

# EL ESPACIO COMÚN SANITARIO EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿UNA REALIDAD O UN MITO?

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (\*)

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA AUSENCIA DE UN MARCO NORMATIVO SUFICIENTE.—3. POLÍTICAS COMUNITARIAS EN EL ÁMBITO DE LA SALUD: RELACIÓN DE ALGUNOS EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS.—4. LA DIFERENTE EVOLUCIÓN EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA.—5. DIFICULTADES PARA EL DESARROLLO DE UNA POLÍTICA COMÚN SANITARIA: ANÁLISIS DE MOTIVOS.—6. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO VERDADERO IMPULSOR DEL ESPACIO COMÚN SANITARIO: EL CASO DEL TURISMO SANITARIO.—7. LA RESPUESTA POLÍTICA AL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA DIRECTIVA DE ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA.—8. LECCIONES PARA EL FUTURO SISTEMA SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS.—9. CONCLUSIONES.

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Pontificia Comillas (ICADE).

## 1. INTRODUCCIÓN

Si existe un paradigma de las dificultades que encuentra la construcción de una futura Europa unida éste es, precisamente, el espacio común en el ámbito de la salud y, en especial, en lo que se refiere a la gestión y prestación de servicios sanitarios. De este modo, si bien parece que el objetivo de un espacio común europeo con carácter general se encuentra ya en un proceso bastante avanzado, ello no parece haber alcanzado a la política sanitaria. Puede afirmarse, de este modo, que si bien existen algunas políticas sanitarias concretas en el ámbito de la Unión Europea, por el contrario, no existe una política sanitaria común.

Un ejemplo muy relevante de tal ausencia de una verdadera política común sanitaria es la ausencia de un Comisario europeo de salud, siendo las competencias sanitarias asumidas, fundamentalmente, por la Dirección General de Salud Pública y Protección de los Consumidores (*Directorate General for Health and Consumers, DGSAACON*)(1).

Además, ello resulta especialmente trascendente por dos motivos:

---

(1) Puede accederse a dicha Dirección General a través de la página web, [http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/index_en.htm).

a) La importancia económica del sector sanitario

En primer lugar, desde un punto de vista económico, ya que el importe de actividad que supone la gestión y prestación de servicios sanitarios en la Unión Europea alcanza una media superior ya al nueve (9,6 por 100) por ciento del Producto Interior Bruto (PIB) (2). Dicho importe viene incrementándose año a año, de manera que las perspectivas futuras nos sugieren una media bastante superior. Así, el gasto global de sanidad aumentó desde aproximadamente el 5 por 100 del PIB en 1970 hasta más del 8 por 100 en 1998, produciéndose el incremento más importante antes de 1990. El gasto público de sanidad ha seguido la misma tendencia: crecimiento más rápido que el del PIB desde 1970 hasta 1990 (su porcentaje en el PIB se incrementó del 3,9 al 6 por 100 aproximadamente), y evolución más moderada desde 1990, en particular debido a los esfuerzos realizados por todos los países para controlar los gastos (3). Además, los datos relativos a los últimos diez años sugieren que se está produciendo una ralentización de la ratio «gastos sanitarios/PIB» (4).

En todo caso, la importancia de esta partida presupuestaria sigue siendo significativa y aumenta de forma regular (5). Por ello, se ha afirmado que «*increasing effectiveness and efficiency of health care and long-term care and getting more money out of the resources allocated to the sector are likely to become one of the most important challenges in the coming years*» (6).

---

(2) European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13.

(3) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de diciembre de 2001, sobre el futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera, p. 4.

(4) Sin embargo, no parece que quepa atribuir dicha ralentización a la crisis económica, ya que no se ha observado una disminución significativa del gasto sanitario ni siquiera cuando se aminora el crecimiento económico. *Vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre «La asistencia sanitaria», p. 3.

(5) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre «La asistencia sanitaria», p. 3.

(6) European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13.

Sin embargo, tampoco podemos olvidar que la máxima «a mayor gasto sanitario mejor asistencia y sistema sanitarios» no es real. Tanto la Organización Mundial de la Salud como la OCDE han señalado que «*the best health status is not always found in those countries that spent the most on health*» (7).

Así, existen oportunidades para los Estados de promover la mejora de la calidad de la asistencia sanitaria sin incrementar o, incluso, reduciendo el actual nivel de recursos empleados en salud

Este crecimiento del gasto es consecuencia, sustancialmente, de tres hechos bien conocidos: el envejecimiento de la población, el avance tecnológico y el incremento constante de la demanda por parte de los ciudadanos (8). Junto a estos, también se ha apuntado algún otro, tal como sería el cambio climático y su incidencia en la salud de la población (9).

También se ha apuntado el incremento de la litigiosidad sobre la actuación de los médicos (*malpractice*) y el incremento de coste que provoca la medicina defensiva que puede derivarse del temor de los profesionales a verse expuestos a una reclamación. Sin embargo, los estudios que han analizado dicha cuestión no le otorgan excesiva importancia en relación con el incremento del coste de los servicios sanitarios (10).

#### aa) *Envejecimiento de la población*

Si el envejecimiento de la población es uno de los factores que más influyen irremediamente en el gasto sanitario, los datos

---

(7) European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 77.

(8) Se ha calculado que dicho importe puede incrementarse en breve entre 0,7 y el 2,2 por 100. *Vid.* European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, p. 13. En Alemania, el gasto sanitaria superaba en 2004 el 10 por 100 (11,1 por 100).

(9) European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13.

(10) Véase, por ejemplo, G. F. ANDERSON, *et al.*, «Health spending in the United States and the rest of The industrialized World. Examining the impact of waiting lists and litigation reveals no significant effects on the US health spending differential», *Health Affairs*, vol. 24, n. 4, pp. 903-914.

sobre dicho envejecimiento en las próximas décadas advierten de un importante crecimiento del gasto. Así, las previsiones de Eurostat indican que el porcentaje de personas de 65 años de edad y más en el conjunto de la población aumentará del 17,1 por 100 en el año 2008 al 30 por 100 en 2060, y se prevé que aumente en casi setenta millones de personas. La proporción media entre las personas en edad de trabajar (15-64 años) y las de 65 años o más variará del 4:1 actual al 2:1 en el año 2050 (11). Se prevé también que la población de edad «muy avanzada» (mayores de ochenta años) será la que registre un crecimiento más rápido (12). También, en 2050, según los datos facilitados por Eurostat, la longevidad alcanzará, de media, los 79,7 años, para los hombres, y 85,1 años, para las mujeres.

Varios estudios recientes, realizados en siete países industrializados, parecen confirmar que durante el último decenio el efecto demográfico en el ritmo de progresión de los gastos equivale al 1 por 100 en términos de volumen. Esta progresión se divide a partes iguales entre el crecimiento global de la población y el efecto de envejecimiento (13).

Entre los factores directamente relacionados con el envejecimiento de la población y que tienen una incidencia importante en el gasto, la Comisión ha destacado los tratamientos de larga duración, en lo que, además, inciden notablemente las nuevas estructuras familiares más reducidas y más inestables, ya que podrían acabar con las redes familiares de solidaridad y dificultar los cuidados proporcionados dentro de las familias (14).

---

(11) Dictamen 2011/C44/02 del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Los efectos del envejecimiento de la población en el sistema sanitario y la protección social» (Dictamen exploratorio), C 44/11.

(12) Libro verde de la Comisión de 10 de diciembre de 2008, sobre el personal sanitario europeo, p. 3.

(13) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre «La asistencia sanitaria», p. 3.

(14) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de diciembre de 2001, sobre el futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera, p. 5.

Por ello, junto a las medidas de contención del gasto, se está promoviendo desde la Unión Europea el concepto de *envejecimiento sano o saludable*. Tal propuesta parte de la idea de que el envejecimiento como tal de la población no genera mayores gastos, sino el envejecimiento acompañado de falta de salud (15).

Como apunta el Comité Económico y Social Europeo, *«el ser humano envejece desde el momento en que nace. Por eso es importante que toda su vida discurra —en la medida de lo posible— en condiciones satisfactorias. Se trata de comenzar y acabar bien la vida. El envejecimiento sano empieza mucho antes de la jubilación y está influido, entre otras cosas, por las condiciones de vida y de trabajo, así como por la disponibilidad de recursos. Si se es consciente de lo anterior, resulta lógica la exigencia de responsabilizarse del propio envejecimiento. El envejecimiento responsable exige un aprendizaje permanente. Para ello es preciso elaborar nuevas estrategias y políticas de aprendizaje permanente a escala nacional, regional y local en el ámbito de la educación sanitaria, que deberán abarcar todas las modalidades del aprendizaje»* (16).

Esta misma idea de envejecimiento sano o saludable se recoge en el Libro Blanco de la Comisión, *«Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)»*, de 23 de octubre de 2007. Para la Comisión, favorecer el envejecimiento saludable significa, por un lado, promover la salud a lo largo de toda la vida, a fin de prevenir desde una edad temprana los problemas de salud y las discapacidades, y por otro, luchar contra las desigualdades en materia de salud asociadas a factores sociales, económicos y medioambientales.

El envejecimiento de la población afecta a la sanidad en un doble sentido. No sólo supone, como acabamos de señalar, un incremento

---

(15) Dictamen 2011/C44/02 del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Los efectos del envejecimiento de la población en el sistema sanitario y la protección social» (Dictamen exploratorio), C 44/11.

(16) Dictamen 2011/C44/02 del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Los efectos del envejecimiento de la población en el sistema sanitario y la protección social» (Dictamen exploratorio), C 44/12.

de los gastos, sino que también afecta a los propios profesionales que trabajan en el sector. Entre 1995 y 2000, el número de médicos menores de cuarenta y cinco años descendió un 20 por 100 en toda Europa, mientras el número de los que superan esa edad aumentó más del 50 por 100. También va subiendo la media de edad del personal de enfermería; en cinco Estados miembros, casi la mitad de este personal tiene más de cuarenta y cinco años (17). De este modo, en los próximos años se producirá la jubilación de un importante número de profesionales. Por ello, si el nuevo escenario del envejecimiento demográfico y de los cuidados de larga duración exigirá contar con un importante número de profesionales, esa necesidad de contratación tendrá lugar en un contexto de estabilización o de reducción de la población activa.

Téngase, en cuenta, además, la importancia que los recursos humanos del sector sanitario tiene en la Unión. Así, en 2002 la cifra del personal empleado en dicho sector se elevaba a 17,5 millones de personas para la Unión Europea de 25 Estados miembros, es decir, el 9,3 por 100 del total de la fuerza de trabajo (18).

ab) *Avance tecnológico*

Respecto del avance tecnológico, tal elemento produce efectos en un doble sentido, ya que si bien incide notablemente en el incremento del gasto sanitario, pues dicho avance supone en muchas ocasiones que sea difícil amortizar las inversiones efectuadas, exigiéndose una renovación constante de material y aparataje, también es cierto que tal avance puede suponer también una reducción de costos. A este respecto, como se recoge en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 30 de abril de 2004, sobre la salud electrónica (hacia una mejor asistencia sanitaria para

---

(17) Libro verde de la Comisión de 10 de diciembre de 2008, sobre el personal sanitario europeo, p. 6.

(18) *Vid. Employment in Europe 2003*. En España el sistema sanitario es el principal empleador del país, trabajando 1.129.200 personas en él. J. M. ARANAZ, C. AIBAR, J. VITALLER y J. J. MIRA (dirs.), *Gestión sanitaria. Calidad y seguridad de los pacientes*, Díaz de Santos, Madrid, 2008, p. 3.

los ciudadanos europeos: plan de acción a favor de un espacio europeo de la salud electrónica), los sistemas de salud electrónica pueden desempeñar un papel importante a la hora de hacer frente a estas presiones consiguiendo que el sector de la salud sea más productivo y ofrezca resultados mejores consumiendo menos recursos.

Este incremento del gasto por el avance científico se produce, además, en un contexto de actividad muy atípico en el que el juego de la oferta y la demanda se desenvuelve de manera diferente. La oferta —los médicos— determina en gran parte la demanda, en ocasiones a expensas de una evaluación sistemática de los beneficios reales que las innovaciones tienen sobre la salud y del coste que representan para la colectividad. Por otra parte, los pacientes —que actualmente tienen más formación e información— piden las últimas moléculas o terapias, de modo que ejercen una presión sobre los médicos; esa presión es particularmente importante en los países donde hay libre elección de médico. Esta presión de la demanda tiene gran importancia, y puede medirse en lo que respecta a los medicamentos, ya que, casi siempre, las moléculas más recientes son más caras (19).

ac) *Incremento de la demanda*

Por último, por lo que se refiere al incremento de la demanda, el Comité Económico y Social Europeo ha destacado el denominado *efecto generación*. Este viene referido al hecho de que las generaciones recientes de usuarios de la sanidad están acostumbradas a disfrutar de unas prestaciones sanitarias más importantes que las anteriores, que no siempre tuvieron un acceso a la asistencia sanitaria equivalente al que se ofrece hoy en día.

