARTYA SEN (2020, 42)

1. INTRODUCCIÓN

En el Derecho de la Unión Europea la norma de referencia es el Artículo 35. Protección de la salud CDFUE, a cuyo tenor: *“Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”* (véase artículos 1, 2, 3, 34, 37 y 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; artículo 168 del TFUE).

Pero la verdadera *Constitución Social Europea* es la Carta Social Europea Revisada de 1996 (en adelante, CSEr). Lo cual no puede ser desconocido en una garantía multinivel de este derecho social fundamental. Y tanto más atendiendo al explícito reconocimiento de esa garantía multinivel en el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), relativa al “Nivel de Protección” (es decir, garantía multinivel de los derechos fundamentales) de los derechos por ella consagrados: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”. Por su parte, el artículo 6.3 del TUE, establece que “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales formarán parte del derecho de la Unión Europea como *principios comunes*”.

A mayor abundancia, el Preámbulo de la CDFUE dispone que “La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, *las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad [Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, firmada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, por once de los doce Estados miembros, con adhesiones posteriores] y por el Consejo de Europa [Carta Social Europea Revisada]*, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El disfrute de tales derechos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones”.

El artículo 11 de la Carta Social Europea (Revisada, Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996) garantiza el “Derecho a la protección de la salud”, dotándolo de un contenido mínimo esencial, a saber: *“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Pates se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: 1.eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2.establecer servicios educaciones y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3.prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes”*. Este artículo

deberá ser interpretado en conexión con el artículo 13 que garantiza el «*Derecho a la Asistencia Social y Médica*» y, más ampliamente, en conexión con el estándar jurídico internacional que proclama y garantiza los derechos fundamentales entre los que se incluye el Derecho a la salud y en particular el derecho a la asistencia sanitaria.

Por otra parte, este precepto debe ponerse en relación con la Parte II (“Asistencia médica”) y en particular con el art. 7 del Código Europeo de Seguridad Social, de 16 de abril de 1964 (Instrumento de Ratificación, 7/03/1995, publicado en el BOE, núm. 65, de 17 de marzo de 1995), a cuyo tenor “Toda Parte Contratante para la cual esté en vigor esta Parte del Código deberá garantizar a las personas protegidas la concesión, cuando su estado lo requiera, de asistencia médica de carácter preventivo o curativo, conforme a los artículos siguientes de la presente Parte”. El artículo 8 se ocupa de la contingencia cubierta (“La contingencia cubierta deberá comprender cualquier estado mórbido, cualquiera que sea su causa, el embarazo, el parto y sus consecuencias”), el 9 del ámbito subjetivo (incluyendo a residentes...), el artículo 10 del Código se ocupa del catálogo estándar de prestaciones², y los artículos 11 (“Las prestaciones mencionadas en el artículo 10 se garantizarán, en la contingencia cubierta, al menos a las personas protegidas que hayan cumplido o cuyo sostén familiar haya cumplido un período de calificación que se considere necesario para evitar los abusos”) y 12, de las condiciones de disfrute de las prestaciones de “asistencia médica” (confirme a esta última disposición: “Las prestaciones mencionadas en el artículo 10 se concederán durante todo el transcurso de la contingencia cubierta, salvo en el caso de estado mórbido la duración de las prestaciones podrá limitarse a 26 semanas en cada caso; ahora bien, las prestaciones médicas no podrán suspenderse mientras se pague una indemnización por enfermedad, y deberán adoptarse disposiciones para elevar el límite antes mencionado cuando se trate de enfermedades previstas por la legislación nacional para las que se reconoce la necesidad de una asistencia prolongada”). El Código Europeo de Seguridad Social -Convenio específico de Seguridad Social- pretende crear un estándar de Seguridad Social entre los Estados Miembros del Consejo de Europa en “asistencia médica” y otras prestaciones fundamentales de Seguridad Social, con el objetivo de buscar una cierta armonización o aproximación (débil) de los distintos modelos y cultura tradicionales de Seguridad Social existentes en Europa. Así pues, el Código Europeo de Seguridad Social, y su Protocolo (17/3/1968), constituyen instrumentos europeos fundamentales de armonización o aproximación mínima de los Sistemas Nacionales de Seguridad Social de las Partes Contratantes, que establecen normas mínimas, sin perjuicio de que los Estados Parte puedan adoptar normas más favorables o más estrictas.

² Conforme al artículo 10 del Código Europeo de Seguridad Social (Instrumento de Ratificación, «BOE» núm. 65, de 17 de marzo de 1995): “1. Las prestaciones deberán comprender por lo menos:

a) en caso de estado mórbido:

- i) la asistencia médica general, comprendidas las visitas a domicilio;
- ii) la asistencia por especialistas prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales;
- iii) el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por un médico u otro profesional calificado, y
- iv) la hospitalización cuando fuere necesaria, y

b) en caso de embarazo, parto y sus consecuencias:

- i) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestadas por un médico o por una comadrona diplomada, y
- ii) la hospitalización cuando sea necesaria.

2. El beneficiario o su sostén familiar podrá ser obligado a participar en los gastos de la asistencia médica recibida por el mismo en caso de estado mórbido; las normas relativas a dicha participación se establecerán de forma que no supongan una carga excesiva.

3. Las prestaciones proporcionadas de conformidad con este artículo tendrán por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.

4. Los departamentos gubernamentales o instituciones que concedan las prestaciones estimularán a las personas protegidas, por cuantos medios se consideren apropiados, a que utilicen los servicios generales de salud puestos a disposición por las autoridades públicas o por otros organismos reconocidos por las autoridades públicas.

2. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LOS SISTEMAS UNIVERSAL Y EUROPEO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La protección de la salud, y, en particular, de la asistencia sanitaria, constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo y un núcleo principal del Estado Social. Es un derecho social fundamental de carácter primario vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona (el clásico derecho a una existencia digna de la persona). De este modo se sitúa a la persona en el centro de su atención. Y así es reconocido en la Normativa Internacional, General y Europea, sobre los derechos fundamentales, que lo consagran con una proyección universalista. Esta formulación universalista es coherente con la elevación del reconocimiento de la “persona” en los textos de valor y rango fundamental (Cfr. Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y art.12 de Pacto Internacional, que refiere al “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”).

Según se desprende del mismo PIDESC y de las Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (En adelante, CDESC) tanto respecto al derecho a la salud {*Fuente:* N° 1 a N° 19: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I); N° 20: E/C.12/GC/20; N° 21: E/C.12/GC/21} (Observación General, n°. 14), como la más general sobre el derecho a la Seguridad Social (Observación General, n°. 19), el derecho a la salud pertenece, tanto histórica como actualmente, en la tradición de los derechos humanos del constitucionalismo democrático-social al más amplio y comprensivo derecho a la Seguridad Social. Sucede, no obstante, que su extraordinaria importancia (como ha ocurrido también con otros derechos humanos fundamentales) ha determinado la conveniencia político jurídica de su *especificación y diferenciación* precisamente para garantizar una garantía más efectiva y adecuada, pero sin perder de vista los nexos inescindibles que presenta con el derecho matriz a la Seguridad Social que lo enmarca a todos los efectos.

La Observación n°. 19 el CDESC indica que el sistema de Seguridad Social debe abarcar entre las nueve ramas principales de la Seguridad Social el derecho a la salud. Así, respecto a la atención de la salud los Estados tienen la obligación de garantizar que se establezcan sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a los servicios de salud. En los casos en que el sistema de salud prevé planes privados o mixtos, estos planes deben ser asequibles de conformidad con los elementos esenciales enunciados en la presente observación general. El CDESC destaca la especial importancia del derecho a la Seguridad Social en el contexto de las enfermedades endémicas, como el VIH/SIDA, la tuberculosis y el paludismo, y la necesidad de proporcionar acceso a las medidas preventivas y curativas.

Por su parte, y con el mismo encuadramiento, el artículo 25 de la DUDH, garantiza el derecho a la salud en el marco del conjunto de derechos de la Seguridad Social. En primer lugar, indicando que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, *la salud* y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la *asistencia médica* y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, *enfermedad*, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. Y destacando que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

El artículo 12 del PIDESC, con toda la fuerza normativa de este instrumento internacional, garantiza el derecho social a la salud, dotándolo de un contenido sustancial en los siguientes términos: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención

y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Haciendo reclamo de la técnica de especificación y diferenciación funcional, la Observación general n° 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), el CDESC matiza que *la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos*. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la Ley. De ahí su carácter de bien primario y básico. Se destaca, igualmente, que existe un amplio conjunto de instrumentos de Derecho internacional que reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

Se debe destacar la interdependencia, indivisibilidad, comunicabilidad y el carácter central de este derecho dentro del sistema de derechos humanos fundamentales. En efecto, “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Parágrafo I.5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena (A/CONF.157/23), aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14-25 de junio de 1993).

De este modo el derecho a la salud está *estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos*, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. Con todo, al

elaborar el artículo 12 del Pacto, la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas no adoptó expresamente la *definición de la salud* que figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que concibe la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”. Sin embargo, la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al “más alto nivel posible de salud física y mental” no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

Superando una visión abstracta del reconocimiento del derecho, el CDESC trata de precisar el contenido normativo ejemplificador de la garantía que se confiere ex artículo 12 PIDESC. De manera que el párrafo 1 del artículo 12 define el derecho a la salud, y el párrafo 2 del artículo 12 da algunos ejemplos de las obligaciones contraídas por los Estados. El derecho a la salud no debe entenderse de modo simplista como un derecho a estar “sano”. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. Para el CDESC el concepto del “más alto nivel posible de salud”, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

A nivel internacional, el derecho a la salud es considerado como un derecho de inclusión e integración social. El derecho a la salud es, en efecto, un *derecho inclusivo* que no sólo abarca la atención de la salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional. Se le confiere al derecho un conjunto (“serie”, no mera “yuxtaposición”) de elementos esenciales e instrumentales, de tal modo que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado:

a) *Disponibilidad*. Cada Estado deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien

remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) *Accesibilidad* (vinculada con la idea de la universalización). Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

- *No discriminación*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.
- *Accesibilidad física*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.
- *Accesibilidad económica (asequibilidad)*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.
- *Acceso a la información*: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) *Aceptabilidad*. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) *Calidad*. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Ello no obstante, la lista ex artículo 12.2 es una lista incompleta de ejemplos que sirve de orientación para definir las medidas que deben adoptar los Estados. En dicho párrafo se dan algunos ejemplos genéricos de las medidas que se pueden adoptar a partir de la definición amplia del derecho a la salud que figura en el párrafo 1 del artículo 12, con la consiguiente ilustración del contenido de ese derecho, según se señala en los párrafos siguientes. Esto, interesa subrayarlo, implica igualmente el carácter mínimo mejorable de los ámbitos prestaciones que se insertan en el contenido del derecho a la salud.

Los Estados asumen obligaciones de carácter general y de carácter específico. En cuanto a las obligaciones de carácter general puntualiza el CDESC que si bien el Pacto establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados distintas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud. Aunque el Pacto dispone la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud. Esa realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12.

Igualmente subraya el CDESC que, del mismo modo que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que *no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud*. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado.

De la misma manera que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados: la obligación de *respetar*, *proteger* y *cumplir*. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de *respetar* exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de *proteger* requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de *cumplir* requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.

Respecto a las obligaciones legales específicas para los Estados, éstos tienen la obligación de *respetar* el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas. Esas excepciones deberán estar sujetas a condiciones específicas y restrictivas, respetando las mejores prácticas y las normas internacionales aplicables, en particular los Principios de las Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental. Asimismo, los Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente

la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud. Los Estados deben abstenerse asimismo de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra, por ejemplo mediante los desechos industriales de las instalaciones propiedad del Estado, utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humano, o limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.

Aparte de ello, y también en cuadro del Derecho Internacional Regional de los Derechos Humanos cabe destacar el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General), cuyo Artículo 10, garantiza el “Derecho a la Salud”, dotándolo también de un contenido sustancial: “1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia Sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

Asimismo, la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (Carta de Banjul) (aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya), establece en su Artículo 16 que: “1. Todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible. 2. Los Estados firmantes de la presente Carta tomarán las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos”.

Pues bien en este contexto, en el Derecho Internacional Regional Europeo destaca con luz propia la Carta Social Europea, que pone de manifiesto la intención de este Tratado de *garantizar* la protección de la salud como derecho fundamental de solidaridad, tal como se configuraría después en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: derecho de solidaridad encuadrado en el Título IV de la Carta, intitulado “Solidaridad”. El art.11 garantiza el “*Derecho a la protección de la salud*”, identificando un contenido mínimo resistente al legislador nacional, en los términos siguientes: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de la responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas endémicas y otras, así como los accidentes».

Por otra parte, el art. 13 garantiza el «*Derecho a la Asistencia Social y Médica*», de nuevo, tratando de identificar un contenido mínimo de ese derecho social: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado. 2. A velar por que las personas que se benefician de tal asistencia

no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales. 3. A disponer lo previsto para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar. 4. Aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953».

El art. 10 del Convenio OIT núm. 102, sobre Norma Mínima de Seguridad Social, garantiza -con operatividad jurídico práctica importante- un contenido mínimo de las prestaciones sanitarias: «1. Las prestaciones deberán comprender, por lo menos: a) en caso mórbido: i) la asistencia médica general, comprendida la visita a domicilio. ii) la asistencia por especialistas, prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales; iii) el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos u otros profesionales calificados; y b) en caso de embarazo, parto y sus consecuencias: i) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y ii) la hospitalización, cuando sea necesaria. 2. El beneficiario o su sostén de familia podrá ser obligado a participar en los gastos de asistencia médica recibida por él mismo en caso de estado mórbido; la participación del beneficiario o del sostén de la familia deberá reglamentarse de manera tal que no entrañe un gravamen excesivo. 3. La asistencia médica prestada de conformidad con este artículo tendrá por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades».

En el Derecho de la Unión Europea la norma de referencia es el Artículo 35. Protección de la salud CDFUE, a cuyo tenor: *“Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”* (Véase artículos 1, 2, 3, 34, 37 y 38 de la Carta UE; artículo 168 del TFUE).

Adviértase que el derecho a la salud recogido en estos Textos internacionales sobre derechos humanos tiene una formulación universalista, toda vez que se atribuye a toda persona, que es coherente con la elevación del reconocimiento de la “persona” (más allá del simple “sujeto” de derecho) en los textos de valor o rango fundamental. Estos textos se sitúan en la estela de la misma configuración subjetiva que la consagrada en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el art.12 de Pacto Internacional (“derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”). Lo cual pone de manifiesto, que estamos ante un derecho generalizadamente reconocido como un derecho fundamental *universalista*. Esa configuración universalista parece más inclinada hacia el modelo de sistema nacional de salud, que acogen diversos países europeos (Reino Unido, Irlanda, países nórdicos, Italia, España, Grecia y Portugal). Precisamente, este modelo destaca tanto por la universalidad subjetiva del derecho, como por el predominio de la financiación con cargo a la fiscalidad general frente a las cotizaciones sociales (propia del llamado modelo bismarckiano, que también tiene un amplio reconocimiento en los Estados miembros, como Alemania, Francia, Austria, Holanda y Bélgica). No obstante, a pesar de esa dimensión universalista apreciable en la redacción de los artículos 11 de la CSE y 35 CDFUE, resulta manifiesto que la formulación de estas disposiciones ha de merecer una textura abierta y comprensiva de los dos grandes modelos de protección de la salud. Por lo demás, interesa reparar en el hecho incontrovertido de que ambos modelos ideales típicos tienden actualmente a confluir, verificándose la fuerte orientación a conformarse en muchos casos como “modelos mixtos” que combinan la técnica del aseguramiento social (propia de la Seguridad Social Clásica de carácter contributivo-profesional) y las técnicas asistenciales universalistas (propia de la Seguridad Social Asistencialista).