Para dicha Institución cabe, por ello, razonablemente pensar que este factor podrá producir un efecto acelerador del gasto sanitario cuando estas generaciones alcancen una edad más avanzada, si el ac-

---

(19) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de diciembre de 2001, sobre el futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera, p. 7.



ceso a la asistencia se favorece correctamente durante la vida activa desde los años de formación elemental (20).

Interesante también, en relación con el incremento de la demanda, es el efecto de *la medicalización de los problemas sociales*. Así, las inseguridades sociales de todo tipo (desempleo, precariedad, estrés, discriminaciones, polución, etc.) tienen un impacto creciente en los estados y los gastos de sanidad (21).

b) Percepción de los ciudadanos sobre protección de la salud

En segundo lugar, la política que estamos abordando resulta también trascendente en la medida que parece evidente que los ciudadanos europeos consideran que la protección de la salud constituye una de las políticas públicas más importantes para su propio bienestar y seguridad (22). Si existe una prestación pública que los ciudadanos han asumido como irrenunciable, una vez desarrollado el Estado de bienestar, esta es precisamente la protección de la salud. Por ello, la propia Unión Europea es consciente de que su avance hacia un marco político y económico más homogéneo pasa, inexorablemente, por las políticas sanitarias comunes. Los responsables de la Unión Europea han ido tomando conciencia de que la participación de los ciudadanos en la construcción de esta nueva Europa sólo era posible si éstos percibían que el proceso iba a suponer una mejora de la calidad de vida. A este respecto, si los ciudadanos percibieran que el avance de la Unión provocará necesariamente una mejora de la gestión y prestación sanitaria, es muy probable que la base social que apoyara tal evolución se incrementase.

Ejemplo de tal importancia social y política es que la protección de la salud aparece ya recogida no sólo en normas emanadas del

---

(20) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre «La asistencia sanitaria», p. 3.

(21) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre «La asistencia sanitaria», p. 4.

(22) Más aún, como se ha llegado a apuntar, el desarrollo del Estado social ha hecho que el propio Estado y los servicios públicos se conviertan en algo aditivo para los ciudadanos y, en especial, ello vendría a ocurrir en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios.

Parlamento, sino en las propias Constituciones europeas que se han ido aprobando tras la Segunda Guerra Mundial en Europa, y, en especial, tras la caída del muro de Berlín.

No estamos, por tanto, refiriéndonos a una política común poco relevante o meramente accesoría, sino a una política que tanto desde un punto de vista económico como político y social es indispensable para la construcción de una verdadera Unión Europea.

En definitiva, en el presente trabajo vamos a valorar en términos jurídicos cuál es la posibilidad real de que la Unión Europea pueda desarrollar una política común en el ámbito sanitario, es decir, un espacio común sanitario. Nuestro análisis se centrará exclusivamente en dicho ámbito, sin que pretendamos hacer reflexión alguna sobre el futuro de la propia Unión Europea que vaya más allá de lo estrictamente sanitario. Pretendemos, por tanto, analizar cuáles son las posibilidades reales, desde una aproximación esencialmente jurídica, de la creación de un espacio común sanitario en la Unión Europea y cuáles serían los instrumentos legales para ello. A continuación analizaremos si tal posibilidad es realmente conveniente, atendiendo a los problemas, fundamentalmente económicos y de competencia, que pudiera crear. Así pues, estudiaríamos en primer lugar si tal alternativa es real y, a continuación, si es conveniente para una mejor protección de la salud pública de los ciudadanos de los Estados miembros.

Partiremos, pues, de un enfoque esencialmente jurídico sobre la posibilidad legal de tal hipótesis para concluir con un análisis de conveniencia que también estimamos necesario para poder abordar el problema de una manera completa.

Los problemas derivados de la construcción de un espacio común sanitario en el ámbito de la Unión Europea no constituyen un tema excesivamente abordado por la doctrina científica. En muchas ocasiones, los problemas del desarrollo de las políticas comunes en la Unión Europea se analizan de una perspectiva global y no desde una perspectiva sectorial, de manera que las conclusiones no atienden a los problemas concretos que, sobre la política general de la Unión Europea, tienen ciertas políticas concretas. El ejemplo para-

digmático de ello sería la política sanitaria, lo que, además, reviste sustancial importancia, tanto por la importancia que los ciudadanos otorgan a la protección de la salud como por la relevancia que la actividad sanitaria tiene en el mercado económico y el PIB de los Estados miembros.

## 2. LA AUSENCIA DE UN MARCO NORMATIVO SUFICIENTE

Ciertamente, el avance de la Unión Europea hacia la creación de un espacio único europeo ha ido extendiéndose progresivamente a ámbitos superiores a la mera idea original de un mercado único económico. Ello ha sido posible desde un punto de vista jurídico, sobre todo, gracias al Tratado de Maastricht. A este respecto, son buena muestra de que la mera unión económica ha ido más allá de su aspiración inicial, las políticas comunitarias relativas a la materia social. Así, si bien el Tratado originario de la Comunidad Económica Europea tan sólo contenía algunas disposiciones relativas a la materia social (véase, el art. 117 que recogía la promoción de la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores), habiéndose centrado las primeras políticas comunitarias en la mera realización de los principios de libre circulación de ciudadanos (principalmente, trabajadores) y mercancías, será en los años ochenta cuando empieza a cambiar dicha tendencia. En tal periodo, y sobre todo, a partir del citado Tratado de Maastricht, se incluyen en los planes comunitarios dos políticas directamente relacionadas con el bienestar: la investigación y el desarrollo tecnológico y la protección ambiental (23).

También, debe citarse el Tratado de Ámsterdam con mejoras muy significativas en el ámbito de las políticas sociales y en el que, de manera definitiva, se concluye que la política social ya no ha de vivir al margen de la construcción de la Unión Europea (24).

---

(23) S. MUÑOZ MACHADO, J. F. MESTRE DELGADO y V. ÁLVAREZ GARCÍA, «La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 320 y 321.

(24) Se ha apuntado por algunos autores que tal cambio de criterio por parte de la Unión Europea respecto de las políticas sociales vino, en gran parte, motivado por la vic-

Igualmente, la política común en materia de seguridad social provocó la aprobación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, del Reglamento (CEE) núm. 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, y del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y de la Comisión, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Dichas normas, al amparo de la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social, han permitido cierta coordinación de las políticas sanitarias (véase, por ejemplo, el caso de trabajadores residentes en un Estado miembro diferente al de origen que han de recibir asistencia sanitaria), en la medida que en Europa ha existido y sigue existiendo, sobre todo, en los modelos sanitarios tipo *Bismarck*, una relación directa entre cotización y derecho a la asistencia sanitaria (25).

Así, si bien es cierto que la Unión ha ido extendiéndose a ámbitos más ambiciosos que la mera política común económica, ello también ha sido posible por la previa existencia de un marco normativo adecuado que ha permitido avanzar en dicha dirección. Sin embargo, por lo que se refiere a las políticas sanitarias el marco normativo no permite tal avance, ya que las previsiones contenidas en las normas comunitarias son las primeras que limitan tal alternativa, so pena de extender el principio comunitario de subsidiariedad más allá de lo

---

toria del Partido Laborista en el Reino Unido, ya que tradicionalmente había sido dicho Estado el que había vetado continuamente la pretendida construcción de una Europa social. Vid. S. MUÑOZ MACHADO, J. F. MESTRE DELGADO y V. ÁLVAREZ GARCÍA, «La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *op. cit.*, p. 322.

(25) Por el contrario, los modelos que se inspiran en el sistema *Beveridge* o de sistema nacional de salud, no responden a tal conexión entre cotización a la seguridad social y derecho a la prestación sanitaria. Sin embargo, la gran mayoría de los modelos europeos se inspiraban en sus inicios en esa ecuación. Por ejemplo, en España el cambio de modelo se produce a partir de 1986 con la Ley General de Sanidad y, fundamentalmente, a partir de 1994 con la nueva Ley General de la Seguridad Social. A partir de dicho momento, la financiación de la asistencia sanitaria se basaría, principalmente, en la recaudación de impuestos y ya no en las cuotas de la seguridad social.

que, inicialmente, parece posible (26). Una mera lectura de las normas constitutivas son buena muestra de ello.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (que recibía la anterior denominación de Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea o, más comúnmente, Tratado de Roma), en su redacción actual, tras modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa de 2007, recoge varias previsiones acerca de la salud y las políticas sanitarias. Sin embargo, tales previsiones se limitaban a la mera cooperación y apoyo de las políticas nacionales. Sin perjuicio de ello, sí podemos destacar la salud pública, ya que el artículo 168 (anterior art. 152 del Tratado de Roma) dispone, junto a la garantía de un alto nivel de protección de la salud humana, un fomento de las políticas comunes en dicha materia: *«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»*. En todo caso, como podemos observar, se trata de un mero complemento.

Además, en el apartado 7 del citado artículo 168 se dispone que *«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. Las medidas contempladas en la letra a) del apartado 4 se entenderán sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de donaciones o uso médico de órganos y sangre»*.

---

(26) El principio de subsidiariedad constituye, a partir del Tratado de Maastricht, una regla de funcionamiento de la Unión Europea y, en concreto, del ejercicio de las competencias comunitarias. Se utiliza para definir la frontera entre las competencias de los Estados miembros y las de la Unión Europea. De manera resumida, podemos señalar que el mismo implica que la Unión Europea intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no pueda ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión (art. 5.3 Tratado de la Unión Europea).

Así pues, al amparo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, si bien se abre camino ya un marco normativo en materia de salud pública, ello no incide en la gestión y prestación de servicios sanitarios y, más aún, en la propia configuración por parte de los Estados miembros de las políticas de atención sanitaria. Podemos concluir, pues, que el impacto en materia sanitaria es nulo o, al menos, muy limitado, dado que siempre deben primar los intereses nacionales sobre los comunitarios.

En dos ámbitos en los que dicho artículo 168 supone una novedad y que permite afirmar que inicia el camino hacia un marco común sanitario son el de los órganos, sangre y sustancias humanas y el de los medicamentos, ya que el apartado 4 de dicha norma dispone que, en ambos, el Consejo y el Parlamento Europeo podrán adoptar medidas que contribuyan a la consecución de los objetivos previstos en el mismo.

Por su lado, el Tratado de Maastricht también se ocupó de la materia sanitaria. En concreto, su artículo 129 dispone, literalmente, que:

*«1. La Comunidad contribuirá a la consecución de un alto nivel de protección de la salud humana fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando la acción de los mismos.*

*La acción de la Comunidad se encaminará a la prevención de las enfermedades, especialmente de las más graves y ampliamente difundidas, incluida la toxicomanía, apoyando la investigación de su etiología y de su transmisión, así como la información y la educación sanitarias.*

*Las exigencias en materia de protección de la salud constituirán un componente de las demás políticas de la Comunidad.*

*2. Los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, coordinarán entre sí sus políticas y programas respectivos en los ámbitos a que se refiere el apartado 1. La Comisión, en estrecho contacto con los Estados miembros, podrá adoptar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación.»*

Sin embargo, como del tenor literal de la norma se deduce, la política común sanitaria queda limitada a una mera competencia de

fomento de la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, de apoyo a la acción de los mismos. Ciertamente es, como veremos más adelante, que la política sanitaria referida a la salud pública si parece encontrar en dicha norma un mayor espacio de desarrollo, lo que ha provocado que si en la actualidad pudiera hablarse de una verdadera política común sanitaria, esta quedaría referida necesariamente a la salud pública.

Además, la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea limita también el marco de actuación. Así, si bien la Carta sitúa la protección de la salud en su cabecera (art. 3), a través de la proclamación del derecho a la integridad física y psíquica, en su artículo 35 dispone, literalmente, que «*Toda persona tiene derecho 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 alto nivel de protección de la salud humana*» (27).

Por último, debemos incluir en esta revisión de la normativa comunitaria, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios de mercado interior, la cual ha excluido de su campo de aplicación a los servicios sanitarios (28).

En definitiva, el marco normativo no parece permitir, en principio, avanzar más allá de la mera cooperación y apoyo por parte de la

---

(27) En la propia Constitución Europea (European Convention) la salud ocupaba un papel secundario, aunque muchos de sus objetivos prioritarios estuvieran directa o indirectamente relacionados con la salud. Vid. W. M. KÜHN, «El modelo social instaurado por la Constitución Europea: análisis desde la perspectiva de la protección de la salud pública», *Revista Derecho y Salud*, vol. 14, marzo 2006, p. 30. Vid., también, P. BELCHER, M. MCKEE y T. ROSE, «Is health in the European Convention?», *Eurohealth*, vol. 9, núm. 2, 2003, p. 1.

(28) Sin embargo, algún autor apunta que tal exclusión de la Directiva de Servicios de la actividad sanitaria es tan sólo formal, de manera que no habrá que esperar mucho para que dicho sector de la actividad quede plenamente incorporada al Derecho de la Unión Europea y al espacio único. Vid. C. BAES, «La justificación del intervencionismo administrativo en el sector del medicamento: especial referencia a la autorización sanitaria», *Revista de Derecho y Salud*, vol. 21, número extraordinario XIX Congreso, pp. 30 y 31.

Instituciones comunitarias a las políticas sanitarias nacionales. Junto a ello, no debemos tampoco olvidar que los primeros pasos dados al respecto por las Instituciones comunitarias se orientaron hacia el respeto a dicha voluntad contenida en el Tratado de Maastricht de no desarrollar políticas comunes que excedieran de la mera cooperación y apoyo. Así pues, no sólo la norma limitó el espacio para el desarrollo de una política común, sino también la propia voluntad de las Instituciones comunitarias. De este modo, la Unión Europea mantuvo inicialmente resistencia a desarrollar las competencias comunitarias en materia de salud, debido, sobre todo, a que primaban los aspectos del mercado común económico. De este modo, la salud únicamente será abordada cuando se relacionaba con las necesidades del mercado económico (29) y, además, con una clara vocación de no traspasar lo que era una mera competencia comunitaria de cooperación y apoyo.

En todo caso, ello plantea un dilema evidente, ya que si uno de los sectores económicos más relevantes es el sanitario, ¿cómo puede quedar fuera del mercado común? ¿Cómo conjugamos que la asistencia sanitaria sea una competencia estatal con la libre circulación de profesionales y pacientes en el marco de la Unión Europea?

El ejemplo de los medicamentos es, a estos efectos, paradigmático. Los medicamentos son uno de los sectores más regulados por la Unión Europea, que legisla desde la protección de patentes a las condiciones para la aprobación, distribución y publicidad de las medicinas, aunque los precios y su inclusión en el catálogo de prestaciones, sin embargo, son responsabilidad de los Estados miembros. Además, como se ha encargado de denunciar el Comité de las Regiones, la política sobre medicamentos se ha venido abordando por las Instituciones comunitarias desde una faceta más industrial que sanitaria (30).

---

(29) M. McKEE, E. MOSSIALOS y P. BELCHER, «The influence of European Community Law on National Health Policy», *Journal of European Social Policy*, num. 6, vol. 4, pp. 263-268.

(30) Dictamen del Comité de las Regiones de 9 de abril de 2008, sobre el «Libro Blanco. Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)», C 172/42.



Por ello, y dado que la escisión entre política económica común y espacio común sanitario es, a la postre, insostenible, poco a poco se ha ido forjando la idea de que el logro de un alto nivel de protección de la salud constituye ya un objetivo de la acción comunitaria y que el mercado único exige avanzar hacia dicho espacio común. El avance es tímido, sobre todo, por la falta de respaldo normativo en los Tratados Constitutivos, pero no, por ello, inexistente. Incluso, parece que existe ya a nivel de los propios Estados miembros una voluntad decidida en este sentido. Parece que el deseo actual es que en todas las políticas comunitarias se integren consideraciones sanitarias, que se trabaje por la reducción de las desigualdades en materia sanitaria, que la Comunidad desempeñe un papel decisivo en la sanidad a nivel mundial; y que se haga hincapié en la promoción de la salud y en la mejora de la información sanitaria(31).

La suposición de que la integración económica europea está separada de las responsabilidades puramente nacionales en sanidad tiene que ser cuestionada, puesto que el sistema sanitario es parte importante de la economía, de modo que es imposible regular uno de ellos sin ocasionar efectos en el otro. Restringir la política sanitaria en el ámbito de los Estados miembros mientras se fomenta la integración económica a escala de la Unión Europea no crea una separación clara, ni siquiera significativa(32).

Por ello, es imposible regular uno de ellos sin ocasionar efectos en el otro. Restringir la política sanitaria en el ámbito de los

---

(31) La Comisión organizó en 2004 una consulta abierta en la que se preguntaba sobre la acción futura de la UE en el ámbito de la salud (Proceso de reflexión sobre la política sanitaria de la UE: [http://ec.europa.eu/health/ph\\_overview/strategy/reflection\\_process\\_en.htm](http://ec.europa.eu/health/ph_overview/strategy/reflection_process_en.htm)). En 2007 se llevó a cabo una segunda consulta sobre los aspectos operativos y las prioridades de una futura estrategia ([http://ec.europa.eu/health/ph\\_overview/strategy/results\\_consultation\\_es.htm](http://ec.europa.eu/health/ph_overview/strategy/results_consultation_es.htm)).

(32) *Vid.* Proyecto Biomed sobre el «Impacto de las normativas del Mercado Único de la Unión Europea en los servicios sanitarios públicos de los Estados miembros». Se recoge un resumen de dicho informe en F. SILIÓ VILLAMIL, M. A. PRIETO RODRÍGUEZ y N. ROMO AVILÉS, «Impacto de las políticas de la Unión Europea sobre los sistemas sanitarios», en VVAA, *Informe SESPAS 2002: Invertir para la salud. Prioridades en salud pública*, pp. 343-376; y también en P. S. ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA, «La asistencia sanitaria en la unión Europea y la libre circulación de los usuarios», *Revista Derecho y Salud*, número extraordinario XI Congreso Derecho y Salud, pp. 63-76.

Estados miembros mientras se fomenta la integración económica a escala europea no permite una separación clara y significativa. Y es que la libre circulación de personas, bienes, servicios y capital significa también el libre movimiento de profesionales sanitarios, de usuarios, de medicamentos, de tecnología, de servicios sanitarios (33).

Además, como señala el Comité Económico y Social Europeo, si bien la organización y el control de los sistemas sanitarios también son cometido y responsabilidad, según el Tratado de Lisboa, de los Estados miembros y que las instituciones comunitarias se limitan a prestar apoyo a los Estados miembros en esta tarea, corresponde a la Unión Europea garantizar el acceso a las prestaciones sanitarias, tal como exige también la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (34). La ausencia de auténticas competencias comunitarias en materia de políticas sanitarias nacionales, no puede justificar el mantenimiento de una indiferencia conceptual y política ante las múltiples problemáticas que presenta la sanidad (35).

Por otro lado, si uno de los principios básicos bajo el cual se construye la Unión Europea es el de libre circulación de ciudadanos, podemos afirmar que tal principio no quedará satisfecho mientras no haya una política sanitaria común. La relación entre libre circulación y marco sanitario común es inescindible. Como afirma PEMÁN GAVÍN, la libre circulación de personas se ve ciertamente favorecida si se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria pública en el lugar de estancia y se reducen o simplifican los trámites y formalidades necesarios para beneficiarse de dicho derecho, ya que no cabe duda de que los viajes y estancias en otros Estados miembros —la movilidad, por tanto, de las personas— se facilitan si se eliminan los riesgos inherentes a las alteraciones sobrevenidas de la salud producidas en el extranjero y los gastos o trámites

---

(33) *Vid.* Proyecto Biomed sobre el «Impacto de las normativas del Mercado Único de la Unión Europea en los servicios sanitarios públicos de los Estados miembros».

(34) Dictamen 2011/C44/02 del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Los efectos del envejecimiento de la población en el sistema sanitario y la protección social» (Dictamen exploratorio), C 44/15.

(35) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre «La asistencia sanitaria», p. 9.

inherentes a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del país de residencia (36).

Para concluir con esta revisión de la legislación, debemos citar dos documentos recientes que, si bien no tienen carácter normativo *stricto sensu*, si recogen cuáles son los objetivos y líneas estratégicas que la Unión Europea se propone acometer en el futuro en el ámbito de la salud y la prestación de servicios sanitarios.

En primer lugar, la Carta de Tallin para el fortalecimiento de los sistemas sanitarios de los Estados miembros, que surge de una reunión de los ministros de sanidad comunitarios celebrada en Tallin del 25 al 27 de junio de 2008. Dicha Carta no sólo proclama el derecho fundamental al más alto nivel posible de salud, sino que, además, considera inaceptable que una persona pueda empobrecerse como consecuencia de sufrir una enfermedad (37).

En segundo lugar, el Libro Blanco de la Comisión, «Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)», de 23 de octubre de 2007. En éste, si bien la Comisión reconoce que los Estados miembros son los principales responsables de la política sanitaria y la prestación de atención sanitaria a los ciudadanos europeos, el papel de la Unión no es reflejar o reproducir las actividades de éstos, existiendo, además, ámbitos en los que la sola acción de los Estados miembros no sería eficaz, haciéndose pues indispensable una cooperación a nivel comunitario. Este sería el caso, tanto de la

---

(36) J. PEMÁN GAVÍN, «Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios». Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (a propósito de la sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), *Revista de Administración Pública*, núm. 160, enero-abril 2003, p. 126.

(37) Señala la Comisión que, según los datos de mortalidad, en todos los países la situación global de la salud de las personas depende de su posición social, en ocasiones sensiblemente. Esta situación refleja una insuficiencia de ingresos, que lleva a algunas personas a restringir su consumo de asistencia, en particular cuando una parte importante del coste corre a su cargo (asistencia odontológica o productos de óptica, etc.), o cuando el sistema de asistencia establece que han de abonar los gastos por adelantado. *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de diciembre de 2001, sobre el futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera, p.10.

salud pública (véase, pandemias o bioterrorismo), como de aquellas actividades relacionadas con la libre circulación de mercancías, servicios y personas.

La base normativa de la estrategia que pretende proponerse a través de dicho Libro Blanco es el ya citado artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (anterior art. 152 del Tratado Constitutivo). A través del mismo, la Comisión pretende definir la primera estrategia comunitaria en materia de salud con un marco coherente, el cual permita orientar las actividades de la Unión en este ámbito. Se proponen, como prioridad para los próximos años, cuatro grandes principios en apoyo de tres objetivos estratégicos.

Los principios son los siguientes:

— El principio de compartición, en virtud del cual, el desarrollo de una política comunitaria en el ámbito de la salud debe estar basado en valores compartidos. Se consagran, como tales, la universalidad, el acceso a una atención sanitaria de calidad, la equidad, la solidaridad, la potenciación del papel de los pacientes y ciudadanos, en general, y la reducción de las desigualdades.

— El principio de prosperidad, de manera que la inversión en salud no ha de ser vista como un gasto, sino como una inversión en prosperidad y productividad. Una sociedad sana será una sociedad capaz de asumir los retos que para la prosperidad implica el siglo XXI.

— El principio de transversalidad, de manera que la política sanitaria sea atendido en otros ámbitos con cuyas políticas se encuentra interconectada, tales como el medioambiente o investigación.

— Principio de liderazgo mundial, de manera que las Instituciones comunitarias ocupen un papel protagonista en este campo a nivel no sólo europeo, sino mundial, y sus políticas en materia de salud constituyan un referente en todo el contexto internacional. La Unión Europea ha de asumir un liderazgo colectivo permanente a nivel mundial.

Por su parte, como ya hemos anticipado antes, al amparo de dichos principios se diseñan tres objetivos estratégicos:

— La promoción de la buena salud en una sociedad en la que el envejecimiento es un elemento característico. Al amparo de esta

estrategia pretende desarrollarse el concepto de envejecimiento saludable al que nos hemos referido anteriormente.

— La protección de los ciudadanos frente a las amenazas para la salud, sobre todo, en lo que se refiere a los nuevos riesgos derivados de la tecnología, de los cambios climáticos, de los desplazamientos de personas e intercambios comerciales y de la amenaza terrorista en su forma de bioterrorismo. Dentro de este objetivo estratégico se inserta la política de seguridad del paciente.

— El fomento de sistemas sanitarios dinámicos y nuevas tecnologías.

Estos objetivos estratégicos serán sometidos a revisión en 2013.

### 3. POLÍTICAS COMUNITARIAS EN EL ÁMBITO DE LA SALUD: RELACIÓN DE ALGUNOS EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS

Como ejemplos de dicho avance, y por lo que al ámbito de la salud se refiere, podemos citar algunos proyectos tanto referidos a la prestación de servicios sanitarios como a la gestión y coordinación de los mismos:

#### a) Historia clínica electrónica común

En primer lugar, y por el nivel, no de desarrollo efectivo, pero sí de importancia para que pueda crearse el marco oportuno que haga posible el espacio común sanitario, el proyecto de historia clínica electrónica. En virtud de este proyecto pretende avanzarse normativa y tecnológicamente hacia una historia clínica compartida y digitalizada o, al menos, hacia una serie de datos clínicos básicos compartidos de los pacientes en el espacio europeo. Tal iniciativa se ha venido desarrollando a través del proyecto Epsos (*European Patients Smart Open Solutions*). El proyecto es cofinanciado por la Comisión Europea dentro del Programa de Competitividad e Innovación (*Competitiveness and Innovation Programme* —CIP—). El mismo proyecto propone también el desarrollo de la receta electrónica (*ePrescription*)(38).

---

(38) Puede obtenerse más información a través de la página web, [www.epsos.eu](http://www.epsos.eu).

Dicho proyecto, en el que participan actualmente nueve Estados miembros y que cuenta con la importante colaboración de representantes del sector privado, puede suponer un importante avance en la construcción de un espacio común sanitario en la medida que permitirá prestar asistencia sanitaria desde cualquiera de los Estados miembros con acceso a una base común y compartida de datos clínicos básicos de los del pacientes. Sin embargo, también es cierto que la diversidad normativa existente entre los Estados miembros acerca de cuestiones tales como la exigencia o no de un protocolo escrito de consentimiento informado para que el profesional pueda acceder a tales datos, puede complicar, desde un punto de vista jurídico, el proyecto.