Se trata del reconocimiento de un “derecho”, no de un principio programático, que atribuyéndose genéricamente a la “persona” no puede quedar limitado a los “ciudadanos”, siendo extensible, en principio, a todas las personas que se encuentren en el espacio europeo y requieran de atención sanitaria en cualquiera de sus manifestaciones. Es una consecuencia de su configuración como derecho social de prestación universalista de toda persona necesitada de protección de su salud (titularidad subjetiva universalista, donde cuenta ante todo el *status de persona* en situación de necesidad). El derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales que *consideran a la persona en su dimensión existencial*. Ello no obstante, se trata de un derecho social *condicionado* a “las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”, como expresa el art. 35 CDFUE. De este modo, la invocabilidad de este derecho ante la falta de una legislación de la Unión deberá realizarse a través de la regulación específica de las legislaciones y prácticas nacionales. Precisión, ésta, que cabe relacionar con la vigencia del principio de subsidiariedad (art. 51 CDFUE). Ello no obstante, el contenido mínimo del derecho no queda diferido sin más a los Estados, porque es obligado remitirse al PIDESC, la Carta Social Europea, los Convenios de la OIT, etcétera, y asimismo a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión (art. 53 CDFUE). En cualquier caso, conviene recordar que, con arreglo al art. 52.1 CDFUE, “cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetará el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. Tampoco es baladí hacer notar que “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formará parte del derecho de la Unión como principios generales” (art. 6.3 TUE. Cfr. Art. 52.3 y 4 CDFUE). Por otra parte, debe señalarse respecto al Consejo de Europa que el Preámbulo de la Carta Social Europea (Revisada) precisa y asume “que la Conferencia Ministerial sobre los derechos del hombre, celebrada en Roma el 5 de noviembre de 1990, subrayó la necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales y, por otra parte, el dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso”.

Sin embargo, respecto al *contenido* del derecho social a la protección de la salud en el precepto de la Carta UE cabe constatar que -a diferencia de la regulación de la CSE- resulta demasiado escueto (“derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”), pero contiene un cláusula general relativa la *calidad* (“*nivel elevado de protección*”) y *transversalidad* dentro del sistema jurídico de la Unión Europea de la protección que ha de ser dispensada, pues se indica que “al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”. La redacción es análoga a la del art.12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, a cuyo tenor “los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. De manera todavía más contundente, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946, señala que “El disfrute del nivel de salud más elevado posible es uno de los derechos fundamentales del ser humano, sin distinción de raza, religión, creencias políticas, condición social o económica”. En cualquier caso, el derecho a la salud se resuelve ante todo en un conjunto de prestaciones sociales públicas de carácter preventivo, reparador (que comprende las prestaciones farmacéuticas) y asistencial.

El derecho a la protección de la salud comprende doblemente tanto la “prevención sanitaria” como la “atención sanitaria”. Por otra parte, en una interpretación sistemática de este derecho de solidaridad, no se trata sólo de dispensar una asistencia sanitaria eficiente (prestación técnica de servicios preventivos y reparadores), sino también, en su dimensión preventiva y precautoria

socialmente causal de crear -en sentido político jurídico- las condiciones para que la salud de las personas quede efectivamente garantizada (artículo 11 CSE). En efecto, entre los fines enunciados *con textura abierta* (“entre otros fines”, dice el art. 11 CSE) se insiste particularmente en esa dimensión preventiva: en primer lugar, incidiendo sobre las causas (“1.eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente”), destacando el papel de la educación y el sentido de la responsabilidad individual (“2.establecer servicios formativos y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma”) y, en fin, explícitamente realizando la orientación de las políticas de salud y las organizaciones implicadas hacia la prevención de enfermedades y accidentes (“3.prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes”).

Por otra parte, esta idea fuerza debe de conectarse con la misma transversalidad de la garantía del derecho en el conjunto integrado de todas las políticas y acciones normativas e institucionales de la Unión, como se impone deducir del art.35, inciso 2º, de la Carta (“Al definirse y ejecutarse *todas* las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”). Por tanto el derecho a la protección de la salud en la ratio del art.35 CDFUE tiene que merecer una lectura amplia que abarque, de modo diferenciado aunque interdependiente, tanto el derecho a las prestaciones sanitarias públicas, como el derecho de las personas a que los poderes públicos establezcan medidas de salubridad pública general. Con todo, el derecho a la protección de la salud ex art.35 CDFUE tiene una dimensión heterogénea y compleja en cuanto a sus contenidos, pues no queda limitado al derecho a la asistencia sanitaria (el cual es, sin embargo, especialmente realizado en el primer inciso del dicho precepto), extendiéndose a la esfera más genérica de la “salud pública” que atiende también a las condiciones sociales, ambientales y espaciales como factores determinantes de la buena salud en una sociedad civilizada (objeto de preferente atención del segundo inciso del mismo).

El derecho a la protección de la salud es un derecho social fundamental *de desmercantilización* de los modos de satisfacción del conjunto de las necesidades a él vinculadas y de carácter primario (derecho fundamental básico), constituyendo el presupuesto básico no sólo para una vida digna de la persona, sino también para el pleno ejercicio de todos sus derechos fundamentales y debe conferir la autonomía necesaria para una participación activa de la persona en una sociedad democrática. En este sentido, la cobertura de las necesidades básicas -como la misma salud y atención sanitaria- es un elemento condicionante del conjunto de los derechos fundamentales. Es la salud -garantizada como derecho- una base primordial hacia la vida buena. En este sentido, este derecho debe conectarse también con el ambiente de trabajo y los derechos correspondientes, señaladamente con el “Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas (artículo 2 CSE) y especialmente con el “Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo” (artículo 3 CSE).

En un sentido subjetiva y objetivamente más amplio el artículo 35 CDFUE debe ponerse en conexión con el derecho proclamado ex art. 3 de la CDFUE (que lleva por rúbrica, “Derecho a la integridad de la persona”), a cuyo tenor: “Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica”. De ahí se infiere que las políticas de salud tienen que poner límites precisos a la esfera del mercado a través de medidas de desmercantilización y determinación de “intercambios obstruidos”. Tiene, pues, una lógica de “*propiedad social*” públicamente organizada, frente a la lógica individualista propietaria que impera en el ámbito mercantil de la salud. Ello impone a los poderes públicos la indicación de límites al mercado en la esfera sanitaria y, en general y más ampliamente, de la salud pública. El derecho a la salud impone a los poderes públicos la obligación de que, en vía jurídica y de política del Derecho, garanticen efectivamente los servicios, las prestaciones y los cuidados exigidos para la satisfacción plena de este derecho social de solidaridad. Para ello es necesario hacer *prevalecer* -aunque no ignorarla- la racionalidad social sobre la racionalidad estrictamente económica (vinculada al “gasto sanitario”) que coexisten inevitablemente en la materia relativa a la salud. Lo que constituye un límite intrínseco respecto a la preocupante tendencia actual a convertir el derecho a la salud en una

especie de derecho fuertemente “condicionado” a través de distintos cauces (vinculados mayormente a las estrategias de “contención” o “reducción” del gasto público en materia de salud). Pero los límites se imponen tanto a los particulares como a los poderes públicos. Ello resulta especialmente relevante en lo que se refiere a la práctica de la medicina y la biología, respecto de la cual el aludido art. 3.2 de la Carta establece que “se respetará en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley; b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas; c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”. Confirmando que este derecho a la integridad de la persona es un derecho *absoluto* (que no debe confundirse nunca con “ilimitado” o “incondicionado”) desde el punto de vista técnico-jurídico. En esa concepción integral de la persona, que se resuelve en el respeto total de la persona en su dimensión corporal y psíquica y de la salvaguarda de su derecho de autodeterminación, frente a la pretensión autoritaria de restablecer un suerte de “poder biopolítico” (por definición “externo” a la persona: poder político, poder del mercado o incluso poder médico) sobre la vida humana.

Por lo demás, como señala el art.12.2.d) del Pacto Internacional, los Estados nacionales deben garantizar las “condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”. Por tanto, este derecho a la protección de la salud impone un comportamiento institucional activo por parte de los poderes públicos para la predisposición de los servicios y medidas preventivas frente al surgimiento de los riesgos sobre la salud. Se trata de una obligación que recae sobre los Estados de mantener un sistema de asistencia sanitaria pública. Esta normativa internacional resulta especialmente pertinente ante la configuración de las sociedades contemporáneas como “sociedades del riesgo”, y su versión actual como “sociedad del riesgo global” (U. Beck), de manera que determinados riesgos para la vida humana adquieren una dimensión planetaria o global (lo cual fue ya percibido por H. Jonas).

No debe desconocerse que la salud y en particular la asistencia sanitaria constituyen una de las prestaciones específicas de Seguridad Social, y por tanto inextricablemente vinculada con el derecho a la Seguridad Social en la normativa internacional y europea tanto en el artículo 12 de la CSE (“Derecho a la Seguridad Social”) como en el artículo 34 de la CDFUE (Derechos a la Seguridad Social y a la Ayuda Social, que inmediatamente le precede en su ubicación sistemática). Esto no queda neutralizado por el dato normativo de que tenga un reconocimiento específico, precisamente para reforzar su tutela dentro del Sistema jurídico, y del hecho de que se venga construyendo en prácticamente todos los países de la Unión comparables con el nuestro un diferenciado sistema administrativo institucional de protección de la salud (Sistema Nacional de Salud), al igual que está ocurriendo respecto a la protección por desempleo (Sistema Nacional de Empleo y Protección por desempleo), a la protección de las situaciones pensionables (Sistema Público de Pensiones), o incluso a la protección de las situaciones de dependencia (Sistema Nacional de Dependencia). En este sentido, no debe confundirse lo que es Seguridad Social y su alcance jurídico-material del sistema institucional predispuesto para organizar su protección pública dentro del ordenamiento jurídico. Esa “pertenencia” y “encuadramiento” lo es también en el ordenamiento jurídico de la Unión, pues el propio art. 34.1 CDFUE establece que “La Unión reconoce y respeta el derecho a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad...”; y, en coherencia, como se infiere de las Normas de coordinación europea de la Seguridad Social. La asistencia sanitaria es uno “de los derechos de la Seguridad Social” en el sentido del artículo 12 CSE (“Derecho a la Seguridad Social”), en relación con su especificación en los artículos 11 y 13 del mismo instrumento normativo de Derecho europeo.

En todo caso, las condiciones específicas de ejercicio del derecho corresponde a los Estados nacionales como señala el artículo 35 CDFUE: “en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”. En este ámbito, como en general respecto a otros ámbitos y prestaciones

de la Seguridad Social, se deja sentir la ausencia de una legislación europea armonizadora, pues, a parte de su consagración en la Carta, la ordenación de la Unión se limita a realizar un regulación de coordinación de los sistemas nacionales de salud, en el marco de la coordinación general de la Seguridad Social a nivel de la Unión. La no asunción de competencias en la materia por parte de la Unión (como opción de la política de la Unión, ya que es posible a través de los procedimientos previstos en el *Sistema* de los Tratados de la Unión Europea), limita significativamente la protección por la Unión de este derecho a la protección de la salud. Esta opción de política del Derecho de la Unión Europea, es reflejo de una opción por un *garantismo débil* de este derecho social fundamental en el marco de la Unión (a diferencia del garantismo fuerte que inspira, significativamente, a la Carta Social Europea del Consejo de Europa). En cualquier caso, esto no significa que los Estados miembros dispongan de un poder ilimitado para regular este derecho, pues aparte de los criterios genéricamente delimitados en el art. 35 CDFUE, debe atenderse a los límites que se infieren respecto al ejercicio del sistema de derechos dentro del sistema jurídico de la Unión: como el principio de libre circulación de personas, el principio de no discriminación; el principio de dignidad de la persona como derecho absoluto, etcétera. Por tanto, no se trata sólo de atender a la lógica de la racionalidad instrumental del principio de libre circulación (en esa lógica subyacente, el TJUE ha realizado aportaciones relevantes para la garantía del derecho a la prevención y atención sanitaria dentro del espacio geopolítico de la Unión, v.gr., SSTJUE 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, C-157/99, Rec., p. I-5473, apartados 44-46; 16 de mayo de 2006, *Watts*, C-372/04, Rec., p. I-4325, apartado 92; 19 de abril de 2007, *Stamatelaki*, C-444/05, Rec., p. I-3185), sin el cual no sería posible construir ni funcionar el mercado interior comunitario, sino también de respetar los derechos fundamentales de la persona en el espacio europeo. No está de más afirmar, con el art. 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

La segunda frase del artículo 35 CDFUE reproduce el apartado 1 del art. 168 TFUE. Y, en efecto, su redacción es prácticamente idéntica, a saber: “Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”. Pero, como puede ya observarse por su misma ubicación sistemática (centro del Título XIV, dedicado a la regulación de la “Salud Pública”), este artículo va más allá de la asistencia sanitaria -en sus dimensiones preventiva y reparadora- para comprender la más amplia y genérica materia de la “Salud pública”. No estamos, pues, ante la asistencia sanitaria en sentido estricto. Esta distinción es nítida cuando se separa en títulos separados esta materia de la relativa a la “política social” (a la que se dedica el Título X). En el mismo art. 4 TFUE -regulador del sistema de atribución de competencias- establece esa separación en apartados diferenciados: el apartado 4.2.b) para la política social, el apartado 4.2.k) respecto a “los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado”. La “salud pública” tiene una dimensión compleja: se enmarca dentro del valor de la solidaridad, pero no sólo conecta con los derechos sociales propiamente dichos (el derecho a la asistencia sanitaria lo es en rigor técnico), sino también con los derechos de la “cuarta generación” (derechos ecológicos; derecho al desarrollo, etcétera), estando dotado de una titularidad “difusa”.

Adviértase que en el último inciso del artículo 35 CDFUE, sí estamos ante la consagración de un *principio de transversalidad* a observar en todas las políticas y acciones de la Unión. Esa transversalidad opera un *principio de competencia compartida*, pues a tenor del art.4.2.k) TFUE constituye una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros todos “los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado”. Ese carácter compartido es delimitado genéricamente en el art.6.a) TFUE cuando precisa que “La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea: (...) a) la protección y mejora de la salud humana”. Por tanto, la legislación europea podrá estar encaminada, ampliamente, a “apoyar, coordinar o complementar la acción” de los países

miembros. Lo que significativa que, sin perjuicio, de estas iniciativas de la Unión, la materia relativa a la “salud pública” es de competencia *principal* -pero no exclusiva- de los Estados nacionales. Como ocurre, por cierto, con el ámbito de la política social, esa atribución y distribución competencial no permite a la Unión establecer una política propia común y general de salud pública, al estar limitada su competencia con carácter instrumental en relación subordinada con la de los Estados miembros.