Cierto es que la normativa de los Estados miembros sobre protección de datos encuentra un marco jurídico común a partir de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, la cual ha sido incorporada a los ordenamientos nacionales. Sin embargo, en lo que se refiere a los datos vinculados a la salud, la ausencia de una carta europea de derechos de los pacientes no permite hablar, en consecuencia, de una verdadera regulación común de datos personales sanitarios y de la historia clínica. Existe una regulación común y general de protección de datos, pero no una regulación específica acerca de los datos sanitarios que, además, han de tener una protección especial por la sensibilidad de su contenido.

Dentro del mismo ámbito de la historia digital compartida, debemos destacar también la Recomendación (2008/594/CE) de la Comisión de 2 de julio de 2008 sobre la interoperabilidad transfronteriza de los sistemas de historiales médicos electrónicos. Tal Recomendación viene a considerar que una de las líneas estratégicas para avanzar hacia el espacio común sanitario es la homogeneización de los sistemas operativos de historia clínica digital empleados por los diferentes Estados miembros. Así, se manifiesta, literalmente, que *«La falta de interoperabilidad de los sistemas de historiales médicos electrónicos es uno de los mayores obstáculos a la consecución de las ventajas económicas y sociales de la salud electrónica en la Comunidad. La fragmentación del mercado de la salud electrónica*

*se ve agravada por la falta de interoperabilidad técnica y semántica. Los sistemas y normas de información y comunicación en el campo de la salud que se utilizan actualmente en los Estados miembros son a menudo incompatibles y no facilitan el acceso a información esencial para la prestación de una asistencia sanitaria segura y de buena calidad en distintos Estados miembros».*

El proyecto europeo, como puede comprobarse, no se limita a la mera homogeneización de sistemas técnicos, sino que va más allá y pretende una homogeneización semántica (semántica común de la salud, en los términos que se expresa la Recomendación) y, para ello, se propone desarrollar un sistema de conceptos de referencia sostenible. A este respecto, debemos tener en cuenta que una asistencia transfronteriza en un espacio común sanitario no sólo presenta retos técnicos, que posiblemente sean los más sencillos de vencer, sino, más aún, problemas culturales, sociales y lingüísticos. No sólo se puede pretender que el médico que atienda transfronterizamente al ciudadano comunitario pueda acceder a unos datos clínicos únicos en el espacio común sanitario, sino que los términos que se empleen al completar dicho registro europeo común sean también únicos.

Además, a la Comisión le importan también mucho los problemas legales que pudieran derivarse de este proyecto, porque los sistemas de historiales médicos electrónicos interoperables elevan el riesgo de revelación accidental o distribución fácil de datos sobre pacientes a personas no autorizadas, al permitir un acceso más amplio a un conjunto de datos personales sobre la salud del paciente, compilados a partir de distintas fuentes y a lo largo de toda su vida. Ello exige establecer por parte de los Estados miembros un marco jurídico completo para los sistemas de historiales médicos electrónicos interoperables.

El propósito de la Recomendación es que a finales del año 2015 se haya alcanzado el desarrollo de una interoperabilidad global de la salud electrónica europea.

Puede afirmarse, pues, que la historia clínica digital única europea supone no sólo un reto importante para la calidad, seguridad y eficiencia de los sistemas sanitarios europeos, sino también una

de las estrategias indispensables para que pueda avanzarse hacia un espacio común sanitario. A este respecto, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 30 de abril de 2004, sobre la salud electrónica (hacia una mejor asistencia sanitaria para los ciudadanos europeos: plan de acción a favor de un espacio europeo de la salud electrónica) establece que la Unión Europea ha de avanzar hacia un *Espacio Europeo de Salud Electrónica*, desempeñando, además, la salud electrónica un papel fundamental en el desarrollo de la estrategia *e-Europe* de la Unión Europea. Tal avance viene motivado, según la propia Comunicación, por la movilidad creciente de los pacientes y de los profesionales de la salud dentro de un mercado interior que funcione mejor.

En similares términos, el Comité Económico y Social Europeo ha declarado que el acceso a la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro que se brinde a todos los ciudadanos debe caracterizarse por el desarrollo de un historial clínico europeo a disposición de los profesionales y del propio paciente (39).

Así pues, la conexión entre salud electrónica y su principal elemento, la historia clínica digital europea, y el espacio común sanitario es inescindible. El reto tecnológico constituye, a la postre, el elemento principal de dicho espacio.

Además esta política comunitaria se está completando, dentro del mismo ámbito del desarrollo tecnológico aplicado a la salud, con la telemedicina. A este respecto, podemos destacar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, de 4 de noviembre de 2008, sobre la telemedicina en beneficio de los pacientes, los sistemas sanitarios y la sociedad. La Comisión considera en su Comunicación que el avance comunitario en telemedicina supone una mejora de la asistencia sanitaria a los pacientes y una contribución a la eficiencia de los sistemas sanitarios, sobre todo, en el ámbito de las enfermedades crónicas.

---

(39) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 4 de diciembre de 2008, sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza», p. 2.



También incidirá mucho en el ámbito económico, ya que puede suponer también una importante contribución a la economía de la Unión, sobre todo, en el ámbito de la pequeña y mediana empresa (40).

Sin embargo, las posibilidades de desarrollo de proyectos de telemedicina también choca, como destaca la Comisión, con importantes problemas legales y, entre otros, se destaca el que la definición de lo que es acto médico y, por tanto, si un acto de telemedicina lo es o no, es diferente en los Estados miembros. Así, en algunos Estados, para que el acto médico sea reconocido legalmente como tal se requiere la presencia física en un mismo lugar del paciente y el profesional sanitario.

La Comisión acaba reconociendo, a este respecto, que el éxito de la telemedicina depende principalmente de la iniciativa de los Estados miembros. A ellos incumbe la responsabilidad de la organización, la prestación y la financiación de sus sistemas de salud. La telemedicina sólo realizará todo su potencial si los Estados miembros se dedican activamente a integrarla en sus sistemas sanitarios.

#### b) Tarjeta europea sanitaria

En segundo lugar, el proyecto de tarjeta europea sanitaria. Mediante la misma, los ciudadanos de la Unión Europea (y, además, los de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza) pueden obtener la misma asistencia sanitaria que los ciudadanos del Estado miembro que se encuentren visitando. Sin embargo, la Tarjeta no es válida si el motivo del desplazamiento es recibir tratamiento médico; en este caso, se necesita una autorización específica previa del Estado donde el ciudadano está asegurado. De este modo, la tarjeta vendría a sustituir al formulario E-111, pero no al formulario E-112.

Los antecedentes de este proyecto de política común hay que situarlos en el Consejo Europeo de Barcelona de marzo de 2002, en

---

(40) La Comunicación define la telemedicina en los siguientes términos. «*La telemedicina es la prestación de servicios de asistencia sanitaria por medio de las TIC en situaciones en que el profesional sanitario y el paciente (o dos profesionales sanitarios) se encuentran en lugares diferentes*».

el que se adopta un plan de acción sobre la movilidad y en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de febrero de 2002, sobre el Plan de acción de la Comisión sobre las capacidades y la movilidad. En éste, la Comisión manifiesta que *«Es preciso modernizar y simplificar la coordinación de los regímenes de seguridad social, ampliando para ello el ámbito de aplicación material y personal del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 y simplificando su formulación y aplicación. A este respecto, debería introducirse una tarjeta sanitaria europea, con lo que una tarjeta electrónica sustituiría a todos los formularios europeos en papel»*. Y, de este modo, *«Los titulares de esta tarjeta podrán acceder a la atención sanitaria de primera necesidad en un Estado miembro distinto de aquel en el que están asegurados, si bien este último seguirá siendo responsable de los gastos»*.

Posteriormente, por medio de las Decisiones núms. 189, 190 y 191 de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (CASSTM) de 18 de junio de 2003, se adoptaron las medidas concretas necesarias para poner en marcha tal proyecto. Cada Estado miembro es responsable de la producción y la distribución de la tarjeta europea en su territorio y su período de validez viene determinado por la institución que la expide.

Sin embargo, tal proyecto no queda vinculado realmente a la asistencia sanitaria en sí, ni al anterior proyecto de datos clínicos compartidos a través de la historia digital, sino que se inserta dentro de los procesos de reembolso de la asistencia recibida y abonada en otro Estado miembro. Se trata de facilitar los procedimientos de reembolso a través de un instrumento más sencillo que es una tarjeta, en lugar de tener el paciente que cumplimentar un formulario oficial. Más que un proyecto de asistencia sanitaria, aunque tiene efectos en dicho ámbito, se trataría de un proyecto que ha de enmarcarse en el espacio común de la Seguridad Social.

### c) Donación y trasplante de órganos

En tercer lugar, la Directiva 2010/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos

humanos destinados al trasplante (41), iniciativa adoptada al amparo de la Presidencia temporal española de la Unión Europea y con la que se ha pretendido crear un inicio del futuro espacio común sanitario en materia de donación y trasplante de órganos, incidiendo, sobre todo, en lo que se refiere al desarrollo de unos criterios de seguridad y calidad comunes en todas las etapas del proceso de trasplante, desde la donación hasta el trasplante o eliminación (42). Igualmente, la norma pretende contribuir indirectamente a luchar contra el tráfico de órganos mediante la designación de autoridades competentes, la autorización de centros de trasplante y el establecimiento de condiciones de obtención y de sistemas de trazabilidad (43). Como precedente de dicha norma, debe citarse la Comunicación de la Comisión de 30 de mayo de 2007, sobre donación y trasplante de órganos: acciones de la UE, en la que se proponía aprobar la Directiva.

Así pues, dado que el sector sanitario difícilmente puede quedar fuera de una política económica común en la Unión Europea, pese a que se trate de una materia que sigue fundamentalmente en manos de los Estados miembros y que el propio proceso de integración europea ha traído consigo una creciente preocupación por el fortalecimiento de las estructuras del bienestar en Europa (44), bienestar en el que tiene gran incidencia la salud de los ciudadanos, poco a poco se

---

(41) Se recoge un resumen de dicha Directiva en R. MARAZUELA y R. MATE SANZ, «La Directiva 2010/53/UE sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante», *Revista Derecho y Salud*, vol. 21, número extraordinario XIX Congreso, pp. 79-84.

(42) Como precedente de esta Directiva, debe citarse la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

(43) Adviértase la dificultad de aprobar una norma con este contenido, sobre todo, por lo que se refiere a los diferentes criterios que los Estados miembros mantienen acerca de los requisitos que han de cumplir los donantes; en especial, en lo que se refiere a patologías previas. De este modo, si bien en los países en los que existe un importante número de donaciones es posible mantener un criterio muy estricto sobre la seguridad y calidad del órgano, en los países en los que tal número es muy inferior, tal política de seguridad y calidad se orienta hacia la permisividad.

(44) S. MUÑOZ MACHADO, J. F. MESTRE DELGADO y V. ÁLVAREZ GARCÍA, «La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *op. cit.*, p. 404.

ha venido consolidando ciertos espacios de política sanitaria común, entre los que destaca la donación y trasplante de órganos o el proyecto, aún en desarrollo, de la historia clínica digital única.

Podemos, por tanto, afirmar que la política común sanitaria se ha abierto camino a través del *soft law*, pese a que no encuentre verdadero respaldo en los Tratados constitutivos de la Unión Europea.

#### 4. LA DIFERENTE EVOLUCIÓN EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA

La reticencia inicial a desarrollar políticas comunes sanitarias que, como ya hemos visto, se plasma incluso normativamente en el propio Tratado de Maastricht, sufre un importante cambio con las crisis sanitarias de finales del siglo xx y, en especial, con la denominada comúnmente, *crisis de las vacas locas*(45). Tales crisis provocan que la Unión Europea tomara conciencia de la importancia de desarrollar una política común en materia de salud pública(46), lo

---

(45) Las encefalopatías espongiiformes constituyen un conjunto de enfermedades que afectan tanto a los seres humanos como a los animales. Son enfermedades transmisibles de distribución universal y, aunque tienen un período de incubación muy largo (pueden ser décadas) una vez diagnosticadas evolucionan fatalmente en pocos meses. Están causadas por una proteína infecciosa que se acumulan a nivel intracelular en el sistema nervioso central y presentan una clínica de demencia rápidamente progresiva. En 1986 aparecieron en el Reino Unido los primeros casos, que aumentaron rápidamente hasta alcanzar más de 180.000 y entre uno y tres millones de reses pudieron estar afectadas por la enfermedad, muchas de las cuales se desviaron al consumo humano antes de presentar síntomas de la misma. Al igual que en otras enfermedades denominadas emergentes, el agente causal implicado era poco conocido, incluso desconocido en el caso de la nueva variante, con importantes lagunas en relación con la población expuesta, la infecciosidad, el periodo de reincubación o la posible susceptibilidad genética. Tampoco se conocían bien las posibles vías de transmisión hipotéticas. Vid. J. M. ARTEAGOITIA AXPE, «Vacas locas 8 años después, gripe aviar 4 años después, gripe A hoy La enfermedad de Creutzfeldt-Jakob ¿qué ha pasado desde entonces?, ¿qué se hace en estos momentos?», *Revista de Administración Sanitaria del Siglo XXI*, vol. 7, núm. 3, pp. 361-362.

(46) Véase, por ejemplo, la Decisión 2119/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de septiembre de 1998, por la que se crea una Red de Vigilancia Epidemiológica y de Control de las Enfermedades Transmisibles en la Comunidad, entre las que se encuentra las enfermedades producidas por agentes no convencionales. También la Decisión de la Comisión 2000/96/EC de 22 de diciembre de 1999, relativa a las enfermedades transmisibles que deben ser objeto de vigilancia epidemiológica de la red comunitaria.

que tuvo su plasmación o expresión normativa en el Tratado de Amsterdam; en concreto, en su artículo 152 que supone un incremento de las políticas que podrá ya asumir la Unión en este ámbito, sobre todo, acerca de la salud pública (armonización en materia de órganos, sustancias origen humano, sangre y derivados, salud pública veterinaria)(47). En idéntico sentido, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tras la redacción dada por el Tratado de Lisboa, dispone en el artículo 168.3 que «*La Unión y los Estados miembros favorecerán la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en materia de salud pública*».

Dentro de esta evolución hacia un espacio común en el ámbito de la salud pública, merece la pena destacar al Centro Europeo de Control y Prevención de Enfermedades (*European Centre for Disease Prevention and Control*) con sede en Estocolmo, organismo éste cuya misión es identificar, evaluar y comunicar amenazas para la salud humana por causa de enfermedades transmisibles (48). Tal Centro fue creado en 2005 con el propósito de luchar frente a las enfermedades infecciosas. Su misión es identificar, evaluar y comunicar las amenazas para la salud de las personas que pudieran derivarse de dichas enfermedades. Así, uno de los ámbitos concretos en los que ha venido trabajando el Centro es en el ámbito de las vacunas, con el propósito de desarrollar una política europea en materia de vacunaciones.

Este objetivo público de promoción de las políticas de prevención ha cobrado, además, mayor trascendencia y actualidad a medida que nuestros sistemas sanitarios empiezan a presentar problemas de financiación por el incremento incesante de la demanda y la evolución de la tecnología sanitaria.

Así pues, la evolución de los proyectos y normativa en materia de salud pública evidencia cómo la Unión Europea en su construc-

---

(47) Sobre la evolución de las políticas de salud pública en la Unión Europea, puede verse C. RODRÍGUEZ MEDINA, *Salud pública y asistencia sanitaria en la Unión Europea. Una Unión más cercana al ciudadano*, Comares, Granada, 2008.

(48) Puede obtenerse mayor información sobre las funciones y actividades de dicho Centro a través de la página web <http://www.ecdc.europa.eu>.

ción sigue el camino que los países que la componen han recorrido previamente. De esta manera, se observan avances en relación con la faceta del derecho a la protección de la salud referida a la salud pública. Pero todavía no se perfila previsión alguna en lo referente al otro ámbito del derecho, el de la asistencia sanitaria, que únicamente se contempla en el ámbito del sistema de Seguridad Social en relación con la protección a la población trabajadora (49).

##### 5. DIFICULTADES PARA EL DESARROLLO DE UNA POLÍTICA COMÚN SANITARIA: ANÁLISIS DE MOTIVOS

Como venimos destacando, el camino que ha logrado avanzarse en diferentes ámbitos ha encontrado serias dificultades en el ámbito de la protección de la salud. Tales dificultades se deben, según han destacado varios autores y los propios responsables de la Unión Europea, a diferentes motivos, entre los que pudiéramos destacar los siguientes:

###### a) Ausencia de un modelo único en los Estados miembros

Téngase en cuenta que todos los modelos europeos se sustentan en los principios de solidaridad, equidad y universalidad, pero que la gestión y prestación de servicios sanitarios se instrumenta a través de diferentes modelos; fundamentalmente, a través del modelo *Bismarck* o modelo de seguro —Alemania, Francia, Holanda, Bélgica y Luxemburgo— y el modelo *Beveridge* o de sistema nacional de sanidad (*tax-based universal system* o *national health system model*) —Reino Unido, España, Italia, Grecia, Portugal, Suecia, Noruega y Dinamarca—, a los que habría que añadir fórmulas mixtas.

Ambos modelos contienen importantes diferencias que dificultan su coexistencia armónica. Así, de manera sucinta, podemos señalar que el modelo *Bismarck* o también denominado sistema de seguro se caracteriza por el hecho de que el sistema sanitario tanto en lo que se

---

(49) P. S. ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA, «La asistencia sanitaria en la unión Europea...», *op. cit.*, p. 65.

refiere a la financiación como al derecho a la prestación queda vinculado a la relación laboral, de manera que los ciudadanos que cotizan a la Seguridad Social tienen derecho a la prestación a través del Seguro de Enfermedad. La prestación se garantiza mediante el pago de cuotas obligatorias. Algunos de los Estados miembros acogidos a dicho modelo suelen incorporar también un sistema de reembolso, de manera que el ciudadano anticipa el pago de la prestación sanitaria que, posteriormente, le es reembolsada por el Sistema Público.

Por el contrario, en el modelo *Beveridge* ni la financiación ni el derecho a las prestaciones sanitarias queda vinculado a relación laboral alguna, sino que el sistema se financia con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, es decir, a las contribuciones fiscales de los ciudadanos.

Tampoco es igual el papel que en el sistema sanitario mantiene la sanidad privada. Así, mientras en algunos Estados la asistencia sanitaria se presta desde el sistema público, existen otros en los que se produce una importante participación de la sanidad privada a través de seguros complementarios.

Todos estos modelos presentan problemas desde el punto de vista del control de la presión asistencial. Los sistemas de sistema nacional de salud permiten, en teoría, controlar más fácilmente el gasto (ya que éste es intrínsecamente presupuestario), pero la presión de la demanda puede llevar consigo un alargamiento de las listas de espera, cuya amplitud puede revelar una verdadera inadecuación de la oferta. Por su parte, los sistemas de seguro, en los que, en muchos casos, los prestadores de asistencia son independientes del financiador, un incremento de la demanda y/o de los costes lleva consigo un incremento de los gastos, que puede llegar a ser insostenible para las finanzas públicas, salvo que se recurra a incrementar los ingresos o a adoptar medidas de control de los gastos, que, en muchos casos, se enfrentan con la oposición de los profesionales interesados y, sobre todo, ante la dificultad de elegir en función de la importancia de las necesidades que han de satisfacerse (50).

---

(50) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de diciembre de 2001, sobre

Esta diferencia de modelos nacionales tiene una incidencia sustancial en la movilidad geográfica de ciudadanos, ya que ni el derecho de acceso al sistema ni la forma de gestión del acceso ni las prestaciones son las mismas en todos los Estados miembros.

Como acertadamente apunta el Comité Económico y Social Europeo, *«la eficacia y empleo adecuado de la asistencia sanitaria en un marco transfronterizo requieren que las capacidades de los regímenes sanitarios de los distintos Estados sean complementarias y equilibradas en cuanto a las prestaciones técnicas y humanas, los equipos médicos y la asignación de responsabilidades a los prestadores»* (51).

Sin embargo, tampoco es menos cierto que los sistemas de todos los Estados miembros comparten, al menos, unos principios comunes de solidaridad, equidad y universalidad.

b) La pendiente reformulación de nuevos modelos asistenciales

El incesante incremento del gasto sanitario viene provocando que los Estados miembros se replanteen qué reformas habría que introducir en sus respectivos modelos con el fin de mantener el principio de universalidad que preside los sistemas sanitarios nacionales. Algo es ya evidente: no cabe reformulaciones que no supongan necesariamente revisar los viejos modos de producir y prestar servicios sanitarios (52).

Pero, además, estas reformulaciones no se limitan a un mero planteamiento estratégico u organizativo que atienda a la idea de máxima eficiencia a un menor coste, sino que, incluso, incide en la

---

el futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera, pp. 12-13.

(51) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 4 de diciembre de 2008, sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza», p. 6.

(52) G. LÓPEZ I CASASNOVAS, «Las estructuras del bienestar en el sector de cuidados de la salud», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *op. cit.*, p. 677.



propia fundamentación de la sanidad como política pública, lo que supone que el debate no afectará tan sólo a la formulación a través de la que en un futuro pudiera desenvolverse un sistema europeo de asistencia sanitaria, sino también a si está justificado que exista una política pública sanitaria. Si las opciones, por ahora minoritarias, que pudieran postular que la intervención pública en la asistencia sanitaria no encuentra justificación en los dos argumentos que se han venido tradicionalmente manejando al respecto, el argumento redistributivo y el de mejora del bienestar colectivo (53), se extiende, hablamos entonces de un cambio mucho más profundo que el que, en apariencia, puede intuirse ahora.

Cierto es que a la Unión Europea siempre le quedaría, como política común, la coordinación y control de las políticas privadas sanitarias, es decir, del sector privado sanitario. Sin embargo, tal control sería meramente económico, basado en la garantía de la competencia, sin verdadero contenido político y, lo que es más relevante, sin que permita avanzar hacia una Europa social única en la que la sanidad ocupa un papel protagonista.

Por ello, difícil es que se desarrolle un espacio común en sanidad al amparo de una política comunitaria, cuando el propio fundamento de la intervención pública en la sanidad se pone en solfa.

---

(53) Por lo que al primer argumento se refiere, el mismo se fundamenta en la idea de que la intervención pública en el sector sanitario supone un elemento más a favor de la tarea redistributiva que se le encomienda al Estado social, de manera que aquellos que no puedan hacer frente económicamente a la asistencia sanitaria requerida podrán acudir al sistema público. La salud se considera uno de los valores a promover en la sociedad actual, de manera que la capacidad económica de los ciudadanos no ha de incidir en la misma. Este argumento enlazaría también con la reformulación que el concepto de servicio público ha sufrido tras la crisis del Estado social y tras la implantación del principio de competencia que trae consigo el desarrollo de la Unión Europea. La participación pública en el sector sanitario pretendería cubrir un sector económico que no estaría completamente atendido por la empresa privada por no resultar rentable. Se evitaría, con ambas ideas, que se desarrolle una sociedad de dos velocidades. Por otro lado, el segundo argumento se basa en la idea de un pool único de seguro, de manera que los ciudadanos, al no poder conocer de antemano cuál va a ser la evolución de su salud, les resulta beneficioso crear una especie de seguro público de asistencia sanitaria, donde unos satisfagan el gasto de otros. Se recoge una interesante reflexión sobre ambos argumentos en G. LÓPEZ I CASASNOVAS, «Las estructuras del bienestar en el sector de cuidados de la salud», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *op. cit.*, pp. 678-682.

El propio replanteamiento de los diferentes modelos sanitarios en búsqueda de un nuevo modelo que permita contener el incremento incesante del gasto sanitario ralentiza la creación del espacio común sanitario. Mientras que por los propios Estados no se redefinan sus modelos es difícil que la Unión Europea pueda desarrollar un modelo de prestación único. Ello, además, se ve acrecentado por la crisis económica, ya que el debate se centra ahora sustancialmente en la sostenibilidad del propio sistema público, siendo las opciones, ante la escasez de recursos públicos, mucho más limitadas. A este respecto, la opción que parece mostrarse como viable en muchos de los Estados es la fórmula del copago. Sin embargo, algunos Estados miembros, entre los que podríamos destacar España, no consideran que dicha solución sea viable, prefiriendo otras fórmulas que permitan mantener la gratuidad del sistema, tales como la incorporación de fórmulas más eficaces de gestión, sobre todo, en materia de personal, que permitan reducir el gasto o el desarrollo de políticas farmacéuticas que promuevan la prescripción por parte de los médicos de medicamentos genéricos, reduciendo el gasto farmacéutico que constituye uno de los gastos con mayor impacto en el gasto público sanitario.

En el mismo sentido, tampoco muchos de los Estados miembros tienen definida cuál ha de ser la participación en el sistema sanitario de la sanidad privada. Así, si han de incorporarse beneficios, por ejemplo, fiscales, a la suscripción individual de seguros asistencia sanitaria privados que permitan derivar parte de la asistencia sanitaria que viene soportando el sector público.

c) La heterogeneidad de las prácticas terapéuticas.

Éste es el caso, por ejemplo, de los partos. Francia y los Países Bajos tienen unas tasas de mortalidad perinatal bastante próximas (en 1996, 8,2 y 8,4 por 1000); sin embargo, mientras que en Francia la mayor parte de los partos tienen lugar en medio hospitalario, en los Países Bajos casi una tercera parte de los nacimientos tienen lugar en el domicilio (aunque desde hace treinta años se ha incrementado el número de partos en el hospital). Por consiguiente, es difícil sacar la conclusión, *a priori*, de que uno de los dos métodos tiene resultados «superiores» al otro. Además, dentro de un mismo país,

se observan variaciones regionales, no sólo en los métodos o protocolos seguidos, sino también en la eficacia aparente de los servicios o de las técnicas (medida, por ejemplo, a través de la mortalidad postoperatoria) (54).