No obstante, la competencia de “completar la acción de los Estados miembros” pudiera autorizar a establecer una legislación que trate de salvar los problemas de articulación coherente que puedan plantearse -incluso para el mismo mercado interior- como consecuencia de la excesiva fragmentación de las legislaciones nacionales. “Completar” la acción de los Estados nacionales no tiene por qué suponer necesariamente una subordinación a la acción de los mismos. En todo caso, como se establece en el art.168.7 TFUE, “la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública *respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica*. Las responsabilidades de los Estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios...”.

El legislador constituyente de la Unión tiene un especial empeño en diseñar los fines de la intervención de la Unión en materia de sanidad pública. En primer lugar, en una perspectiva general, se dispone que “la acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, *se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica*. Dicha acción *abarcará* la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, la información y la educación sanitaria, así como la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas”. Por otra parte, se indica que “la Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención” (art.168.1 TFUE).

En un plano más concreto, la legislación comunitaria contribuirá a la consecución de los objetivos de protección de la salud pública estableciendo un conjunto de *medidas específicas* para hacer frente a los problemas comunes de seguridad: a). medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y derivados de la sangre; esas medidas no impedirán a ningún Estado miembro mantener o introducir medidas de protección más estrictas; b). medidas en los ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo la protección de la salud pública; y c). medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos y productos sanitarios (art. 168.4 TFUE).

Junto a estas intervenciones de acción directa, la Unión debe realizar una doble actividad de cooperación y de fomento destinada a proteger y mejorar la salud humana. Respecto a la primera la Unión fomentará la cooperación entre los Estados miembros, y fomentará la coordinación, para lo cual podrá adoptar iniciativas útiles, en particular iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Esa actividad cooperativa incidirá también en la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en materia de salud pública (art.168.2 TFUE). En lo que concierne a la actividad de fomento, la Unión podrá adoptar medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud pública y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas, así como medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Se podrá igualmente adoptar recomendaciones para los fines establecidos de garantizar un alto nivel de protección de la salud humana (art.168.5 y 6 TFUE).

El desarrollo del marco normativo fundamental de la Unión en esta materia, ha conducido, por el momento, a un tipo de intervención comunitaria débil, a través de instrumentos de “derecho blando” que concretan en cada momento la estrategia de la Unión en materia de política de salud pública. Así, de modo destacado, la Comunicación de la Comisión Europea, “Libro Blanco. Juntos por la Salud: un planteamiento estratégico para la Unión Europea (2008-2013)”, Bruselas, 23 de octubre de 2007, COM(2007) 630 final. De esta estrategia es de realzar su enfoque integral y la pretensión de llevar a cabo el principio de transversalidad en la protección de la salud en todas las políticas y acciones de la Unión. Esa lógica integral se percibe en una perspectiva mucho más amplia respecto al conjunto de los derechos sociales en la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre “Un pilar europeo de derechos sociales” [2016/209(INI)].

El punto de partida de esa estrategia europea es que la salud, como cuestión central en la vida de los ciudadanos, ha de ser objeto de políticas y acciones efectivas en los Estados miembros, a nivel de la Unión Europea y a escala mundial. Ahora bien, se declara expresamente que ha de observarse el principio de subsidiariedad en la regulación de esta materia: Los Estados miembros son los principales responsables de la política sanitaria y la prestación de atención sanitaria a los ciudadanos europeos. Pero la Unión tiene que completar las políticas nacionales, pues existen ámbitos en los que la exclusiva acción de los Estados miembros no sería eficaz, haciéndose pues indispensable una cooperación a nivel europeo. Es el caso de las grandes amenazas para la salud y de ciertas cuestiones que tiene un impacto transfronterizo o internacional, como las pandemias y el bioterrorismo, así como aquellas relacionadas con la libre circulación de mercancías, servicios y personas. Por tanto, la realización de esta tarea exige una acción a escala europea e internacional. En tal sentido, el art. 168.1 TFUE establece que “al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”.

El enfoque transversal se impone ya en el sistema interno del Tratado, toda vez que la salud es tomada en consideración en los preceptos relativos, entre otras materias, al mercado interior, el medio ambiente, la protección de los consumidores, los asuntos sociales -incluidas la salud y la seguridad de los trabajadores-, la política de desarrollo y la investigación. La Comisión Europea, en el referido “Libro Blanco”, hace notar la existencia de un conjunto de retos para la salud de la población, cada vez más acuciantes, que requieren un nuevo planteamiento estratégico: la evolución demográfica, incluido el envejecimiento de la población, que está cambiando los patrones patológicos y pesa sobre la sostenibilidad de los sistemas sanitarios de la Unión Europea; las pandemias, los incidentes físicos y biológicos graves y el bioterrorismo suponen acuciantes amenazas potenciales para la salud. El cambio climático está en el origen de nuevas patrones de enfermedades contagiosas; los sistemas de atención sanitaria han evolucionado mucho en los últimos años, en parte como consecuencia del rápido desarrollo de nuevas tecnologías, que están revolucionando la forma en que fomentamos la salud y prevenimos, prevenimos y tratamos las enfermedades. La Comisión Europea establece una estrategia de largo alcance basada en una serie de “principios fundamentales” de la acción en materia de salud: 1º. Una estrategia basada en valores sanitarios compartidos (aceptando como valores esenciales: la universalidad, el acceso a una atención sanitaria de calidad, la equidad y la solidaridad, debiéndose incluir la reducción de desigualdades sanitarias entre regiones, entre Estados miembros y dentro de los mismos, así como a escala mundial); 2º. La centralidad de la salud para el bienestar de la persona y la prosperidad de la sociedad, de manera que no se debe percibir el gasto sanitario exclusivamente en términos de coste, pues se trata también de una inversión de futuro; 3º. La salud en todas las políticas, pues la salud de la población no es sólo un asunto de una política sanitaria aislada (otras políticas europeas son también determinantes en este sentido, como la política regional y de medio ambiente, la fiscalidad del tabaco, la reglamentación de los productos farmacéuticos y los productos alimenticios, la salud animal, la investigación y la innovación en el ámbito de la salud, la coordinación de los regímenes de Seguridad Social, la sanidad en la política de desarrollo, la salud y la seguridad en el trabajo, la protección contra la radiación, y la coordinación de las agencias y servicios que regulan

las importaciones); 4º. Reforzar la voz de la Unión Europea en el ámbito de la salud a nivel mundial, dada la realidad de un mundo globalizado.

Con la observancia de esos valores compartidos, la política sanitaria a escala europea debe promover la salud en una Europa que envejece, proteger a las personas frente a las amenazas y favorecer la sostenibilidad. Respecto a la puesta en práctica de la Estrategia, el sistema de los Tratados atribuye a la Unión una responsabilidad específica en la materia y la protección de la salud, pero también en la potenciación de la cooperación en este ámbito de la salud. Pero los países miembros deben participar activamente y cooperar en esa puesta en práctica atendiendo a las responsabilidades que le incumben en materia de salud a nivel local, regional y nacional y de la necesidad de respetar el principio de subsidiariedad.

El segundo programa de acción comunitario en el ámbito de la salud (2008-2013), fue creado por la Decisión núm. 1350/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007. Por su parte, la Decisión 2004/858/CE de la Comisión, creó la “Agencia ejecutiva para el programa de salud pública”, encargada de la gestión de la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública, en aplicación del Reglamento (CE) núm.58/2003 del Consejo. El segundo Programa de Salud tiene como objetivo completar, apoyar y añadir valor a las políticas de los Estados miembros y contribuir a una mayor solidaridad y prosperidad en la Unión. La Decisión de la Comisión Europea 2009/158/CE, de 23 de febrero de 2009, aprueba el plan de trabajo de 2009 para la aplicación del segundo programa de acción comunitario en el ámbito de la salud (2008-2013). [En el marco del Segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud (2008-2013), se publicó la licitación «Salud - 2013». Cfr. COMISIÓN EUROPEA Licitación 2013 Segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud (2008-2013) (2012/C 394/13)]

Estas intervenciones ponen de manifiesto que la Unión se atiene al carácter complementario de sus competencias en materia de salud, con base en las reglas de atribuciones competencial y a la aplicación estricta del principio de subsidiariedad. Sin embargo, sería necesario establecer una completa política europea en materia de salud pública, yendo más allá de una simple estrategia de complementación y coordinación como la existente. Esto sólo será posible con un nuevo marco normativo que permita establecer, superando los límites actuales, una política común europea en materia de salud, que, como tal, no estaría limitada por su carácter complementario y subsidiario en relación a la acción de los países miembros. Ese nuevo marco debería permitir la promulgación de medidas mínimas de armonización europea de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, sin perjuicio de que se respete la esfera de responsabilidad atribuida a los mismos.

3. MODELOS DE PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EUROPA: TENDENCIAS EN EL DESARROLLO DE LOS SISTEMAS SANITARIOS EUROPEOS

Debe advertirse que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo que pretendía ante todo es establecer un zócalo o núcleo mínimo de garantía del “Derecho a la protección de la salud” (artículo 11 en relación con el artículo 13 de la CSE). Estaba muy lejos de toda idea de homogeneizar o armonizar las legislaciones de los Estados signatarios del Tratado que constituye la Carta. El legislador del Consejo de Europa era plenamente consciente de la diversidad de modelos de atención a la salud y de asistencia sanitaria existente en la cultura jurídica de los Estados Parte del Tratado. Con todo, no se olvide que esta regulación específica se inserta en un instrumento jurídico (la CSE) que se consideró -y aún puede considerarse- como la auténtica “constitución social europea”, dadas las limitaciones del, aun así, importante instrumento que constituye la CDFUE.

Al respecto, es necesario recordar que inicialmente la construcción europea se forjó sobre la base de la cooperación -y no de la integración- en materia de Seguridad Social. De este modo, la opción no ha sido la armonizadora mediante la regulación de normas sustantivas sobre esta materia, por lo que los Estados miembros asumen la competencia exclusiva en la regulación del sistema de

prestaciones de Seguridad Social. Es lo cierto que la normativa internacional reguladora de garantías mínimas en esta materia (derechos sociales de Seguridad Social y Asistencia Sanitaria) continúa realizándose ante todo a través de otros instrumentos jurídicos internacionales extracomunitarios: los Convenios de la OIT (especialmente el convenio OIT, núm.102, de 1952, relativo a la norma mínima de la Seguridad Social), la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 (y su versión revisada, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996) y el Código Europeo de Seguridad Social del Consejo de Europa (de 16 de abril de 1964, revisado el 6 de noviembre de 1990), verdadera norma de mínimos en materia de Seguridad Social Europea. Es de señalar que, al menos, se dispone de un instrumento fundamental de reconocimiento de los derechos sociales en el marco del sistema normativo de derechos fundamentales de la Unión. Se trata, evidentemente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual ha sido juridificada al máximo nivel, tras el reconocimiento de su carácter jurídicamente vinculante (artículo 6 del TUE)³. A los efectos que aquí interesan, cabe realzar -nuevamente- que el artículo 34 de la Carta consagra el derecho a la “Seguridad Social y la ayuda social”, en tanto que el artículo 35, aquí estudiado, garantiza la “protección de la salud”. Ello no obstante, el propio artículo 6.1 del TUE, matiza que “las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”. Por lo cual será difícil que, en la práctica, se aprueben normas armonizadoras en materia de Seguridad Social y Asistencia Sanitaria. Todos estos instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios representan una fuerza proclive a una mayor homogeneización europea de la Seguridad Social y de la Asistencia Sanitaria.

Y, sin embargo, sería ya necesario establecer un conjunto de normas mínimas de armonización comunitaria de los regímenes de Seguridad Social. Laguna, ésta, importante porque en no pocas ocasiones los instrumentos de simple coordinación comunitaria se muestran decididamente insuficientes para alcanzar una racionalización comunitaria de los sistemas nacionales de Seguridad Social existentes en los países miembros de la Unión. De ahí el amplio juego que en esta materia tiene el principio de subsidiariedad, que supone encomendar esta materia a la competencia de las legislaciones nacionales, salvo en lo que sea preciso porque los Estados no puedan alcanzar los fines perseguidos. Es así que la Unión actuará cuando su acción supone un valor añadido respecto a las acciones que estén en condiciones de realizar los Estados nacionales. En efecto, conforme al artículo 5.3 del TUE, “en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”⁴. En lugar de la convergencia por la armonización se fomenta la convergencia a través de los objetivos perseguidos. Ello supone aceptar tan solo la creación de soluciones comparables en los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social en el marco de un modelo social europeo diverso y plural. La orientación considerada viable es hacia la convergencia en los objetivos que se debieran fijar los Estados miembros a partir de la década de los noventa. Se asume la existencia de principios comunes regulativos (estructuras entorno a las ideas de solidaridad y de justicia social), pero también la subsistencia de distintos modelos nacionales

³ “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados” (art.6.1 TUE).

⁴ En dicho precepto se añade, igualmente, que “Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo” (art.5.3 TUE).

de Seguridad Social. Lo cual se traduce en aceptación de significativas diferencias de financiación, gestión y régimen de prestaciones dispensadas.

En este sentido aunque el objetivo central de los Reglamentos comunitarios de coordinación consiste en la supresión en el ámbito de la Seguridad Social de los obstáculos que se oponen a la libre circulación de las personas dentro de la Unión Europea (como factor de integración económica), el derecho a la protección social acaba por acoger los principios fundamentales de la Unión Europea. Especialmente, considerando que la evolución de la Unión “resultará tanto del funcionamiento del mercado interior que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas” (artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), por un lado, y, por otro, que al precisar, igualmente, que “para la consecución de los objetivos del artículo 151.1 del TFUE, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros”, entre otros, en el ámbito de “la Seguridad Social y la protección de los trabajadores” (apartado “c”), procurando también “la modernización de los sistemas de protección social” (apartado “k”).

Ciertamente, un análisis atento a las prácticas regulativas de la coordinación comunitaria de la Seguridad Social y de la Asistencia Sanitaria, en particular, pone de manifiesto que en no pocos aspectos se ha producido un desbordamiento de los fines exclusivos de coordinación previstos expresamente en las normas reglamentarias de coordinación comunitaria, pues en virtud de la lógica de la eficiencia, la mutua colaboración y experiencias (e incluso de la misma aplicación del principio de subsidiariedad positiva ex art.5.3 del TUE), *se ha acabado por introducir ciertos criterios de convergencia armonizadora* de los regímenes nacionales de Seguridad Social y Asistencia Sanitaria. La coordinación comunitaria ejerce una inevitable -positiva y deseable- fuerza de presión sobre una relativa “convergencia” funcional de los Sistemas Nacionales de Seguridad Social y Asistencia Sanitaria, en particular.