Tal heterogeneidad tiene además incidencia en la información con la que ha de contar el profesional para poder dar a conocer al paciente cuáles son las prestaciones que puede recibir en otro país al que va a viajar.

*d)* La barrera lingüística

Tal barrera tiene una mayor incidencia en el ámbito sanitario, ya que el desarrollo del espacio común sanitario exige, principalmente, compartir información, y no sólo respecto del paciente, sino también de prestaciones, prácticas terapéuticas, principios farmacéuticos, enfermedades, etc. Ciertamente es que la codificación puede minorar el problema. Sin embargo, no es menos cierto que tal codificación no resuelve completamente la cuestión, porque más allá de los códigos existe información que es indispensable compartir y que no responderá al criterio de la codificación. Además, el manejo y elección de los códigos siempre vienen influidos necesariamente por el factor cultural, de manera que si bien el sistema de códigos puede ser único, no han de serlo necesariamente los criterios con los que se empleen los mismos.

*e)* El riesgo de desplazamientos de profesionales dentro de un sistema sanitario único hacia determinados Estados miembros en perjuicio de sus Estados de origen

La Comisión ha señalado que la libre circulación de los estudiantes y trabajadores ayuda a lograr que los profesionales de la salud vayan adonde más necesarios sean. No obstante, los profesionales sanitarios se desplazan, fundamentalmente, por los siguientes moti-

---

(54) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de diciembre de 2001, sobre el futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera, p. 12.

vos: para mejorar sus oportunidades de carrera y formación o para buscar mejores condiciones de salario y trabajo. La movilidad puede afectar, por tanto, negativamente a las disparidades entre los Estados miembros. En este contexto, hay Estados miembros que estarían poco inclinados a arriesgarse a invertir en la formación de más profesionales sanitarios si la retención del personal y el rendimiento de esa inversión son deficientes (55). Los Estados miembros pueden no hallar incentivos para educar médicos y otros profesionales en el sector público si un número significativo de éstos va probablemente a emigrar (56).

También, la homologación de los sistemas sanitarios nacionales y la creación de un auténtico espacio común sanitario vendría a afectar a los Estados miembros en los que las retribuciones de los profesionales sanitarios son inferiores, como ocurre con los Estados del Este y gran parte de los Estados mediterráneos, como España, Portugal o Grecia.

f) El impacto que dicho espacio común podría tener en el PIB de los Estados miembros

Esta circunstancia cobra, además, especial relevancia en la situación actual de crisis económica. Para la Comisión, sin embargo, el impacto económico no derivaría del fenómeno del turismo sanitario, es decir, de la asistencia transfronteriza. Para la Comisión es improbable que los costes del tratamiento derivados de dicha asistencia comprometan la sostenibilidad o la planificación general de los sistemas sanitarios. Ello porque los ciudadanos sólo pueden ser reembolsados por la asistencia sanitaria a la que tenían derecho en su país, de modo que los Estados miembros sólo han de pagar los costes sanitarios que hubieran tenido que abonar de cualquier manera. De la evaluación de impacto que hace la Comisión se desprende que los costes adicionales del tra-

---

(55) Libro verde de la Comisión de 10 de diciembre de 2008, sobre el personal sanitario europeo, p. 10.

(56) F. SILIÓ VILLAMIL, M. A. PRIETO RODRÍGUEZ y N. ROMO AVILÉS, «Impacto de las políticas de la Unión Europea sobre los sistemas sanitarios», en VVAA, *Informe SESPAS 2002:..., op. cit.*, p. 375.

tamiento supondrían una pequeña parte, un 1 por 100 del gasto sanitario global (57).

Lo que sí podría tener impacto son las dificultades que algunos Estados miembros pudieran encontrar para atender satisfactoriamente a sus propios ciudadanos si tuvieran que enfrentarse a una relevante demanda de asistencia transfronteriza y, sobre todo, respecto de las terapias o tratamientos más avanzados que pueden no haberse implantado en los países de origen de los ciudadanos que demandan asistencia fuera de su lugar de residencia (58).

También se ha apuntado como problema la ausencia de sistemas que permitan compartir información sanitaria; especialmente, historiales clínicos de los pacientes. Sin embargo, como ya hemos visto antes, tal cuestión sí parece que pretende solucionarse en breve por la Unión Europea en atención a los diferentes proyectos que se están desarrollando en relación con tal cuestión.

Así pues, sí puede afirmarse que la Unión Europea ha avanzado hacia una política única europea en materia de salud pública. Sin embargo, ¿podemos afirmar que ocurre lo mismo con la gestión y prestación de asistencia sanitaria? Parece que no. Si bien el logro de un alto nivel de protección de la salud constituye ya un objetivo de la acción comunitaria, en el ámbito de la asistencia sanitaria, la regulación y gestión de los servicios sanitarios constituye una cuestión interna de cada Estado miembro en el que no cabe armonización de la Unión Europea.

Tal ausencia de un espacio común sanitario se complica porque el mercado común de personas, bienes y servicios desarrollado al amparo de los Tratados europeos tiene una incidencia notable en la actividad sanitaria.

---

(57) Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2008, sobre marco comunitario para la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, p.10.

(58) Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2008, sobre marco comunitario para la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, pp.10 y 11.

En definitiva, el desarrollo de un espacio común sanitario puede presentar problemas no intencionados, lo que, en una situación de crisis económica, pueden tener un efecto irreparable en varios de los Estados miembros. Y así, como manifiesta el Proyecto Biomed, si bien en el caso de que se desarrollaran tanto un catálogo europeo de prestaciones como la libre elección del ciudadano, se impulsaría enormemente la creación de un sistema sanitario europeo. Sin embargo, dicho desarrollo parece que supondría un fuerte impacto en los sistemas del tipo *Beveridge*, lo que provocaría resistencias en los Estados miembros.

De este modo, no parecen factibles, ni la total integración de los servicios sanitarios a escala europea, ni la exclusión de los sistemas sanitarios nacionales del Mercado Único Europeo. La tercera opción, adaptarse a la situación, tampoco proporciona soluciones fáciles. Del mismo modo, no hacer nada tampoco es una opción sensata (59).

g) Problemas de equidad para los sistemas sanitarios nacionales

El libre movimiento de pacientes que conllevará la creación de un espacio común sanitario tiene implicaciones sobre la equidad, ya que tiende a beneficiar más a los menos enfermos, a los que poseen mayor formación y a los más ricos, ya que estos grupos están mejor articulados y tienen una mayor confianza y conocimiento de los servicios que necesitan y demandan. Además, conocen mejor sus derechos y están más familiarizados con viajes al extranjero, pueden asumir con mayor facilidad los costes de transporte y adelantar el dinero para cubrir los gastos médicos a la espera del reembolso posterior (60).

Igualmente, pese a que la movilidad del paciente es frecuentemente vendida bajo la etiqueta de mayor elección de proveedor y

---

(59) P. S. ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA, «La asistencia sanitaria en la unión Europea...», *op. cit.*, p. 72.

(60) W. PALM e I. A. GLINOS, «La regulación de la movilidad de pacientes en la Unión Europea: entre libre circulación y coordinación», *Revista de Administración Sanitaria del Siglo XXI*, vol. 7, núm. 4, p. 588.

tratamiento por parte del ciudadano europeo, lo cierto es que en la práctica puede solamente beneficiar a los estratos sociales privilegiados (61).

#### 6. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO VERDADERO IMPULSOR DEL ESPACIO COMÚN SANITARIO: EL CASO DEL TURISMO SANITARIO

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sí ha construido una doctrina sólida sobre dicho mercado común sanitario o, en concreto, sobre libre circulación de pacientes, en lo que se refiere al denominado turismo sanitario y, en general, a la asistencia sanitaria transfronteriza.

Antes de continuar, es preciso aclarar que emplearemos ambos términos, tanto el más informal de *turismo sanitario* como el de *asistencia sanitaria transfronteriza*, porque entendemos que no son absolutamente equivalentes. Mientras que el primero habría que entenderlo constreñido a aquellos casos en los que un paciente viaja a otro Estado de la Unión Europea con el propósito de recibir asistencia sanitaria. Es decir, el objetivo del viaje es recibir dicha asistencia, siendo esta, en consecuencia, no algo imprevisible, sino lo que motiva en exclusiva el viaje (62). Por el contrario, el término asistencia sanitaria transfronteriza es más general y puede comprender tanto el caso en el que el propósito del viaje sea recibir asistencia sanitaria como aquellos casos en los que la necesidad de asistencia surge más o menos de forma imprevisible, no siendo el motivo del viaje. La Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos

---

(61) W. PALM e I. A. GLINOS, «La regulación de la movilidad de pacientes en la Unión Europea...» *op. cit.*, p. 589.

(62) Como nos recuerda Barrios Flores el fenómeno del turismo sanitario es algo ya antiguo. El turismo sanitario privado existe desde los albores de la humanidad. Siempre que una persona o una colectividad precisaba conseguir la sanación acudía a los parajes y personas sanadoras. En Grecia multitud de templos fueron erigidos, bajo la invocación de Asclepio/Esculapio, a los que peregrinos acudían a la búsqueda de un remedio para su mal. Vid. L. F. BARRIOS FLORES, «Europa y sanidad pública: el fenómeno del turismo sanitario», *Derecho y Salud*, vol. 14, marzo 2006, p. 77.

de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza(63), a la que más adelante nos vamos a referir, define en su artículo 3.e) la «*asistencia sanitaria transfronteriza*», como la asistencia sanitaria prestada o recetada en un Estado miembro distinto del Estado miembro de afiliación. Por el contrario, la misma Directiva no emplea el término turismo sanitario, y ello, quizás, no sólo porque este término sea menos riguroso, empleándose habitualmente en un tono y contexto coloquial, sino, además, porque las Instituciones Europeas han pretendido mostrar de una manera clara que a través de la nueva norma no se pretende promover los movimientos entre ciudadanos de la Unión Europea que viajen con el exclusivo propósito de recibir asistencia sanitaria fuera de su Estado de afiliación, sino garantizar que cualquier ciudadano comunitario recibirá asistencia sanitaria cualquiera que sea el Estado miembro en el que se encuentre, como manifestación necesaria del principio de libre circulación.

Por otro lado, el término que ha venido empleándose en el Tribunal de Justicia es el de libre circulación de pacientes que vendría, en principio, a comprender cualquier fórmula de asistencia transfronteriza, tanto la que se recibe de manera imprevisible como la que se recibe con ocasión de un viaje cuyo propósito era, precisamente, recibir asistencia sanitaria fuera del Estado de afiliación. Este término de libre circulación de pacientes aparece por primera vez en el *caso Kohll*, resuelto por el Tribunal el 28 de abril de 1998, si bien, no en el texto de la resolución, sino en las conclusiones redactadas por el Abogado General.

Por último, dejamos fuera de nuestro debate el supuesto de la libre circulación de pacientes en su modalidad de turismo sanitario *a su costa*, que se produce cuando el ciudadano no pretende recibir una asistencia sanitaria con cargo al sistema público en un Estado distinto del de afiliación, sino que la persona se desplaza a otro Estado comunitario distinto con el objetivo de recibir *a su costa* la asistencia sanitaria por él requerida. Se trataría, por tanto, de casos en los que alguien que requiere algún tipo de atención médica hace uso de su libertad contractual y de la libre disposición de sus recursos

---

(63) *Diario Oficial de la Unión Europea* de 4 de abril de 2011.



económicos para recibir la atención sanitaria que ofrecen clínicas u hospitales de otro país o los profesionales médicos establecidos en otro Estado.

Este último supuesto no plantearía problema alguno al constituir una situación claramente reconducible a la *libre prestación de servicios*, consagrada, como es bien sabido, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como una de las libertades fundamentales en las que se ha asentado la Europa comunitaria y claramente protegida por la misma. Debemos recordar que la libre prestación de servicios ampara, por supuesto, el desplazamiento de empresas y profesionales prestadores de servicios a países distintos a aquel en el que están establecidos, pero también el desplazamiento de los usuarios o beneficiarios de los correspondientes servicios (64).

Continuando con nuestra exposición y hecha la pertinente aclaración anterior, debemos señalar que la doctrina ya consolidada del Tribunal de Justicia se recoge en múltiples casos derivados de reclamaciones de ciudadanos contra sus Estados de origen en reclamación de reembolso de los gastos sufragados fuera del Estado de afiliación; en concreto, pueden citarse los casos *Decker*, *Kholl*, *Garaets-Smits* y *Peerbooms*, *Ioannidis* y *Descamps*, *Inizan* y *Keller* (65).

El Tribunal de Justicia ha mantenido, al amparo de dichas decisiones, una doctrina que favorece la asistencia transfronteriza, ya que considera que el desarrollo de las políticas comunes sanitarias

---

(64) J. PEMÁN GAVÍN, «Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios...», *op. cit.*, p. 124.