Resulta así que *no existe -y de momento no hay intención de crearlo- un Modelo Europeo de Asistencia Sanitaria* (como resulta obvio que tampoco existen a escala universal), proveniente del Derecho Social de la Unión Europea (como tampoco, como se acaba de decir, del Derecho Social del Consejo de Europa). Los reglamentos de coordinación comunitaria respetan el principio de competencia (y bajo el primado del principio de subsidiariedad en la intervención de la regulación europea) en virtud del cual los países miembros de la Unión organizan libremente las prestaciones y la gestión de la Asistencia Sanitaria, limitándose las instancias comunitarias a coordinar y subsidiariamente completar la acción de los Estados. Esta diversidad de modelos nacionales plantea numerosos problemas para articular la propia coordinación comunitaria por objetivos a perseguir.

El estudio atento de los sistemas nacionales de asistencia sanitaria revela la existencia de peculiaridades importantes en todos los aspectos fundamentales de la asistencia sanitaria europea. No es de extrañar que cada país miembro mantenga peculiaridades significativas en los atinente al catálogo de prestaciones dispensadas (bien sea un sistema de lista de prestaciones o de cláusula general), el sistema de gestión directa (Reino Unido, España, Noruega Irlanda, Portugal o Suecia, etcétera) o indirecta (Luxemburgo, Bélgica, Alemania, Francia, Países Bajos, Austria, etc.). En los sistemas de gestión directa es posible diferenciar aquellos modelos de gestión descentralizada (Italia, España, Dinamarca, Portugal, Finlandia, Islandia, Suecia) y los que optan formas centralizadoras (Reino Unido). En el sistema de gestión indirecta, la diversidad está también servida pues puede hacerse reclamo de las técnicas del concierto (Alemania y Países Bajos) o de reembolso (Bélgica y Luxemburgo).

Esa diversidad de modelos -que obedecen a distintas tradiciones culturales, y no sólo de culturas “jurídicas”, y prácticas nacionales- también se detecta respecto al régimen de financiación, que, aunque en términos generales se configura como público (constatada su persistente eficiencia), se ha extendido -por razones de racionalización financiera- a las formas de copago, que suponen las

aportaciones de los sujetos beneficiarios al coste de las prestaciones sanitarias recibidas. Aun así, las diferencias existen también entre los países que adoptan esta forma de co-financiación atendiendo a la diversidad que se aprecia en sus formas de realización o materialización y su cuantía. Es muy frecuente que el copago se realice respecto de ciertas prestaciones o servicios sanitarios generadores de un coste individualizable significativo. Así, por ejemplo, la participación del beneficiario en el coste de las prestaciones farmacéuticas (medicamentos, prótesis, etc.) y la asistencia sanitaria odontológica está muy generalizada en prácticamente todos los Estados miembros.

Tales diferencias evidencian la inexistencia de un modelo uniforme u homogéneo de Asistencia Sanitaria Europea. Por ello tan sólo se pueden utilizar clasificaciones instrumentales, de valor relativo, pero útiles para la sistematización y llevar a cabo el análisis comparatista de políticas del Derecho y de técnicas jurídicas utilizadas. En este sentido un criterio que se muestra especialmente útil y fructífero en sus resultados es el que atiende al sistema de financiación porque no sólo es capaz de incidir sobre la ya determinante esfera de la financiación (al tiempo, la asistencia sanitaria es un sistema de seguridad económica), sino que a través de él es posible la reconstrucción conexa y consecuencial de los diversos modos de satisfacción de las prestaciones sanitarias y otros aspectos relevantes del sistema institucional imperante en cada Estado miembro. Siendo consciente de la simplificación, es posible distinguir entre dos grupos funcionales, a saber: los sistemas de financiación de base impositiva o fiscal, por un lado, y por otro, los sistemas basados en las cotizaciones sociales vinculadas a un régimen de aseguramiento o previsión social.

1º). En cuanto a los Sistemas Sanitarios de Financiación Pública de base impositiva o fiscal, cabe decir que es el imperante en una gran parte de países europeos de gran importancia en la Unión Europea (España, Dinamarca, Chipre, Estonia, Finlandia, Irlanda, Italia, Letonia, Noruega, Portugal y Reino Unido). La fuente de financiación del gasto público en sanidad son los Presupuestos Generales del Estado (con particularidades en los “Estados compuestos”), que establecen las correspondientes previsiones de gasto en servicios sanitarios. Aunque su base es el modelo de financiación, en la práctica ello se hace acompañar por una preferencia por la gestión directa de los servicios sanitarios dispensados. Esta gestión directa puede (y suele) hacerse acompañar de formas de prestación descentralizada territorialmente (entidades regionales, autonómicas y locales). En estos sistemas la publicación se traduce tanto en el reforzamiento de la organización planificada como en una aceptación limitada de la libertad de elección de centro sanitario o de médico.

Estamos ante un típico modelo sanitario nacional de salud, que encuentra su paradigma en el modelo diseñado por Beveridge, orientado hacia la universalidad subjetiva y con fuerte inclinación hacia el monopolio en la organización y gestión del servicio público sanitario. Es necesario reparar en el hecho de que en materia de Asistencia Sanitaria ha existido una fuerte tendencia en los países europeos a transitar del tradicional seguro obligatorio de enfermedad al Sistema Nacional de Salud⁵.

⁵ Resulta paradigmático el modelo de nuestro país, con la formación del Sistema Nacional de Salud y la orientación legislativa hacia la universalización subjetiva. Cfr. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Aunque el modelo ha sufrido reformas regresivas posteriores a través de la legislación de “emergencia”. Así, señaladamente, el RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, el cual opera un desplazamiento vertical del derecho a la salud como derecho de ciudadanía social generalizado a un derecho social condicionado por la condición de ser asegurado o beneficiario. Puede consultarse la legitimadora STC, Pleno, 139/2016, de 21 de julio, con relevantes Votos particulares (el Magistrado Valdés Dal-Rè, con la adhesión de Asua Batarrita; aparte del otro Voto particular del Magistrado Xiol Ríos). Para el criterio dominante del Alto Tribunal es constitucional la introducción por el RDL 16/2012 de los conceptos de asegurador y beneficiario del Sistema Nacional de Salud, incluida una de sus consecuencias más controvertidas, a saber: la introducción del ámbito subjetivo del Sistema (de gratuidad o bonificación de las prestaciones sanitarias) de los extranjeros mayores de edad y sin autorización de residencia. Es inconstitucional, sin embargo, que la exclusión del Sistema (de gratuidad) de determinadas personas (sin vínculo con la Seguridad Social y con altos ingresos) se deje a la decisión del Gobierno

2º). Junto a ellos se encuentran los Sistemas Sanitarios financiados a través de cotizaciones sociales derivadas de relaciones jurídicas de aseguramiento social. Es el modelo sanitario de aseguramiento o previsión social evolucionada vigente en una multiplicidad de países europeos (Alemania, Francia, Bélgica, Eslovenia, Austria, Hungría, Lituania, Luxemburgo, Malta y países Bajos). La cotización tiene una naturaleza parafiscal especial, aunque suele coexistir con aportaciones adicionales del Estado. En este modelo prevalecen los sistemas de gestión indirecta, con amplios espacios hacia la gestión privada, utilizando las técnicas de concierto o del reembolso de gastos sanitarios. Por lo demás en estos sistemas de financiación fiscal, al sujeto beneficiario se le reconoce un derecho de libre elección del centro sanitario o del médico, lo cual se encuentra más facilitado por la apertura hacia la iniciativa privada (servicios sanitarios privados).

3º). En cualquier caso, los modelos reales (es decir, realmente existentes), en la práctica, son más complejos; y cabe decir, en este sentido, que tienden a mezclarse y a configurarse como *sistemas mixtos*, acogiendo rasgos diversos de varios de los modelos típicos clásicos o tradicionales. Es el resultado del pragmatismo y de la necesidad de afrontar la complejidad de la realidad existente, aparte de la influencia recíproca a través de la coordinación comunitaria y el conocimiento mutuo que aquella procura. El carácter mixto se ofrece respecto de las fuentes de financiación, impuestos, transferencias del Estado y cotizaciones sociales (más allá de la preponderancia de sistemas, al tiempo, las fuentes suelen ser mixtas con predominio de alguna de ellas sobre las demás); el régimen de las prestaciones y su catálogo es análogo en los países europeos comparables de referencia; lo mismo ocurre respecto a las formas de gestión que suelen también combinarse (la gestión tiende a ser mixta en varios sentidos: directa e indirecta, pública y privada, y centralizada y descentralizada, con una acusada tendencia a la descentralización territorial; prácticamente todos los sistemas nacionales otorgan un margen -mayor o menor- de libertad de elección del sujeto beneficiario, etcétera. Además, se muestran variables y oscilantes en ciertas coyunturas. No cabe ignorar que las dos tradiciones bismarckiana y Beveridgeana han tendido a aproximarse progresivamente. En todo ello influyen las directrices de la Unión Europea en el marco de las estrategias de coordinación de los sistemas sanitarios nacionales.

Desde un punto de vista dinámico se aprecian problemas y retos comunes. A pesar de la continua presión de los discursos y las prácticas de los críticos del Estado Social, con alcance desigual en cada lugar y en cada etapa, es un dato de experiencia que la satisfacción adecuada de las situaciones de necesidad a cubrir por los denominados derechos sociales continúa representando todavía una de las preferencias más sentidas por la gran mayoría de la población. Pero cuando de una protección de calidad contra el riesgo de la enfermedad se trata esa preferencia se convierte en un valor fundamental, primario, por tanto irrenunciable para una sociedad civilizada. Sin embargo,

en lugar de a la del Parlamento (reserva de Ley). Uno de los grandes problemas del TC es que persiste en la idea de que el derecho a la protección de la salud y asistencia sanitaria ex artículo 43 CE es un derecho de estricta configuración legal, con la consiguiente posibilidad legítima de distinguir entre los españoles y los extranjeros y adelantada por la importante STC 236/2007, f.º 4. Con ello se desconoce valor jurídico de la Constitución en relación con los textos internacionales dentro del sistema de garantías multinivel del derecho a la salud y asistencia sanitaria (artículo 43 CE en relación *necesaria e imperativa para el intérprete de la norma fundamental* con el artículo 10.2 de la Constitución, que es la apertura constitucional de textura abierta hacia dicho sistema de garantías de los derechos fundamentales a nivel internacional general y europeo). El TC subordina unilateralmente el derecho social fundamental a la asistencia sanitaria a la primacía de la racionalidad económica, desconociendo el sistema de equilibrios entre la razón económica y la razón social que se impone deducir del texto constitucional y del sistema de garantía internacional multinivel de los derechos fundamentales a que obliga el canon interpretativo establecido en el artículo 10.2 CE.

El problema se agrava con la tendencia restrictiva y recentralizadora operada por la STC 134/2017, 16 de noviembre de 2017 (también con Votos particulares relevantes). Un análisis técnico-jurídico y de política del Derecho en MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P., “La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico”, en la *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 16 (2018); MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ, L., “Un revés en la evolución progresiva del *welfare state*: la regresión en la tendencia hacia la universalidad del Derecho Constitucional a la asistencia sanitaria. A propósito de la STC 139/2016”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2 (2017).

la realización positiva o «practicabilidad» de este derecho social a la protección de la salud a través, entre otras acciones, de una asistencia sanitaria de calidad, evidencia notables diferencias atendiendo a la región del mundo en que la persona tenga la suerte (o infortunio) de encontrarse. En este sentido, en la Unión Europea, los Sistemas Sanitarios *«gozan de una situación excepcional a nivel mundial, debido... a la generalización de la cobertura del riesgo»*, representando *«una parte decisiva de los gastos globales..., que convierte a esta rama de la protección social en la más importantes después de las pensiones...»* [Vid. Comunicación de la Comisión, al Consejo, Parlamento, Comité Económico y Social y Comité de Regiones.: *«El futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera»*. COM (2001)].

Sin embargo, cabe decir enseguida que, aunque la Unión Europea presenta una situación absolutamente privilegiada al respecto en relación a lo que acontece en cualquier otro lugar del mundo, no evita que la protección de la asistencia sanitaria adolezca de notables incertidumbres en los países comunitarios ni que presenten notables desigualdades entre ellos, así como que estén todos *los Sistemas Nacionales sometidos a intensos y continuos debates sobre su extensión y límites, y sobre todo sobre su viabilidad financiera*. En la época actual se somete a una gran presión el funcionamiento de los Sistemas Sanitarios, que han de adaptarse a nuevos retos, en términos de nuevas demandas de prestación - justicia social- y de racionalización de un gasto que no cesa de crecer -eficiencia económica-, en ocasiones con una tendencia de incremento mayor que el PIB. La reacción frente a este crecimiento no se ha hecho esperar. En todos los países se han adoptado múltiples e incisivas medidas, legales e institucionales, que han supuesto una ralentización del incremento de los recursos disponibles y una reducción del alcance de la protección. El resultado es que estos Sistemas Sanitarios Nacionales -únicos o descentralizados- se encuentran en el centro de debates complejos: mejora de las condiciones de la calidad de vida de la población, control del Gasto Público, uso racional de los servicios, papel de la iniciativa privada, etcétera.

En este sentido existe un debate entre los espacios respectivos de lo público y de lo privado; debate que refleja distintas opciones de política del Derecho sobre la salud y asistencia sanitaria. Es de destacar la relativa desconfianza de los ciudadanos en la Sanidad y Asistencia Sanitaria Pública; una desconfianza a menudo promovida e inducida desde posiciones interesadas en el acrecentamiento del sector mercantil sanitario (“mercado de servicios sanitarios”). Por otra parte, se asiste una política de los responsables públicos en el fomento de las diversas formas de prestación privada de los servicios sanitarios. Ambos factores están determinando que la provisión de éstos mediante *técnicas de mercado* recupere un papel cada vez más importante. Las políticas privatizadoras de la Sanidad en un contexto de globalización y de crisis económica presentaron, así, vertientes o dimensiones diferentes pero, en todo caso, relevantes, con un crecimiento constante del sector en torno al 8% anualmente, entre otras razones porque:

- 1) si bien el Estado procura la cobertura sanitaria universal, siempre presenta -y presentará- limitaciones presupuestarias, afectando su funcionamiento
- 2) es creciente la convicción de los enormes «costes burocráticos» del Sistema, sin que mayores niveles de gasto implique siempre mayor eficacia protectora, difundiéndose la idea de que su reducción -eficiencia- pasaría por incorporar técnicas de organización, gestión y provisión privadas
- 3) la sanidad privada es favorecida por los «seguros médicos» que las empresas, como mejoras voluntarias y/o como incentivos, a menudo establecidas por convenio colectivo, ofrecen a sus trabajadores;
- 4) las «listas de espera» se mantienen, convirtiendo en clientes de la sanidad privada no sólo a los ciudadanos-pacientes que entienden no pueden esperar sino también a la mismísima sanidad pública.