(65) Sentencia TJCE (caso Stamalelaki) de 19-04-2007, C-444/05; Sentencia TJCE (caso Watts) de 15-07-2006, C-372/06, Sentencia TJCE (caso Keller) de 28-05-2005, C-145/03; Sentencia TJCE (caso Inizan) de 23-10-2003, C-56/01; Sentencia TJCE (caso Müller-Faurè y van Riet) de 13-05-2003, C-385/99; Sentencia TJCE (caso Smits y Peerbooms) de 12-07-2001, C-157/99; Sentencia TJCE (caso Vanbraekel) de 12-07-2001, C-368/98; Sentencia TJCE (caso Decker) de 28-04-1998, C-120/95; Sentencia TJCE (caso Kohll), de 28-04-1998, C-158/96. Puede verse un resumen de esta doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en J. M. ANTEQUERA VINAGRE, «Las sentencias sobre servicios sanitarios recibidos en países distintos a los de residencia: la libre circulación de pacientes en la Unión Europea. Revisión e implicaciones», *Revista de Administración Sanitaria del Siglo XXI*, vol. 7, núm. 4, pp. 603-610. *Vid.* también, W. PALM e I. A. GLINOS, «La regulación de la movilidad de pacientes en la Unión Europea:...», *op. cit.*, pp. 592-595.

constituye uno de los fines de la Unión Europea que no se limita a un mero mercado económico único. Así lo reconoce, por un ejemplo, en una decisión de 12 de julio de 1996 (caso Reino Unido v. Comisión), donde manifestó que «*furthermore, none of the documents before the court supports the argument that the commission's exclusive or main purpose was of an economic nature rather than to protect health*».

Para el Tribunal, pese a que la organización y gestión de los sistemas de asistencia sanitaria es responsabilidad de los Estados miembros, tal y como reconocen los Tratados constitutivos, dichos sistemas tienen que estar en armonía con la legislación del mercado interior que permite la libre circulación tanto de pacientes como de profesionales. De este modo, se consagra, al amparo de los principios que inspiran la Unión Europea, un verdadero derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza en todo el espacio europeo, aunque, con algunos límites concretos. Tal derecho es el que permite a los ciudadanos comunitarios solicitar de sus Estados de afiliación el reembolso de los gastos sufragados en el Estado comunitario en el que se prestó la asistencia. Así, sin llegar a afirmarse un derecho incondicionado de los ciudadanos europeos a la asistencia sanitaria en el lugar de su elección, ni a excluir la posibilidad de que las legislaciones nacionales introduzcan reglas limitativas o condicionamientos al respecto, se pronuncia claramente a favor de la necesidad de examinar tales reglas a la luz de las pautas sobre libre prestación de servicios que emanan del Tratado y de la propia jurisprudencia del Tribunal (66).

La doctrina del Tribunal de Justicia podría resumirse en las siguientes consideraciones:

- a) La asistencia médica constituye un servicio a los efectos del Derecho comunitario, con independencia de que se trate de una asistencia hospitalaria o no o que el sistema nacional se base en un modelo de reembolso (modelo Bismarck) o no.
- b) No se puede negar permiso para el tratamiento en otro Estado si existe indicación médica según criterios internacio-

---

(66) J. PEMÁN GAVÍN, «Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios...», *op. cit.*, pp. 128-129.

nales, aunque no sea normal en el país de origen, y tampoco si en el país de origen el tratamiento es proporcionado con retraso indebido.

- c) La exigencia de autorización previa para el reembolso puede constituir un obstáculo a los derechos de los ciudadanos.
- d) Tal exigencia es, sin embargo, admisible cuando se trate de servicios hospitalarios (67), dada la necesidad de una planificación para garantizar el acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos hospitalarios de alta calidad, así como para controlar los costes y prevenir en lo posible el despilfarro de recursos financieros, técnicos y humanos.
- e) También es exigible siempre que el procedimiento esté claramente reglado, se resuelva en plazo oportuno y esté prevista una vía judicial en caso de rechazo.
- f) La autorización previa únicamente podrá ser denegada cuando se soliciten tratamientos que no entren dentro del catálogo de prestaciones del Estado de origen o, en defecto de dicho catálogo, que no sean consideradas habituales por la ciencia médica internacional y la asistencia no pueda ser prestada en el Estado de origen.
- g) Además, la denegación de reembolso puede venir fundamentada en un perjuicio grave para el sistema de Seguridad Social del Estado (tal grave deterioro no podría invocarse cuando se podría haber recibido la misma asistencia en el Estado de origen y su importe no difiere notablemente).

Ciertamente, el impacto económico del turismo sanitario y la asistencia transfronteriza no es especialmente relevante. A este respecto, La Comisión considera que se destina a la asistencia sanitaria transfronteriza aproximadamente el 1 por 100 de los presupuestos públicos de sanidad, lo que equivale a unos 10.000 millones de euros para el conjunto de la Comunidad. Además, se trata de una cuestión

---

(67) La distinción entre servicios hospitalarios y no hospitalarios ha presentado problemas en la práctica, ya que no todos los Estados miembros recogen una definición única de lo que se entiende por servicio hospitalario. Así, muchos Estados consideran como servicios hospitalarios asistencias o tratamientos que no exigen ingreso, pero sí una determinada estructura con equipos que habitualmente se encuentran en centros hospitalarios.

que afecta muy desigualmente a los Estados miembros, ya que donde el fenómeno tiene mayor relevancia es en regiones transfronterizas, en Estados miembros más pequeños, en el caso de las enfermedades raras o en zonas muy turísticas(68). Así, el mayor número de pacientes procedentes de otros Estados miembros de la UE tratados en un solo Estado miembro en el marco del formulario E-112 fue de 14.061 en el año 2000, y su coste ascendió a 25.907.697 euros(69).

Para la Comisión esta escala relativamente reducida de la atención transfronteriza no es sorprendente, pues la gente prefiere recibir la asistencia sanitaria lo más cerca posible de su domicilio. Las encuestas ponen de manifiesto que las necesidades sanitarias de la mayor parte de los pacientes se cubren en la UE mediante la asistencia que ofrece cada sistema nacional, en una proporción que supera el 90 por 100 para el conjunto de la UE. Esto quiere decir que, aunque este marco es de gran importancia para las personas afectadas, el volumen global de la asistencia sanitaria transfronteriza no tendrá repercusiones fundamentales en el conjunto de los sistemas asistenciales(70). Además, la Comisión considera que, a pesar de que los pacientes son más conscientes de las posibilidades de asistencia sanitaria en otros Estados miembros, es probable que la movilidad siga siendo limitada. En situaciones específicas, la movilidad puede ser de utilidad para los pacientes así como para los regímenes en su conjunto desde el punto de vista de la prestación de la asistencia con mayor rapidez, eficiencia y eficacia, pero ésta se seguirá prestando en su mayor parte dentro de los regímenes nacionales(71).

---

(68) Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2008, sobre marco comunitario para la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, p. 8.

(69) *Vid.* Nota explicativa de los servicios de la Comisión sobre las disposiciones de la propuesta de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior en lo que respecta a la cobertura de los costes sanitarios en que se incurra en otro Estado miembro, con especial atención a la relación con el Reglamento (CEE) núm. 1408/71, p. 9.

(70) Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2008, sobre marco comunitario para la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, p. 8.

(71) *Vid.* Nota explicativa de los servicios de la Comisión sobre las disposiciones de la propuesta de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior en lo que respecta a la cobertura de los costes sanitarios en que se incurra en otro Estado miembro, con especial atención a la relación con el Reglamento (CEE) núm. 1408/71, p. 10.

Por ello, el fenómeno del turismo sanitario y de los problemas derivados de la asistencia transfronteriza constituye un hecho de mayor importancia jurídica o, incluso, política que económica. Si bien, como hemos apuntado, no tiene un impacto económico muy relevante, sí que ha supuesto un avance importante del espacio común sanitario. Además, dicho avance, lo que resulta de interés para nuestro análisis, no ha sido liderado por ninguna de las Instituciones comunitarias de base política, como el Consejo, el Parlamento Europeo o la Comisión, sino por el poder judicial de la Unión Europea.

Podemos, por ello, concluir que el espacio común europeo ha venido avanzando a golpe de resolución judicial, es decir, su creación se ha producido sobre la base del casuismo (*case law*). Así, a medida que el Tribunal de Justicia extendía los efectos jurídicos de la asistencia transfronteriza, creando un espacio común sanitario de construcción eminentemente jurídica, las Instituciones políticas, legislativas y ejecutivas, se venían obligadas a enfrentarse a dicho reto.

El propio Comité Económico y Social Europeo reconoce dicho papel que ha jugado el Tribunal en el desarrollo de un espacio común en sanidad: *«Por lo que se refiere al problema de la libre circulación de los pacientes, la jurisprudencia del TJCE evoluciona considerablemente con el paso del tiempo organizando en la práctica un derecho de libre circulación de los pacientes y enfermos, en virtud de las libertades fundamentales consagradas en los Tratados comunitarios, y superando las grandes contradicciones que se observan en los sistemas nacionales de asistencia sanitaria y de seguro de enfermedad»* (72).

En todo caso, la doctrina del Tribunal de Justicia sobre circulación de pacientes es extremadamente casuística, ya que responde a las singularidades de cada caso (asistencia hospitalaria y no hospitalaria, sistemas sanitarios de reembolso, en especie, etc), sin que pueda extraerse una doctrina común que pueda aplicarse necesaria-

---

(72) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre «La asistencia sanitaria», p. 9.

mente a todos los Estados miembros ni a todos los casos. La proclamación del derecho tiene, a la postre, unos tintes excesivamente individualistas, sin que el elemento del interés de la comunidad en la que se integra dicha decisión individual sea claramente valorado. No se resuelve una cuestión con pretensiones de generalidad, sino el caso concreto de un ciudadano comunitario que no ha visto satisfecha su pretensión de reembolso. El Tribunal no deja, ciertamente, de apreciar las consecuencias que en el entorno pueda generar dicha decisión individual, pero obviamente ello no se hace en los mismos términos que si fuera el Consejo y el Parlamento Europeo quienes adoptaran la decisión.

Una función clave de los sistemas sanitarios consiste en establecer prioridades basadas en la valoración de qué es lo que más beneficia a la comunidad en su conjunto (el interés público). Esto se traduce en decisiones de planificación y financiación del sistema sanitario. Tal visión queda necesariamente diluida cuando la decisión se adopta en el marco de un conflicto individual.

Por otro lado, tal doctrina no ha sido siempre respetada ni por los Estados miembros ni por las propias Instituciones europeas, lo que obligaba a los ciudadanos a tener que acudir necesariamente a la vía judicial para ver satisfecha su pretensión, no existiendo vía de solución previa de su petición de reembolso. La mayoría de Estados miembros mostraron su oposición inicial a modificar la regulación interna de la asistencia transfronteriza, argumentando que el concreto caso resuelto por el Tribunal no era aplicable a su modelo de asistencia sanitaria (*«our system is different from the system in question in the Court case»*)(73).

Además, la mayoría de las resoluciones judiciales vienen referidas a supuestos de hecho producidos entre Estados miembros cuyo sistema sanitario es de reembolso según tarifas públicas (véase, Francia, Bélgica o Luxemburgo). De este modo, el Estado de origen no ha de

---

(73) R. BAETEN, B. VANHERCKE y M. COUCHEIR, «The Europeanisation of National Health Care Systems: Creative Adaptation in the Shadow of Patient Mobility Case Law», *OSE Paper Series*, Research paper núm. 3 (July 2010), Observatoire social européen, p. 24.

reembolsar toda la asistencia, sino tan sólo la parte establecida en la correspondiente tarifa (en ocasiones, se permite aplicar la tarifa de reembolso más beneficiosa para el interesado, ya sea la del Estado de origen o la del Estado en la que se ha prestado la asistencia). Por el contrario, dado que muchos sistemas, como por ejemplo el español, se basan en la asunción del cien por cien de los gastos ocasionados, el reembolso de los gastos en los que han incurrido españoles en otro Estado miembro puede ser muy gravoso.

Por otro lado, las decisiones del Tribunal de Justicia, si bien no dejan tranquilos a muchos de los Estados miembros por los futuros problemas de control y equidad de sus sistemas sanitarios, sobre todo, a aquellos que siguen el modelo de sistema nacional de salud o *Beveridge*, no son tampoco objeto de contestación. Las decisiones nacionales ante las resoluciones que iba emitiendo el Tribunal de Justicia se han centrado principalmente en la aprobación de tarifas que permitieran determinar el importe a reembolsar al ciudadano y en la regulación del procedimiento de autorización previa. Parece que la gran mayoría de Estados miembros eran conscientes de que, a partir del caso *Watts*, resultaba evidente que la Comisión propondría una legislación concreta sobre asistencia transfronteriza. Por ello, quedaron a la espera de que tal reacción política se produjera antes de adoptar cualquier tipo de decisión trascendental a nivel nacional (When the *Watts* case was issued, it was already clear that the European Commission would bring forward a specific legislative proposal on patient mobility. Therefore, several of these countries seem to be awaiting the adoption of this Directive before taking further action) (74).

El turismo sanitario es una realidad en muchos países de la Unión, los cuales, sin embargo, no han desarrollado procedimientos para el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia prestada (75), ni

---

(74) R. BAETEN, B. VANHERCKE y M. COUCHEIR, «The Europeanisation of National Health Care Systems:...», *op. cit.*, p. 24.