En el caso de España, la pretendida firmeza, al menos en el plano normativo, del compromiso constitucional con un «régimen público suficiente» de «Asistencia Sanitaria» (artículos 41 y 43 CE y, en relación sistemática y teleológica con el artículo 10.2 CE) ⁶ se ve erosionada crecientemente en la práctica o realidad - plano de observación fáctica del Sistema-. Al margen de la polémica en su día generada por la promulgación de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, incluyendo las célebres y ambiguas «Fundaciones Públicas Sanitarias» (artículo 111, Ley 50/1998, MFAOS), lo cierto es que la presencia de «lo privado» en el Sistema no ha cesado de crecer, de una manera más o menos silenciosa o velada, como ilustran los datos relativos al mercado de servicios sanitarios privados. [Desde hace años la «sanidad privada» en España es un segmento del amplio mercado de servicios que tiene un crecimiento extraordinario y respecto del que pocas veces se repara].

En nuestro país otros factores están incidiendo en tales cambios, unos positivos, otros de signo contrario, incluso involutivo. Así, podríamos hacer mención de factores tan diferentes como el impacto del intenso envejecimiento demográfico de nuestro país (factor demográfico), que supone no ya sólo la intensificación del uso o consumo de este «bien público» por un colectivo creciente de la población, la presencia «masiva» de inmigrantes extranjeros no comunitarios, buena parte en situación irregular que acceden a la atención sanitaria (factor socio-económico y cultural), o la culminación del Estado Autonómico (factor político-institucional). Este último está institucionalizando una marcada diferenciación del alcance del derecho, reconocido por igual «a todos» (artículo 43 CE), o cuando menos a todos «los ciudadanos» (artículo 41 CE) ⁷, atendiendo a las decisiones de autonomía adoptadas por los Gobiernos de ciertas CCAA en orden a la dedicación del gasto sanitario, proveyendo «prestaciones y servicios» que no se contemplan en otros. Lo que parece evidente es que la fórmula de garantía ex artículo 43 CE (interpretada necesariamente con el art. 10.2 CE) no asume la visión restrictiva de la condición de asegurado como titular del derecho.

Sin embargo, todo ese régimen jurídico restrictivo que se introdujo y que fue legitimado por nuestro Alto Tribunal, se vio modificado con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, consecuencia del cambio de gobierno por moción de censura. Este real decreto-ley restablece el derecho fundamental de toda persona por el hecho de serlo, es decir, garantiza el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones jurídicas, a todas las personas que se encuentren en el Estado Español; aunque, cabe decir, que lo hace todavía manteniendo ciertas restricciones no precisamente coherentes con esa atribución de universalidad subjetiva. El acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona. La garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España. La entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, supuso, de facto, una vulneración de este derecho. La norma dejaba fuera de la atención sanitaria con cargo a fondos públicos a personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España. La prestación sanitaria quedó así limitada a

⁶ Por otra parte, importa hacer nota que ya se había defendido incluso (aunque al margen del artículo 10.2 CE), que los llamados principios rectores en realidad consagran verdaderas normas jurídicas de eficacia constitucional. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1981, especialmente pp. 68-71 y 90.

⁷ La fórmula de garantía del artículo 32 de la Constitución italiana de 1947 es más incisiva: “La República tutela la salud como derecho fundamental del individuo y en interés de la colectividad y garantiza el tratamiento médico gratuito a los indigentes. No puede obligarse a nadie a un determinado tratamiento sanitario sino por disposición de la ley, la cual en ningún caso podrá violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana”.

la asistencia en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta la situación de alta médica y a la asistencia durante el embarazo, parto y posparto.

En el ámbito de la normativa internacional, tanto supranacional como europea, el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular, en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras. La reforma que instauró el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida en la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Supuso, de este modo, una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios que, de conformidad con los tratados internacionales, la Constitución Española y la Ley 14/1986, de 25 de abril, deben imperar en las políticas sanitarias, en la actuación de los poderes públicos y la configuración de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud. La exclusión del colectivo de personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España del derecho de protección a la salud y a la atención sanitaria no ha sido acorde, por tanto, con los antecedentes normativos existentes en nuestro país ni con los diversos compromisos internacionales adquiridos.

Debe destacarse que el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, se sustentó en criterios economicistas orientados a la reducción del déficit de las cuentas públicas. Los argumentos esgrimidos fueron, en su mayoría, coyunturales y de limitado alcance temporal, asimismo éstos no han sido evaluados y por tanto no han demostrado una mejora de la eficiencia en el ámbito sanitario. Asentada en tales principios, esta regulación prescindió de garantizar legalmente el debido equilibrio entre la necesidad de asegurar la sostenibilidad financiera de la sanidad pública y la indiscutible exigencia de hacer efectivo el derecho a la protección de la salud de todas las personas. La fragmentación en el derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria de estas personas agravó su situación de extrema vulnerabilidad y motivó que la Unión Europea, la Organización de las Naciones Unidas, las comunidades autónomas, el Defensor del Pueblo, la sociedad civil, el movimiento asociativo, las sociedades científicas profesionales, los partidos políticos y otras entidades solicitaran, de manera reiterada, la derogación o modificación de la norma que impuso esta exclusión. La necesidad de garantizar la universalidad de la asistencia, es decir, garantizar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado Español. Este objetivo se materializó mediante la recuperación de la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todas las personas, independientemente de su nacionalidad, que tengan establecida su residencia en el territorio español, incluyendo aquellas que en aplicación de los reglamentos comunitarios o convenios bilaterales tengan acceso a la misma en la forma que estas disposiciones lo indiquen. Por lo demás, más allá de atender a una exigencia ética como es la protección de la salud, la universalidad de la atención no solo redundaría en la mejora de la salud individual, sino también en la salud colectiva de toda la población.

Se instaura un nuevo modelo que desliga el aseguramiento con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social y se vincula a la residencia en España, así como a aquellas personas que, sin residir habitualmente en el territorio español, tengan reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, tal sería el caso, por ejemplo, de aquellas personas que bajo la acción protectora de la seguridad social tienen derecho a la asistencia sanitaria, así como la de los trabajadores y pensionistas a los que el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, les reconoce su derecho a la asistencia sanitaria. Todo ello redundaría en un fortalecimiento del Sistema Nacional de Salud como derecho vinculado a la ciudadanía. Igualmente, la asistencia sanitaria que se presta a las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España viene a reforzar las políticas europeas, que en materia de asistencia social, buscan proteger a aquellos colectivos más vulnerables.

En relación a lo cual, se modifica la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en lo que respecta al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria⁸, y el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, en cuanto a la aportación farmacéutica. De este modo, se reconduce el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en nuestro país a la vía de la universalidad subjetiva, que se había acogido de manera constante en la normativa española hasta la entrada en vigor del regresivo Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. (Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 7/2018).

El derecho a la protección de la salud y asistencia sanitaria forma parte inherente de los Sistemas de Protección Social Pública de la Unión Europea. El incesante incremento de una *demanda sanitaria asistencial* potencialmente ilimitada, y en continua evolución, se enfrenta a los imperativos de control de la *oferta de servicios sanitarios* financiados y/o provistos públicamente, esto es, mediante técnicas de «desmercantilización» de la posición de los ciudadanos-pacientes respecto de sus necesidades de atención sanitaria.

Un factor que influye en los sistemas de protección de atención a la salud y asistencia sanitaria pública es el fenómeno de expansión de la pobreza, la exclusión social y el crecimiento de la precarización del empleo el cual tiende a “estabilizarse” y a hacerse estructural.

Uno de los grandes factores estructurales determinantes de las transformaciones en curso y de una cierta crisis institucional de los sistemas sanitarios es el relativo a la evolución demográfica. La demanda de asistencia sanitaria es especialmente sensible a los cambios socio-demográficos que experimenta la población atendida, cada vez más amplia y más plural en sus cualidades socio-

⁸ Así, señaladamente, se modifica la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en los siguientes términos: «Artículo 3. Titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria. 1. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español. Sin perjuicio de lo anterior, las personas con derecho a la asistencia sanitaria en España en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que comprendan la prestación de asistencia sanitaria, tendrán acceso a la misma, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas [...]»; «Artículo 3 bis. Reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos»; «Artículo 3 ter. Protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español. 1. Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, tal y como se establece en el artículo 3.1. 2. La citada asistencia será con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes siempre que dichas personas cumplan todos los siguientes requisitos: a) No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable. b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. c) No existir un tercero obligado al pago. 2. La asistencia sanitaria a la que se refiere este artículo no genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas internacionales en materia de seguridad social aplicables. 3. Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificado que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial a la que se refiere este artículo. En aquellos casos en que las personas extranjeras se encuentren en situación de estancia temporal de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las comunidades autónomas. 4. Las comunidades autónomas deberán comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, mediante el procedimiento que se determine, los documentos certificativos que se expidan en aplicación de lo previsto en este artículo.»; Modificación del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio; Disposición adicional única. Conceptos de asegurado y beneficiario a efectos de lo previsto en la normativa internacional y la aportación a la prestación farmacéutica, etcétera.

personales. El envejecimiento de la población (“tercera” y “cuarta” edad), resultado de la baja tasa de natalidad y el aumento de la esperanza de vida en los países europeos en general, y muy en particular en los países más prósperos de la Unión, está incidiendo poderosamente en las previsiones de futuro más inmediato para los Sistemas Sanitarios. La razón reside en un incremento de personas mayores que necesitarán cuidados en las próximas décadas, dada la mayor incidencia de enfermedades graves y/o crónicas. Pero ya resulta significativo que ello refleja el éxito de las políticas de bienestar social que hay que gestionar dinámicamente.

No deja de ser paradójico -al menos aparentemente- el hecho de que cuanto mejor sea el Sistema Sanitario más costes tendrá porque su población vivirá más y, por tanto, precisará más cuidados cada vez, y de mayor calidad. Debe *diferenciarse entre “envejecimiento” y “longevidad”*, porque el primero puede ser contrarrestado por éste último, esto es, el modo en que se produce el envejecimiento. Y en este sentido las personas mayores pueden tener vidas más largas, más sanas y más productivas (incluidas las posibilidades -que deben traducirse en oportunidades vitales reales- de encontrar un empleo adecuado). Y eso tiene que ver, entre otras cosas, con la expectativa de vida saludable; una buena salud mediatizada por los avances de atención a la salud y la asistencia sanitaria pública. Por otra parte, las políticas preventivas y de atención dinámica reducen el gasto sanitario. Pero todo ello exigirá políticas y medidas renovadas de adaptación a los cambios en curso (envejecimiento, longevidad, trabajo adecuado para los mayores en el mercado laboral, su formación permanente, la actuación preventiva y supervisora de su estado de salud, etcétera)⁹.

Otros muchos motivos se unen para propiciar esta extremada *presión financiera* sobre el Sistema. La mayor parte de ellos son comunes pero se presentan más incisivos en unos Estados que en otros -ejemplo: el abuso de productos farmacéuticos como lacra endémica (en España), que sufre sus costes-. La conjunción de todos ellos evidenciará las tensiones socio-económicas del Sistema, que obliga a permanentes reestructuraciones, a menudo mal enfocadas u orientadas, al primar lógicas privatizadoras sin la suficiente evidencia sobre su eficiencia. Se comprende, así, que la protección social concretada en la asistencia sanitaria presenta un *extraordinario reto* asentado sobre un triple objetivo con carácter común que, en los Sistemas descentralizados como el español, se convierte en cuádruplo imperativo, con importantes repercusiones institucionales, jurídicas y financieras [Vid. Comunicación de la Comisión: «*El futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores*» (2001)]: garantizar el *acceso* de todas las personas a la asistencia, esto es, la garantía de la universalización efectiva de la tutela, al margen de cuál sea su concreta situación socio-económica (equidad) y zona del territorio en que se encuentre (igualdad); la oferta de una asistencia *de calidad*; la *sostenibilidad financiera* del Sistema de Protección; y, finalmente, la *Cohesión* de los Sistemas complejos y descentralizados, territorial y funcionalmente, cuestión importante para los “Estados compuestos” (Estado federales; Estados autonómicos, pero no sólo en ellos).

En relación al primer imperativo, hoy cualquier ciudadano de un país comunitario -en general de un país desarrollado- (la Recomendación 92/442/CEE, del Consejo, relativa a la *convergencia* de las políticas de protección social, establecía como objetivo básico el acceso de todos a la asistencia sanitaria y, por su parte, la Comunicación de la Comisión «*Una estrategia concertada para modernizar la protección social*», sitúa la garantía de un nivel elevado de protección a la salud como un objetivo prioritario), considera que la asistencia sanitaria para atender su salud constituye un auténtico derecho social fundamental, al margen de la configuración técnica o formal que cada Estado de al mismo en sus Constituciones. Ahora bien, desde esta perspectiva, un reto pendiente es dotar de una cualidad sustantiva a la exigencia de universalidad de la protección, de modo que el acceso se produzca en igualdad de condiciones de los grupos más desfavorecidos (Comunicación de la Comisión, 3 de enero de 2003), para asegurar la dimensión solidaria sobre la que se construye el

⁹ SCOTT, A. y GRATTON, L., *The 100-Year Life: Living and Working in an Age of Longevity* (“Una vida centenaria: vivir y trabajar en una era de la longevidad”). Traducción al castellano: *La Vida de 100 años: Vivir y trabajar en la era de la longevidad*, Lettera Publicaciones, 2017.

sistema en los países avanzados. La «mala salud» no debe llevar al empobrecimiento ni la carencia de ingresos reducir la accesibilidad (Precisamente, el Informe conjunto de evaluación de los *Planes Nacionales de Acción para la Inclusión Social* de 2004 hace especial referencia a la *política de asistencia sanitaria*. En la misma línea, el acceso a servicios sanitarios de calidad aparece como uno de los 7 ámbitos prioritarios para la lucha contra la exclusión social, dentro de un modelo global de desarrollo económico socialmente sostenible, según la *Comunicación de la Comisión, de 27 de enero de 2005 -Proyecto de informe conjunto sobre protección social e inclusión social [COM (2005) 14 final- no publicada en el Diario Oficial]*).

Un segundo imperativo, consiste en que la asistencia sanitaria a ofrecer debe no sólo ser «digna» sino más bien de *calidad*. Desde esta perspectiva, resulta hoy evidente que la demanda de asistencia sanitaria aumenta de forma exponencial, en todo caso más que proporcional, con el incremento del nivel de vida y educación de los ciudadanos, de modo que los ciudadanos exigen de sus Sistemas de Salud una calidad y eficacia crecientes. Lo que significa, cuando menos, *calidad estructural o institucional*, esto es, prestación de la asistencia en adecuados centros de atención a pacientes, por un lado, y «*calidad de procesos*», de modo que la eficacia de las prestaciones se mida evaluando no sólo las acciones terapéuticas sino también los resultados, así como la «*calidad de trato*», esto es la consideración recibida en su prestación. En relación a ello, no puede resultar en modo alguno ajeno al funcionamiento del Sistema Sanitario la mayor información disponible para los usuarios-pacientes a raíz del desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación. Esta mayor disponibilidad no sólo aumenta el nivel de conocimientos «médico-sanitarios», en relación a las enfermedades y también a las terapias, sino que igualmente incrementa la oportunidad de acudir a prestaciones de servicios en lugares muy diferentes del orbe mundial. La mayor disponibilidad informativa lleva aparejado al mismo tiempo un mayor margen de decisión o elección, lo que da lugar a una mayor presión sobre el sistema, en términos tales como la libre elección de médicos o profesionales sanitarios, la accesibilidad a nuevos tratamientos y productos, la movilidad entre centros prestadores, públicos y privados, interiores y exteriores, esto es, dentro e incluso, cada vez más, fuera de las fronteras. En realidades político-institucionales complejas, como es España, tanto por arriba -pertenencia a la Unión Europea-, como por abajo, configuración como un Estado Autonómico, con máximo nivel de descentralización, esta movilidad en un «sistema-mercado unitario de servicios sanitarios» aparece como una solución creciente, con la consiguiente ampliación de situaciones problemáticas.

Con todo, los enfermos o «pacientes», que se sienten no sólo usuarios-consumidores de un servicio público sino ciudadanos, es decir, sujetos o «actores» de «pleno derecho», reclaman «una mayor transparencia en los resultados y en la calidad de los servicios sanitarios» (Vid. Comunicación de la Comisión.: «*El futuro de la asistencia sanitaria...*», cit., página 8). No por casualidad, pues, uno de los dos hilos conductores básicos de la Ley 16/2003, la LCCSNS, gira en torno al objetivo de la «calidad», multiplicándose las referencias contenidas en la Ley a este «*estándar de valoración*» de la eficacia del Sistema de provisión de prestaciones sanitarias y de efectividad del derecho a esta asistencia. La importancia de esta exigencia es tal que aparece, como la accesibilidad, «garantizada» en los términos, ambiguos, del artículo 28 LCCSNS.

Pero esta creciente vinculación de las prestaciones sanitarias al imperativo de la calidad tiene otras múltiples dimensiones. Entre ellas, una no menor es la propia garantía de la «calidad profesional del personal» sanitario, que incluye igualmente la «calidad de su empleo», por lo que incorpora la mejora de la contratación y de las condiciones de trabajo, con especial atención a su formación. Una necesidad de actualización formativa permanente que viene impuesta por la obligación de adaptar las prestaciones a las *nuevas necesidades, entre las que destacan las denominadas prestaciones «socio-sanitarias»*, diseñadas para hacer frente al emergente riesgo social de la dependencia. Aunque esta protección ya está prevista en las Leyes Sanitarias -artículo 14 Ley 16/2003-, su complejidad es tal que exigirá la concurrencia, por tanto la coordinación, de varios «Subsistemas de Protección Social», tal y como evidencia la regulación del nuevo «*Sistema Nacional de Dependencia*» (más por razones

del lenguaje «políticamente correcto» que técnicas la Ley 39/2006, ha borrado «nacional» y habla sólo de «Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia» -SAAD-), confirmando cómo un único derecho -la protección frente a la dependencia- a menudo exige la intervención conjunta de varios «sistemas de servicios públicos» -Seguridad Social, Salud, Dependencia, Servicios Sociales- como garantía para su efectividad. Todo esto dista de ser anecdótico. Revela la existencia de una complejidad que habría que examinar atentamente.

Naturalmente, los dos primeros objetivos tienen un presupuesto ineludible, como es la existencia de una *financiación sostenible* -constituye casi un tercio del gasto social, el segundo después de las pensiones y análogo al de educación-. Mantener una sanidad de calidad exige un elevado nivel de financiación. La Sanidad experimenta una fuerte presión en la demanda de adquisición de tecnologías médicas que incorporen las mejores y más actuales novedades, con lo que de coste -inversión también- implica esa exigencia. Las nuevas realidades sociodemográficas también elevan el coste. Asimismo, es evidente que cuanto *mayor conciencia se tenga del derecho a una asistencia de calidad el consumo del servicio será también mayor*, con el consiguiente permanente incremento del coste.

Precisamente, los nuevos Reglamentos comunitarios de coordinación destacan la calidad, la viabilidad financiera (acompañada por la instrumentación de políticas de contención del gasto público sanitario) y la transparencia como objetivos importantes a perseguir.

En esta coyuntura, la gestión financiera de los sistemas públicos de asistencia sanitaria deben orientarse a políticas de «eficiencia económica» al objeto de alcanzar y, en su caso, mantener un equilibrio *financiero*. Esa orientación hacia la eficiencia gestora se asienta en dos criterios diferenciados que responden al interrogante de cómo mantener un sistema de pensiones económicamente viable y socialmente necesario:

- 1º) La *racionalización del coste* (optimización): máximo beneficio con mínimo coste posible (política de «acoso» continuado al gasto farmacéutico, que se resiste por múltiples razones; innovación de terapias e intervenciones que reduzcan el tiempo de hospitalización, mayor «educación sanitaria», preventiva y «de consumo»...). Es la aplicación coherente de una política de racionalización del gasto.
- 2º) La *reducción del coste* (recorte del gasto por un menor compromiso público y privatización de las formas de organización del servicio). Es necesaria la contención del gasto. El gasto sanitario ha crecido de manera extraordinaria, tanto en su vertiente farmacéutica como en la médica. Lo cual implicaría reducción de las prestaciones.

No son pocos los países de la UE que están adoptando fórmulas de participación del beneficiario en la financiación (copago). Es el caso de Bélgica, Alemania, Portugal, Finlandia y Suecia, que establecen, en distintos casos, formas de copago. Otros países parecen sumarse a esas iniciativas tanto para mejorar el servicio como para conseguir un equilibrio financiero más satisfactorio en aras de la viabilidad del Sistema Sanitario. La aplicación del denominado *ticket moderador* moderador en el Derecho Europeo y Norteamericano obedece a criterios y lógicas homologables, con intensidad variable de acuerdo a los diversos ordenamientos nacionales, los cuales, partiendo de necesidades análogas, optan por soluciones diferentes pero al mismo tiempo equiparables. Los conceptos de cofinanciación, corresponsabilidad, redistribución, proporcionalidad no admiten una separación estanca y exigen de un tratamiento conjunto e interrelacionado a fin de impedir desarrollos de carácter unidireccionales, descoordinados y descontrolados.

Y habría que llegar más lejos. Se observan, no obstante, algunas reacciones. Mientras que la primera dimensión del valor «eficiencia económica» de la gestión sanitaria no sólo es exigible sino imprescindible, pues el SNS no puede funcionar al margen de un modelo de evaluación y control permanente del gasto, la segunda no sólo es rechazable como valor sino impracticable social y

técnicamente. La cuestión se centra, pues, en buscar y encontrar el modo a través del cual se puedan utilizar adecuadamente todos los recursos -*uso racional*, no ya sólo de los medicamentos, como expresa la Ley 29/2006, sino de cualquier prestación sanitaria- y se implementen con eficacia los instrumentos diseñados para el control de los costes -vías para transferir parte de los costes a los usuarios (*copago*), control del precio del servicio y el volumen de la oferta y la demanda...-. Entre estas múltiples técnicas de control también habría que incluir, sin duda, el fomento de la utilización eficaz de todos los recursos disponibles en el SNS, incluidos los privados, concertados o no, para lo que será necesario la máxima cooperación entre todos ellos a fin de *garantizar una asistencia sanitaria de alta calidad*, en su contenido prestacional y en el tiempo de prestación, *sin perjudicar su sostenibilidad* a medio y largo plazo. La gratuidad total -no obstante la universalidad y con financiación a través de impuestos- puede cuestionar la sostenibilidad económica del sistema sanitario. En este sentido, muchos países han afrontado una transformación radical de sus estructuras asistenciales y de las modalidades de financiación de su sistema, en particular mediante una diferente distribución entre la financiación pública y la privada, con objeto de mejorar tanto la calidad como la eficiencia. Los resultados son muy diferentes y en todo caso no han conseguido todavía un grado adecuado de satisfacción de los objetivos pretendidos -lograr un ritmo sostenible de evolución de los gastos, sin poner en peligro la calidad del sistema de asistencia ni sus resultados-, aunque sí han introducido una extraordinaria complejidad en la gestión, por la extrema diversidad de situaciones contempladas dentro del mismo «Sistema». Así sucede en el nuestro, agravado por la diversidad adicional derivada del Estado Social Autonómico.

A todo ello ha de añadirse dos presiones, concernientes a la presión financiera y a la entidad de los desafíos que han de afrontar los sistemas sanitarios europeos y su sistema común de coordinación. En primer lugar, señalar que, en todo caso, esta creciente presión financiera opera con independencia del modelo de organización de asistencia sanitaria en los sistemas nacionales, aunque sus efectos puedan ser diferentes atendiendo a la situación particular de cada Estado miembro. Consecuentemente, al margen de cuál sea el éxito de estas reformas, queda claro que la necesidad de las mismas viene determinada por el imperativo ineludible de garantizar la viabilidad o sostenibilidad financiera de los Sistemas en un doble y complementario, aunque no pacífico, contexto: el de la Sociedad de Bienestar y el de la Economía de Mercado. La formalización de ambos en una única aunque compleja realidad institucional, con sus sinergias y también con sus contradicciones y, por tanto, con la necesidad de reconstruir permanentemente sus difíciles equilibrios, es lo que pretende el enunciado constitucional del Estado Social de Derecho, que trae al primer plano de la escena la dimensión jurídica, tanto política como técnica, del reto. Finalmente, de modo común pero con especial agudeza en los Sistemas más descentralizados, como el español, queda claro que un cuarto imperativo es el de la cohesión de tan complicado entramado institucional, normativo, económico y técnico. Las nuevas tensiones derivadas tanto de los reajustes políticos, que derivan sobre todo de la culminación del proceso de transferencias, como de la permanente presión financiera, no sólo requiere un impulso económico al SNS sino también completarlo con el reforzamiento de la política de cohesión del mismo. En efecto, maximizados en el SNS los niveles de descentralización y autogobierno propios del Estado Autonómico, ahora es preciso consolidar el plano de la Cohesión, para garantizar que el SNS sigue siendo integrador, solidario y equitativo. Autogobierno no puede ser, pues, incompatible con Cohesión, antes bien al contrario, el autogobierno debe garantizar no sólo la reducción de las diferencias entre territorios en materia sanitaria, hoy claramente constatadas aunque en descenso franco, sino también la equivalencia de calidad prestacional en cualquier territorio del Estado. A tal fin, como ya se evidenció en la introducción de este estudio preliminar y constituye el segundo eje de la LCCSNS, es necesario definir determinados aspectos del SNS que requieren una acción común y diseñar los instrumentos políticos, económicos y jurídicos de coordinación necesarios para que el imperativo sea realidad.

Ante una realidad cambiada los desafíos son de envergadura. A la vista de estos desafíos del conjunto de los Sistemas Sanitarios europeos, incluidos los propios de países de la ampliación, son manifiestas las dificultades, por cuanto no siempre responden a lógicas iguales, sino diferentes, e incluso a veces divergentes u opuestas. Ahora bien, debe quedar igualmente claro que son objetivos irrenunciables y que han de buscarse las fórmulas para su conciliación o compatibilidad. Todos ellos han de alcanzarse al mismo tiempo, pues es imposible una Sanidad de «alta calidad» y «universal» sin la garantía de sostenibilidad financiera, a su vez imposible en un contexto de descontrol del gasto y/o de falta de transparencia, evaluación y uso racional de los servicios encargados de proveer las prestaciones sanitarias. El deber de velar porque toda la población residente pueda acceder a una asistencia sanitaria de calidad e igual para todos no puede ser de peor condición, ni tener menos presencia, que el deber de reformar permanentemente el sistema para asegurar la suficiencia financiera de las prestaciones como un ritmo de evolución viable de su cobertura pública¹⁰. Están en juego el derecho de las personas y la eficiencia de las libertades económicas indispensables para el buen funcionamiento del mercado interior comunitario.

Es preciso recordar que no existe un único modelo europeo de Sistema de Salud proveedor de asistencia sanitaria. Corresponde a los países miembros la *gestión* de esta prestación y a la Unión Europea actuar en el doble plano de *complementariedad* de la acción de los Estados y *coordinación* de esas acciones. En este contexto europeo, la única aspiración de los Reglamentos Comunitarios, ha sido *coordinar* los sistemas de Seguridad Social de los Estados que conforman la Unión Europea. La doctrina más extensa identifica los siguientes *principios* en esta materia de coordinación: igualdad de trato, conservación de los derechos en curso de adquisición y conservación de los derechos adquiridos. Además los autores añaden también otros principios, principales o instrumentales, entre los que están, el principio de determinación de la legislación aplicable y el principio de colaboración administrativa. Las reglas de coordinación están al servicio del principio de libre circulación.

En las *prestaciones en especie por enfermedad o prestaciones de asistencia sanitaria*, los mencionados principios tienen un juego especial en cuanto a su coordinación. El principio de igualdad de trato hace referencia a que las prestaciones de asistencia sanitaria han de servirse en la misma cuantía y calidad al nacional que al ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea. El principio de conservación de los derechos en curso de adquisición tiene menos relevancia en estas prestaciones ya que el derecho a las mismas no está sujeto a periodos previos de cotización, además algunos países reconocen el derecho a la asistencia sanitaria por el mero hecho de la residencia. En cuanto al principio de conservación de derechos adquiridos, lo que se exporta en estas prestaciones es el reconocimiento del derecho al reconocimiento a la obtención de las mismas, reconocimiento que efectúa a la institución competente, sirviendo la prestación la institución del lugar en el que efectivamente se encuentre el interesado.

En relación a la Derecho Social de la UE, las normas que articulan el principio de determinación de la legislación aplicable deben precisar cuál debe ser la institución competente para el reconocimiento del derecho, que soportará el coste de las prestaciones y, por otro lado, cual ha de ser la institución que efectivamente lleve a efecto la prestación de la asistencia sanitaria. La normativa básica *aplicable* a la coordinación de las prestaciones de asistencia sanitaria en los Países de la Unión Europea y fundamento legal para el acceso de los ciudadanos comunitarios a los Sistemas Sanitarios de otros Estados miembros son el Reglamento (CE) Núm. 883/2004, de 29 de abril 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la *coordinación de los Sistemas de Seguridad Social* (a su vez modificado por el Reglamento (CE) núm.988/2009, de 16 de septiembre de 2009) y el Reglamento (CE) Núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que *se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) Núm. 883/2004*.

¹⁰ Vid. Comunicación de la Comisión.: «*El futuro de la asistencia sanitaria*», cit., pág.14.

Estas normas de Derecho Comunitario Derivado derogan el Reglamento (CEE) Núm. 1408/1971 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad y el Reglamento (CEE) Núm. 574/1972 del Consejo, de 21 de marzo de 1972 por el que se establecen las modalidades de aplicación del anterior. Durante el amplio periodo de tiempo de la vigencia de los Reglamentos derogados, se ha desarrollado una extensa Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Es criticable que los Reglamentos de coordinación (incluido el Reglamento de base (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril, y el Reglamento (CE), núm. 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, de aplicación del reglamento de base), no definan lo que se haya de entender por *prestaciones de enfermedad*. Ha sido el Alto Tribunal comunitario el que ha tenido que delimitar esa noción a través de una jurisprudencia creativa, no siempre correcta. Esta laguna normativa va a continuar planteando dificultades aplicativas para ciertos supuestos problemáticos.

El Reglamento 883/2004, en el Capítulo 1 del Título III, fija las *reglas de coordinación para prestaciones de enfermedad* y en el Capítulo 2 del mismo Título, se refiere a las *prestaciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional*. El nuevo Reglamento de aplicación, el 987/2009, en su Título III, contiene las disposiciones particulares aplicables a las prestaciones de enfermedad en su Capítulo I, y las correspondientes a las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional en el Capítulo II. Las *reglas de coordinación* tratan de determinar cuál debe ser la institución que debe proveer las prestaciones en un caso concreto y, en segundo lugar, precisar cuál de las posibles instituciones que puedan estar implicadas, será la que tiene que soportar los costes de las prestaciones servidas.

Se estructuran las reglas de coordinación de prestaciones de enfermedad en dos bloques:

- Reglas aplicables en relación con las prestaciones de enfermedad a las *personas aseguradas y a los miembros de sus familias* que no sean pensionistas o familiares de estos últimos. Se distinguen a su vez los supuestos de residencia, de estancia en un Estado miembro distinto del Estado competente y los supuestos de desplazamiento a otro Estado con el fin de obtener en él asistencia sanitaria.
- Reglas aplicables en relación con las prestaciones de enfermedad a los *titulares de pensiones y a los miembros de sus familias*. Se diferencian a su vez también, los supuestos de residencia y de estancia, y los supuestos de desplazamiento a otro Estado con el fin de obtener en él asistencia sanitaria

Por otra parte, cabe hacer notar que en materia de asistencia sanitaria ha existido una fuerte resistencia a la “comunitarización”, que se suele fundamentar en argumentos esencialmente económicos y financieros, vinculados al gasto sanitario y sus modos de gestión. Sin embargo, la interdependencia de la pluralidad jurídica de sistemas nacionales en esta materia, al tiempo, ha presionado por una cierta *corrección* del criterio de simple coordinación del pluralismo existente. En tal sentido la intervención del TJCE ha sido decisiva (aunque es, evidentemente, insuficiente para la “comunitarización” o “europeización” de la asistencia sanitaria). El Alto Tribunal europeo ha construido su doctrina significativamente sobre el problema planteado por la existencia de autorización administrativa en los supuestos de desplazamiento temporal para recibir prestaciones sanitarias (recuérdese que conforme al art. 20 del Reglamento de base, la persona asegurada que se desplace a otro Estado miembro para recibir prestaciones en especie durante su estancia deberá solicitar *autorización* de la institución competente). En la jurisprudencia comunitaria se constata la tensión jurídica entre la competencia autorizante (nacional) y la libertad de desplazamiento y libre circulación de prestación de servicios y de circulación de mercancías. Después de varios pronunciamientos al respecto el TJCE trata de compaginar la competencia soberana nacional con las libertades comunitarias, afirmando la legitimidad de la autorización administrativa, con base a criterios económico-financieros y de

organización de los servicios sanitarios nacionales. Por ello apuesta por una solución transaccional y compromisoria entre la libertad de prestación de servicios (que en su lógica subyacente impulsa la construcción de un mercado de servicios sanitarios) y las exigencias de control del gasto y de gestión sanitaria que, con base a razones fundadas, pudiera autorizar el establecimiento de medidas de control previo de carácter autorizante (véase STJCE de 16 de mayo de 2006, Asunto Watts-372/04; SSTJCE de 2 de julio de 2001, Asuntos Smitts y Peerbooms, de 13 de mayo de 2003, Asunto Emm Van Riet). Esa tensión entre competencias y libertades comunitarias se pretendió resolver, con base a la doctrina del TJCE, a través de la Propuesta de Directiva relativa a la aplicación de los Derechos de los Pacientes en la Asistencia Sanitaria Transfronteriza” (Resolución del Parlamento Europeo de 15 de marzo de 2009), que finalmente fue objeto de bloqueo en el Consejo EPSSCO (Sanidad) de 1 de diciembre de 2009. En ella se restringía estrictamente la competencia autorizante de los Estados miembros y se reconocía el derecho del reembolso de los gastos ocasionados a los sujetos protegidos (pacientes) por recibir fuera de dichos Estados miembros la asistencia no hospitalaria.

Importa también señalar, por último, la exclusión del ámbito de aplicación de la materia sanitaria (servicios sanitarios) de la muy discutida -y ciertamente problemática- Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior comunitario. Es el proceder más lógico y coherente a fin de evitar la mercantilización de los servicios sanitarios; y es razonable igualmente por el hecho de que en caso de no excluirse podría vulnerar el mismo principio de subsidiariedad como principio rector en la delimitación de la distribución de competencias entre la Unión y los países miembros. Es así que la Directiva 2006/123/CE, establece una exclusión explícita de su campo de aplicación de los servicios sanitarios, sean prestados o no en establecimientos sanitarios, y con independencia de su modo de organización y de financiación a nivel nacional y de su carácter público o privado (art.2.f.). De manera que tal Directiva comunitaria (situada en el marco del Derecho económico de la Unión) no afecta al reembolso de los gastos de servicios sanitarios proporcionados en un Estado miembro distinto de aquél en que resida el beneficiario de los servicios sanitarios, al entender que es relevante tratar este asunto mediante otro instrumento jurídico comunitario para conseguir una mayor seguridad y claridad jurídica.

De este manera se produce la exclusión *ope legis* (coherente desde el punto de vista de la política del Derecho social) de los servicios sanitarios en la misma norma ordenadora de la materia (la Directiva europea de servicios; Directiva 2006/123, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior). Esta exclusión es lógica y plenamente coherente porque los servicios sanitarios *son servicios no económicos de interés general*, que no pueden someterse a las reglas del Derecho de la competencia. En cuanto a la conceptualización de los servicios sanitarios, hay que tomar en consideración la STJUE de 11 de julio de 2013, asunto C-57/12, que entiende que los servicios sanitarios comprenden toda actividad destinada a “evaluar, mantener o restablecer el estado de salud de los pacientes, siempre que tal actividad sea ejercida por profesionales reconocidos como tales con arreglo a la legislación del Estado miembro de que se trate, e independientemente de la organización, la forma de financiación y la naturaleza pública o privada del establecimiento en el que se dispensen los cuidados”. Es cometido del Juez nacional el verificar si los servicios sanitarios se encuentran incluidos dentro del campo de aplicación de la Directiva tomando en consideración la naturaleza de las actividades realizadas por los profesionales del sistema de salud y el hecho de que dichas actividades representen una parte esencial o principal de los servicios ofrecidos en los centros de salud¹¹.

¹¹ Resulta significativa la delimitación que lleva a cabo el *Manual sobre Transposición de la Directiva de Servicios* (Bruselas, Ed. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007), que indica que; “no se excluyen los servicios que no se prestan a un paciente, sino al propio profesional sanitario o aun hospital, como los servicios contables, de limpieza, de secretaría o administrativos, el suministro y mantenimiento de equipos médicos y los servicios de los centros de investigación médica, tampoco se excluyen las actividades no destinadas a mantener, evaluar o recuperar el estado de salud de los pacientes: por ejemplo, las actividades concebidas para mejorar el bienestar o procurar relajación, como las que se realizan en centros deportivos o gimnasios, quedan

Necesario es realzar que efectivamente el derecho a la salud y asistencia sanitaria encuentra un amplio reconocimiento *específico* -aunque enmarcado como una rama protectora dentro de la Seguridad Social- en el Derecho Internacional general y regional de los derechos humanos.

En un plano general, como suele ocurrir con otros derechos sociales prestacionales, no existe un modelo único de regulación y garantía pública a nivel mundial. Ni siquiera existe un único modelo europeo de Sistema de Salud proveedor de asistencia sanitaria. Es competencia y responsabilidad de los países miembros la *determinación de las prestaciones y su gestión*, y a la Unión Europea le corresponde actuar en el doble plano de *complementariedad* de la acción de los Estados y *coordinación* de esas acciones nacionales. En este contexto europeo, la finalidad principal de los Reglamentos Comunitarios, ha sido *coordinar* los sistemas de Seguridad Social y Asistencia Sanitaria de los Estados que integran la Unión. *Una coordinación realizada en vista de alcanzar una convergencia por los objetivos perseguidos, rehusando utilizar la técnica normativa fuerte de la armonización legislativa*. Pero en la lógica interna de este modelo de intervención/regulación comunitaria preside ante todo la idea de que cada Estado miembro es competente y responsable de la presentación de los servicios sanitarios conforme a su propio ordenamiento jurídico interno, aunque respetando necesariamente las reglas de coordinación instrumental establecidas por la Unión Europea. En este sentido se puede afirmar que la Unión Europea acepta el pluralismo jurídico-institucional en la Seguridad Social y en la Asistencia Sanitaria, de tal manera que se consagra la coexistencia de sistemas de protección social pública, pero en el marco de un sistema de coordinación comunitaria, como técnica instrumental no armonizadora al servicio de una opción por un *pluralismo cooperativo* (de ahí también la coexistencia y complementariedad de diversos principios de articulación, como el principio de competencia y el principio de subsidiariedad, y la convergencia de objetivos comunes que *no* está preordenada *a priori*- a la construcción de un Sistema Uniforme de Seguridad Social y Asistencia Sanitaria). No hay intención de crear un sistema sanitario europeo. Tampoco se establece un zócalo o nivel mínimo sustantivo de derechos de salud y asistencia sanitaria en el Derecho de la Unión. No basta el recurso a las técnicas de coordinación comunitaria de la atención de la salud y asistencia sanitaria en el espacio social europeo, como ha mostrado la práctica del desbordamiento funcional y la elevada conflictividad jurídica de las técnicas al uso de la coordinación instrumental sin el reclamo -cada vez más necesario- de normas mínimas de *armonización europea* de la asistencia sanitaria a escala de la Unión. Por tanto, estamos todavía ante un marco insuficiente y en parte deficiente en la garantía y ordenación comunitaria del derecho a la atención de la salud y asistencia sanitaria dentro del espacio social europeo.

En consecuencia, persistirá la pluralidad y diversidad de modelos nacionales de protección social pública dentro del espacio europeo, aunque, en particular respecto de la asistencia sanitaria, los objetivos comunes se organizan en torno a la obtención de un máximo nivel de calidad en las prestaciones sanitarias, la sostenibilidad financiera y la compatibilidad de los sistemas sanitarios con el conjunto de principios de articulación que informan la construcción flexible del mercado interior de servicios comunitarios.

reguladas en la directiva y tendrán que ser consideradas en las medidas de transposición”. Con todo, resulta evidente que los servicios de limpieza, de administración, y otros análogos, si entrarían en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios, por lo que les sería de aplicación los principios y reglas pertinentes. Ahora bien, para que ello sea así, será preciso que el Estado miembro de que se trate haya adoptado la decisión previa de externalizarlos realizándolos en un régimen de competencia de mercado. En el trasfondo de este enfoque está el que los Estados miembros con las instancias competentes para delimitar y definir lo que sus servicios de interés general, precisando su régimen organizativo y sistema de financiación, ayudas públicas, etcétera en función de las obligaciones que se derivan del Derecho comunitario y de los imperativos del Derecho interno. Aquí caben opciones diversas de publicación y de liberalización de servicios de interés económico general por las autoridades nacionales.

En cualquier caso, se debe decir con Martha C. Nussbaum, que “son las personas quienes importan en última instancia; los beneficios económicos constituyen solamente medios instrumentales para las vidas humanas, que son sus fines”¹².

La Unión Europea viene complementando las políticas sanitarias nacionales apoyando a los gobiernos de sus países miembros para alcanzar objetivos comunes, compartir los recursos y superar los retos comunes. Además de formular leyes y normas a escala de la Unión para los productos y servicios sanitarios, también proporciona financiación para proyectos sanitarios en toda la Unión. La política de salud de la Unión se centra en la protección y la mejora de la salud, la igualdad de acceso a una asistencia sanitaria moderna y eficiente para todos los europeos, y la coordinación frente a amenazas graves para la salud que afecten a más de un país de la Unión. La prevención y la respuesta a las enfermedades desempeñan un papel destacado entre las prioridades de la Unión en materia de salud pública. La prevención afecta a numerosos ámbitos, como la vacunación, la lucha contra la resistencia a los antibióticos, la lucha contra el cáncer y el etiquetado responsable de los alimentos. Desde el punto de vista institucional se disponen de dos agencias específicas que apoyan a los gobiernos nacionales en cuestiones de salud. El Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades evalúa y supervisa las amenazas de enfermedades emergentes con el fin de coordinar la respuesta. La Agencia Europea de Medicamentos, por su parte, se encarga de la evaluación científica de la calidad, seguridad y eficacia de todos los medicamentos de la UE.

Se debe señalar, por último, que la Comisión Europea presentó en noviembre de 2020 un nuevo marco normativo sobre seguridad sanitaria basado en las experiencias de la pandemia. Este incluyó tres textos legislativos: más poderes para la Agencia Europea del Medicamento, la extensión del mandato del Centro europeo para el control y prevención de enfermedades, y una estrategia ante amenazas sanitarias transfronterizas graves. Con la ampliación de las competencias del Centro europeo para la prevención y control de enfermedades, la Unión Europea pretende mejorar la coordinación en caso de nuevas crisis sanitarias entre los organismos nacionales, comunitarios e internacionales. La crisis ha puesto de relieve la necesidad de que la Unión Europea y sus Estados miembros coordinen mejor sus mecanismos de preparación y respuesta ante emergencias sanitarias como parte de un esfuerzo más amplio para colaborar en la construcción de una Unión Europea de la Salud fuerte y resiliente y contribuir, en cooperación con otros países, a mejorar la seguridad sanitaria mundial. La idea fuerza es reforzar dichos mecanismos de coordinación.

En la post-pandemia, el Centro europeo para el control y prevención de enfermedades se encargará, además, de recabar datos comparables y de vigilar la situación de los sistemas nacionales de salud para determinar si están preparados ante posibles brotes. El Parlamento Europeo también se pronunciará sobre otro conjunto de medidas diseñadas para garantizar que la Unión Europea y los Estados miembros afrontan con eficacia riesgos sanitarios transfronterizos, mediante la mejora de la prevención, la preparación y la planificación de la respuesta. También se introducirán reglas claras sobre adquisiciones conjuntas de medicamentos y equipos médicos. Se ha establecido un primer paquete legislativo desarrollado a partir de las lecciones extraídas de la pandemia de COVID-19¹³. La base jurídica de estas intervenciones de la Unión son, en lo principal, los artículos 168 (protección de la salud pública), 114 (mercado único) y 153 (política social) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); y, asimismo, art. 35 (protección de la salud) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (con rango equivalente a los dos Tratados fundacionales de la Unión en virtud de lo establecido en el art. 6.1 del propio TUE¹⁴).

¹² NUSSBAUM, M., *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Barcelona, Ed. Paidós/Espasa Libros, 2012, p. 217.

¹³ [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020/0320\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020/0320(COD)) <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/priorities/politica-sanitaria-de-la-ue>

¹⁴ Conviene recordar que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) reforzó la importancia de la política sanitaria, al estipular que, «al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión, se garantizará

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- ALFONSO MELLADO, C.L., JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de derechos sociales frente a la crisis económica*, Albacete, Bomarzo, 2014.
- ALONSO OLEA, M., *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Madrid, Ed. Civitas, 1994.
- AÑON ROIG, M.J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- APARICIO TOVAR, J., “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en VV.AA., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a.N. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2002.
- *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Ed. Civitas, Madrid, 1989.
- “Derecho a la asistencia sanitaria”, en VV.AA., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Ed. Laborum, 2016.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, *Los Retos de la Asistencia Sanitaria Española en el contexto de la Unión Europea (XIII Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, Octubre de 2016)*, Murcia, Ed. Laborum, 2016.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, Eds. Paidós, Barcelona, 1998.
- *La sociedad del riesgo global*, Ed. Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 2002.
- BLASCO HERNÁNDEZ, T. y RODRÍGUEZ REINADO, C., *La salud integral*, Madrid, Libros de la Catarata, 2017.
- BORRAJO DACRUZ, E., “Comentario al artículo 43”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución*, Alzaga, O. (Dir.), tomo IV, Madrid, Edersa, 1996.
- CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004.
- “Introducción a la coordinación comunitaria de la asistencia sanitaria en los Reglamentos CEE/1408/71 y CE/883/2004: La jurisprudencia del TJCE y su aplicación en España”, en VV.AA., *Vicisitudes de la aplicación del Derecho Comunitario en España*, Sánchez Rodas Navarro, C. (Coord.), Eds. Laborum, Murcia, 2007.
- “Configuración nacional de los sistemas de salud en la UE: Repercusión en la circulación de asegurados y en la libre circulación de servicios sanitarios”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, *Los Retos de la Asistencia Sanitaria Española en el contexto de la Unión Europea*, XIII Congreso Nacional de la AESSS, Murcia, Ed. Laborum, 2016.

un alto nivel de protección de la salud humana» (Art. 168, apartado 1, del TFUE). La responsabilidad primaria de protección de la salud y, en particular, de los servicios de salud, sigue siendo competencia de los Estados miembros. Sin embargo, la Unión desempeña un papel importante en la mejora de la salud pública, al prevenir y gestionar enfermedades, mitigar las fuentes de peligro para la salud humana y armonizar las estrategias de los Estados miembros en materia de salud. En fechas más recientes, la política de salud pública ha ganado protagonismo en la elaboración de las políticas europeas, con el Parlamento Europeo convirtiendo el cáncer en uno de sus ámbitos de interés ya a comienzos de la novena legislatura, la aparición de la pandemia de COVID-19 y el anuncio por parte de la Comisión de que está trabajando en pro de una Unión Europea de la Salud más fuerte.

- CARRIL VÁZQUEZ, X., *Los derechos de la mujer a la libre elección de las circunstancias del parto. Un estudio comparado e internacional de la atención sanitaria por maternidad, desde la perspectiva del Derecho español*, Barcelona, Ed. Atelier, 2017.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUERO, C., “La protección social de la salud en la Constitución Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.57 (2005).
- CURREA-LUGO, V., *La salud como derecho humano*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.
- DE LORA, P. y ZÚÑIGA FAJURI, A., *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.
- DOYAL, L. y GOUH, I., *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994.
- DURAND, P., *La política contemporánea de la Seguridad Social*, trad. y estudio preliminar de José Vida Soria, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1991.
- ESCOBAR ROCA, G., “El derecho a la protección de la salud”, en VV.AA.: *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Escobar Roca, G. (Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.
- GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBRED, C., “El co-pago de la asistencia sanitaria en el Derecho Comparado”, en VV.AA., *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Murcia, Eds. Laborum, 2006.
- GARCÍA DE CORTÁZAR, C., “¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea?”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.47 (2003).
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., “Solidaridad: Derecho a la protección de la salud”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Europea, vol. 2: Los derechos y libertades*, Álvarez Conde, E. y Garrido Mayor, V. (Dir.), Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- HIERRO HIERRO, F.J., *Problemas de coordinación de la asistencia sanitaria en el Derecho Europeo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- GONZALO GONZÁLEZ, B., *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995.
- HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “El fenómeno del turismo sanitario: la libre circulación de pacientes en la Unión Europea”, en VV.AA., *Estudios sobre Derecho de la Salud*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- JIMENA QUESADA, L.: “Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137, 2018.
- “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.

- “El derecho humano a la seguridad social en el sistema universal de los derechos humanos y el papel central de la OIT”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión en el sistema de Seguridad Social de prestaciones no contributivas (1990-2020)* (V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Celebrado en Madrid, 2021), Murcia, Ed. Laborum, 2021.
- JONÁS, H., *El principio vida. Hacia una biología filosófica*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Ed. Herder, Barcelona, 1995.
- LANDA ZAPIRAIN, J.P., “La Seguridad Social en el Derecho Comunitario (¿La emergencia de un modelo europeo de bienestar social?)”, en VV.AA., *La Seguridad Social a la luz de las reformas pasadas, presentes y futuras*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a.N. (Coords.), Ed. Comares, Granada, 2008.
- LEMA AÑÓN, C., *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.
- LLORENTE ÁLVAREZ, A. y TRILLO GARCÍA, A., “La regulación internacional de la protección de la salud”, capítulo 2º de la obra, VV.AA.: *Comentario Práctico a la Legislación Reguladora de la Sanidad en España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. (Dirs.), Ed. Comares, Granada, 2007.
- LÓPEZ CUMBRE, L., “Los derechos del paciente en situación de dependencia: conexiones entre el sistema nacional de salud y el sistema para la atención y autonomía a la dependencia. Decálogo de un Encuentro”, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 19 -Extra (2010).
- LÓPEZ ESCUDERO, M., “Comentario al artículo 35. Protección de la salud”, en VV.AA., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Mangas Martín, A. (Dir.), González Alonso, L.N. (Coord.), Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
- LÓPEZ INSUA, B.M., *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Murcia, Ed. Laborum, 2017.
- OJEDA AVILÉS, A., “El proceso de integración europea en materia de Seguridad Social: principios, fines y medios”, en *REDT*, núm. 107 (2001).
- “La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84 (2009).
- MARHOLD, F. y PIETERS, D., “Asistencia sanitaria por enfermedad y por maternidad. El nuevo Reglamento de Coordinación de la Seguridad Social (UE) 883/2004”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64 (2006).
- MENGER, A., *El derecho civil y los pobres*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), Granada, 1998.
- MIRANDA BOTO, J.M^a, *Las competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

- MOLINA NAVARRETE, C., “Los ‘sistemas nacionales’ de ‘dependencia’ y ‘asistencia sanitaria’ en el marco del nuevo Reglamento comunitario de “Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social”, en VV.AA.: *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Correa Carrasco, M. (Coord.), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., “Derecho a la asistencia social y médica (artículo 13)”, en MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.), *La garantía de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, Ed. Comares, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., “La ‘Asistencia Sanitaria’ como ‘derecho fundamental’ y el ‘sistema nacional de salud’ como ‘garantía institucional’: Balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, en VV.AA.: *Comentario Práctico a la legislación reguladora de la Sanidad en España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a.N. (Dir. y Coord.), Granada, Ed. Comares, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., “Directiva Marco 89/39/CE como eje del derecho social comunitario de la prevención de riesgos laborales”, en VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Casas Baamonde, M. E. y Gil Alburquerque, E. (Dir.), Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 2ª ed., 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “La Coordinación Comunitaria de los Sistemas de Asistencia Sanitaria (I) y (II)”, en *Revista Aranzadi Social*, núms.5-6 (2010).
- *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2009.
- “Los derechos sociales en el Estado del Bienestar: los derechos sociales como derechos de «desmercantilización»”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995).
- *Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1996.
- *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Ed. Comares, Granada, 2007.
- “El derecho a la Seguridad Social”, en VV.AA., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a.N. (Dir.), Ed. Comares, Granada, 2002.
- “Seguridad Social y Ayuda Social”, en VV.AA., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores y Coordinadores), Ed. Comares, Granada, 2012.
- “Niveles de protección” (El sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales), en VV.AA., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores y Coordinadores), Ed. Comares, Granada, 2012.
- “Protección de la salud”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores y Coordinadores), Ed. Comares, Granada, 2012.
- “Protección del medioambiente (artículo 37)”, VV.AA., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores y Coordinadores), Ed. Comares, Granada, 2012.

- “La salud como derecho humano fundamental”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 9 (2014).
 - “Derecho al Desarrollo”, en Monereo Tienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Ed. Comares, 2014.
 - “Derecho a la protección de la salud (Artículo 11)”, en VV.AA., *La garantía de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017.
 - “Derecho a la seguridad social (Artículo 12)”, en VV.AA., *La garantía de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Monereo Pérez, J.L. y Monereo Atienza, C. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017.
 - “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Ed. Laborum, 2016.
 - “La garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social”, en *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, Ballester Pastor, I., García Viñas, J. y Vicente Palacio, A. (Coords.), Barcelona, Ed. Atelier, 2017.
 - “La garantía jurídica del derecho social fundamental a la salud y la asistencia sanitaria”, en Moreno Vida, M.N. y Díaz Aznarte, M.T., *La protección social de la salud en el marco del estado del bienestar. Una visión nacional y europea*, Ed. Comares, 2019
 - Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 1 (2020).
 - *La garantía de los derechos de seguridad social en la carta social europea en tiempos de crisis*, Murcia, Ed. Laborum, 2021.
 - “El derecho a la salud y a la asistencia sanitaria en los ordenamientos interno e internacional”, en Monereo Pérez J.L., Rivas Vallejo, P., Vila Tierno, F., Moreno Vida, M.N. y Álvarez Cortés, J.C (DIRS), *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, Aranzadi, 2021, Tomo I.
 - “La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen”, en *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12(2) (2022). 1-74. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370>
 - “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022).
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P., *Prevención de riesgos laborales y medio ambiente*, Granada, Ed.Comares, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., VILA TIERNO, F., MORENO VIDA, M.N. y ÁLVAREZ CORTÉS, J.C (DIRS), *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, Aranzadi, 2021, Tomo I 1836 págs y Tomo II 1068 págs.
- NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Eds. Paidós, Barcelona, 2007.

- *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Barcelona, Ed. Paidós/Espasa Libros, 2012
- “Capacidades humanas y justicia social”, en RIECHMANN, J. (Coord.), *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1998.
- OJEDA AVILÉS, A., “La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D., *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*, Ed. Comares, Granada, 2006.
- PERMÁN GAVÍN, J.M^a., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Ed. Comares, Granada, 2005.
- PIETERS, D., *Los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea*, Tesorería General de la Seguridad Social, Madrid, 2004.
- *Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea*, Ed. Civitas-Instituto Nacional de la Seguridad Social, Madrid, 1992.
- “Coordinación de la Seguridad Social para un nuevo tipo de personas móviles”, en VV.AA., *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas*, MTAS, Madrid, 2003.
- “Asistencia sanitaria, diez áreas de actuación”, en VV.AA., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Ed. Laborum, 2016.
- QUIRÓS HIDALGO, J.G., “La participación del beneficiario en el coste de la prestación farmacéutica”, en VV.AA., *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Eds. Laborum, Murcia, 2006.
- RAEPENBUSCH, S.V., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.
- RAVENTÓS, D., *Las condiciones materiales de la libertad*, El Viejo Topo, Barcelona, 2008.
- RIVERO LAMAS, J., *Protección de la salud y Estado Social de Derecho*, Real Academia de Medicina, Zaragoza, 2000.
- RODOTÁ, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V., *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: Tensiones y desafíos en su articulación*, Granada, Ed. Comares, 2016.
- *El régimen jurídico de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud tras las últimas reformas*, Murcia, Ed. Laborum, 2018.
- ROMERO-CASABONA, C (Dir.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Bilbao, Universidad Deusto/Ed. Comares, 2004.
- SÁNCHEZ, E., “El principio de precaución: implicaciones para la salud pública, en *Gaceta sanitaria: Órgano oficial de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria*, Vol. 16, núm. 5 (2002).

- SÁCHEZ RODAS, C. (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social*, Murcia, Ed. Laborum, 2010.
- SALCEDO BELTRÁN, C. (DIR), *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- SEN, A., *La idea de la justicia*, trad. Hernando Valencia Villa, Ed. Taurus/Santillana Editores, Madrid, 2010.
- TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Los procedimientos de liquidación y recaudación en materia de Seguridad Social en los Estados miembros de la Unión Europea*, Documento de Trabajo, TGSS, Madrid, 2010.
- TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Observatorio del fraude: una experiencia sobre el seguimiento del fraude en la Seguridad Social Española*, Documento de Trabajo, Madrid, TGSS, 2010.
- TRILLO GARCÍA, A.R., “La coordinación de las prestaciones sanitarias en los Reglamentos Comunitarios 883/2004 y 987/2009”, en VV.AA., *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.), Eds. Laborum, Murcia, 2010.
- TORTUERO PLAZA, J.L., “El derecho a la asistencia sanitaria española: asegurados y beneficiarios”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea (XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, celebrado en Madrid, octubre de 2016)*, Murcia, Ed. Laborum, 2016.
- VENTURI, A., *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, trad. Gregorio Tudela Cambronero, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.
- VIDA FERNÁNDEZ, J., “Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicio”, en VV.AA., *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Parejo, L., Palomar, A. y Vaquer, M.(Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2004.
- VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L.y MALDONADO MOLINA, J.A., “Solidaridad y protección social en el marco de la Constitución europea”, en QUESADA SEGURA, R.: *La Constitución europea y las relaciones laborales*, CARL, Sevilla, 2004.
- VV.AA., *Problemática de la Seguridad Social Europea*, Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Ed.Comares, Granada, 1999.
- VV.AA., *European Social Security and Global Politics*, Danny Pieters (ed.), Kluwer Law International, London-The Hague-New York, 2003.
- VV.AA., *Comentario Práctico a la Legislación Reguladora de la Sanidad en España*, Monereo Pérez,J.L., Molina Navarrete,C. y Moreno Vida, Mª.N. (Dirs), Ed.Comares, Granada, 2007.
- VV.AA., *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Correa Carrasco, M. (Coord.), Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2008.
- VV.AA., *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Parejo, L., Palomar, A.y Vaquer,M.(Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2004.
- VV.AA., *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VALVERDE, Mª (Dirs.), Ed.Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

- VV.AA., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores y Coordinadores), Ed. Comares, Granada, 2012.
- VV.AA., *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores y Coordinadores), Ed. Comares, Granada, 2014.
- VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Casas Baamonde, M.E. y Gil Alburquerque, R. (Dirs.), Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 2018.
- VV.AA., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Editorial Laborum, 2016.
- WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, FCE, México, 1997.