(75) En la Comunidad Valenciana se calcula, según datos de 2005, que únicamente se obtuvo el reintegro de veintiséis millones de euros de los ochenta millones que le había costado la asistencia a extranjeros. Vid. J. L. RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, *Integración o desmoronamiento. Crisis y alternativas del Sistema Nacional de Salud español*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 243-244. A este respecto, la compensación carece de toda

tampoco han llevado a cabo una política activa en contra de dicho fenómeno. En el caso de España, se ha apuntado por la doctrina como motivo de tal permisividad el hecho de que el turismo supone una actividad fundamental para la economía del país, siendo la calidad y seguridad del sistema público sanitario español un factor importante de competitividad (76).

Por tanto, el problema ni había sido abordado de manera global por las Instituciones políticas europeas, ni lo había sido tampoco en el ámbito de los Estados miembros, sobre todo, de los más afectados, es decir, por los que siguen un modelo de sistema nacional de sanidad.

Algún autor ha advertido de los riesgos de la posición del Tribunal de Justicia y ha apuntado que es posible que la consolidación de la doctrina sobre el turismo sanitario pueda forzar a la Unión Europea, a los Estados miembros o a ambos, a decidirse por una reducción de las prestaciones sanitarias (77). Es decir, una especie de *race to the bottom*, tal y como ocurrió con el Estado social competitivo o *new federalism* instaurado en los Estados Unidos de América por los gobiernos republicados a partir de Reagan. Ello, también ha sido apuntado por el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen de 16 de julio de 2003 sobre asistencia sanitaria: «*Existe un riesgo de rebajar el nivel de garantías en el ámbito social y sanitario. En este contexto, se podría asistir a una fuga de profesionales y pacientes hacia los Estados miembros mejor organizados en el ámbito sanitario*» (apartado 3.4.2).

---

virtualidad porque, si bien el gasto de asistencia sanitaria de los comunitarios que residen en España alcanzó en 2006 la cifra de 275.240.237 euros, a la inversa, el gasto en el que incurrieron los ciudadanos españoles que residen fuera en uno de los Estados comunitarios fue de 10.957.549 euros.

(76) J. L. RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, *Integración o desmoronamiento...*, *op. cit.*, pp. 238-239. *Vid.*, también, M. ROSENMÖLLER y M. LLUCH, «Meeting the needs of long-term residents in Spain», en M. ROSENMÖLLER, M. MCKEE y R. BAETEN (eds.), *Patient mobility in the European Union. Learning from experience*, The European Observatory on Health Systems and Policies, World Health Organization (WHO), Copenhagen, 2006, p. 65.

(77) F. SILIÓ VILLAMIL, M. A. PRIETO RODRÍGUEZ y N. ROMO AVILÉS, «Impacto de las políticas de la Unión Europea sobre los sistemas sanitarios», en VVAA, *Informe SESPAS 2002:...*, *op. cit.*, p. 374.



Como ya advirtiera el Comité Económico Social Europeo, aunque los sistemas de salud sigan considerándose responsabilidad de los Estados miembros y no se modifiquen las prácticas sobre reembolso de los costes de la asistencia sanitaria, la extensión de la asistencia transfronteriza acabará por incidir en los sistemas de salud basados en la solidaridad y en su viabilidad financiera (78). La movilidad provocará, además, la aparición de nuevos riesgos médicos y plantea un nuevo escenario en el que, por ejemplo, habría que exigir la suscripción de un seguro de responsabilidad civil obligatoria a todos los profesionales (79).

Igualmente, la movilidad exigirá una mayor homologación de los derechos de los pacientes. A este respecto, debemos recordar que el régimen jurídico de derechos de las pacientes tiene una gran trascendencia en el ámbito de la responsabilidad profesional, ya que los derechos se traducen en obligaciones para el profesional sanitario, sobre todo, para el médico y su incumplimiento se ha de traducir en un régimen de responsabilidad personal y patrimonial que reintegre económicamente el daño derivado de dicho incumplimiento.

En consecuencia, para el Comité Económico y Social Europeo, la regulación del turismo sanitario, o lo que viene a ser lo mismo, de la asistencia transfronteriza no debe plasmar la voluntad de generalizar la movilidad de los pacientes sino proponer un marco que permita ejercitar este derecho. Ello permite concluir que para dicha Institución no hay que aspirar a un espacio común sanitario en el ámbito de la prestación de servicios sanitario, sino tan sólo crear el marco jurídico que atienda a una realidad que se deriva de la movilidad de ciudadanos entre los Estados miembros, que es el de la asistencia sanitaria transfronteriza (80).

---

(78) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 4 de diciembre de 2008, sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza», p. 1.

(79) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 4 de diciembre de 2008, sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza», p. 2.

(80) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 4 de diciembre de 2008, sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza», p. 2.

7. LA RESPUESTA POLÍTICA AL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA DIRECTIVA DE ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

Las Instituciones políticas de la Unión Europea han tratado de responder a la doctrina sobre asistencia sanitaria transfronteriza elaborada por el Tribunal de Justicia a lo largo de un importante número de sentencias. Así, se acaba de aprobar y publicar la Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza(81).

La propia Directiva establece un plazo de transposición de dos años y medio que permita a los Estados miembros incorporar a su derecho nacional, plazo que concluye el 25 de octubre de 2013.

La Directiva comienza reconociendo que, sin perjuicio de que su propósito sea regular y garantizar, en su caso, el derecho de los pacientes a recibir asistencia más allá de las fronteras de sus respectivos Estados de afiliación, los Estados miembros seguirán siendo responsables de proporcionar a los ciudadanos en su territorio una asistencia sanitaria segura, de alta calidad, eficaz y suficiente desde un punto de vista cuantitativo. Por ello, la transposición de la presente Directiva a los ordenamientos nacionales y su aplicación no deben conllevar que se aliente a los pacientes a recibir tratamiento fuera de su Estado miembro de afiliación. En el mismo sentido, la Directiva se propone respetar y no ir en perjuicio de la libertad de cada Estado miembro de decidir el tipo de asistencia sanitaria que considera adecuado.

Igualmente, la Directiva admite que, en parte, su razón de ser se encuentra en la doctrina del Tribunal de Justicia a la que acabamos de hacer mención: «*Mediante la presente Directiva se pretende lograr una aplicación más general y también eficaz de los principios desarrollados caso por caso por el Tribunal de Justicia*». Así pues, se pretende salvar el principal problema que presenta la construcción

---

(81) *Diario Oficial de la Unión Europea* de 4 de abril de 2011.

de un derecho a la asistencia transfronteriza basado exclusivamente en el caso particular, pretendiéndose dotar a dicha asistencia de un marco jurídico general más claro que la mera recopilación de doctrina jurisprudencial, todo ello, de conformidad con el principio de seguridad jurídica(82).

La Directiva, además, no se limita al ámbito de la asistencia sanitaria en sentido estricto, sino que alcanza también a la prescripción de medicamentos. Así, el concepto de asistencia sanitaria transfronteriza incluye no sólo los gastos de asistencia sanitaria, sino también los de la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios. De este modo, el paciente puede adquirir medicamentos no sólo en un Estado distinto al de afiliación, sino también distinto al de emisión de la receta.

Por el contrario, la Directiva no es aplicable ni a los cuidados de larga duración prestados por servicios de atención a domicilio, en residencias asistidas o en otros servicios de atención asistida, ni al acceso a órganos y su asignación para realizar un trasplante ni a las normas de los Estados miembros relativas a la venta de medicamentos y productos sanitarios en internet.

En cuanto a su contenido, es importante destacar que la Directiva no pretende eliminar el requisito de autorización previa que puedan exigir los Estados miembros para proceder al reembolso de la asistencia recibida por sus ciudadanos en otro Estado diferente al de afiliación. Tal autorización se mantiene. Más aún, según dispone la Directiva, el Estado miembro de afiliación puede establecer disposiciones que limiten el reembolso de la asistencia, cuando ello pueda justificarse por razones imperiosas de interés general, como ha declarado el propio Tribunal de Justicia. Además, como señala la Directiva, el concepto «razones imperiosas de interés general» que ha venido configurándose por la doctrina del Tribunal de Justicia constituye un concepto en evolución. Como tales razones, se han considerado las necesidades de planificación relacionadas con el ob-

---

(82) La Directiva pretende también llenar el vacío que ha producido la supresión de los servicios sanitarios de la Directiva Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios de mercado interior.

jeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos. Ello no impide, no obstante, que se pudieran reconocer otros supuestos. La Directiva señala que la entrada de pacientes puede crear una demanda que supere la capacidad existente de un Estado miembro en relación con un tratamiento en particular. En estos casos excepcionales, el Estado miembro debe conservar la posibilidad de resolver la situación por razones de salud pública.

Ello permitiría afirmar que el nuevo régimen de autorización se muestra lo suficientemente flexible de modo que permita a los Estados miembros actuar con cierta comodidad en el reembolso de la asistencia transfronteriza, ya que la asistencia sanitaria transfronteriza debe limitarse a la asistencia sanitaria a la cual el asegurado tenga derecho de conformidad con la legislación del Estado miembro de afiliación.

Sin embargo, tal afirmación no es correcta, tras una lectura íntegra de la Directiva. Así, esta establece que, de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia, supeditar a autorización previa la asunción de los gastos de la asistencia sanitaria prestada en otro Estado miembro constituye una restricción de la libertad de circulación de servicios. Por tanto, por regla general el Estado miembro de afiliación no debe supeditar la asunción de los costes de la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro a autorización previa en los casos en que dicha asistencia, de haber sido dispensada en su territorio, hubiera sido asumida por su sistema de seguridad social o sistema nacional de sanidad obligatorio.

Por otro lado, y en similares términos, del contenido de la Directiva se deduce que, si bien se mantiene la figura de la autorización previa, cada uno de los Estados miembros habrá de aprobar un marco jurídico claro y objetivo en relación con dicha autorización, de manera que el rechazo de la autorización no pueda ya fundamentarse en meras apreciaciones o valoraciones subjetivas efectuadas por el Estado al que se le reclama el reembolso de la asistencia por parte de su ciudadano de afiliación. El régimen de autorización previa y los

motivos en los que se pudiera fundamentar su denegación no solo han cumplir los principios de necesidad y proporcionalidad, sino que, además, no podrán constituir un medio de discriminación arbitraria, y serán accesibles públicamente de antemano (procedimiento transparente).

Todo ello exige, en definitiva, que los Estados miembros regulen diferentes cuestiones, tales como la cartera de prestaciones, las tarifas de cada acto o tratamiento médico o incluso los criterios de calidad y seguridad de los servicios.

Así, por lo que se refiere a la cartera de prestaciones, la Directiva no pretende que los Estados se vean obligados a ampliar la misma, sino tan sólo a que definan cuál es dicha cartera para que los ciudadanos de afiliación sepan qué prestaciones recibidas en otro Estado miembro podrán ser objeto de reembolso y cuáles no. Sin embargo, se matiza que si la lista de prestaciones no especifica con precisión el método de tratamiento aplicado pero define los tipos de tratamiento, el Estado miembro de afiliación no debe denegar la autorización previa o el reembolso sobre la base de que el método de tratamiento no está disponible en su territorio, sino que debe evaluar si el tratamiento transfronterizo solicitado o recibido se corresponde con las prestaciones previstas en su legislación.

Igualmente, si el Estado de afiliación solamente viene obligado a reembolsar el importe que habría asumido si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, para denegar parte de tal importe deben existir previamente establecidas unas tarifas públicas respecto de cada acto o tratamiento.

Por otro lado, la necesidad de definir criterios de calidad y seguridad por parte de los Estados miembros deriva del hecho de que la Directiva prevé que el Estado de afiliación pueda denegar el reembolso cuando la asistencia se haya recibido en un centro o de conformidad con unos criterios que no respeten tales requisitos de calidad y seguridad. En todo caso, la Directiva se refiere a dicha cuestión en los siguientes términos, que resultan elocuentes: *«sea proporcionada por un prestador de asistencia sanitaria que, en función de las circunstancias concretas de cada caso, pueda suscitar motivos gra-*

*ves y específicos de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados» (83).*

Esta cuestión es, en todo caso, compleja, ya que muchos Estados miembros no tienen aprobada una cartera de servicios.

Además, la autorización previa sólo puede exigirse en tres casos: cuando la asistencia requiere una hospitalización de, al menos, una noche; en casos muy especializados y muy caros; o en casos graves y específicamente relacionados con la calidad o la seguridad de la asistencia en el extranjero. En estos tres casos, los pacientes pueden tener que pedir autorización previa a las autoridades de su país de las que dependa el reembolso.

En otro orden de cuestiones, la Directiva resalta la importancia que reviste la historia clínica compartida para que el sistema de asistencia transfronteriza funcione. Para garantizar la continuidad de la asistencia sanitaria transfronteriza se requiere la transferencia de datos personales relativos a la salud del paciente. Debe ser posible que estos datos personales circulen. Por ello, la propia Directiva recoge un artículo específico sobre sanidad electrónica (84).

Por último, la Directiva hace referencia a una cuestión importante para el espacio común sanitario, como son las redes de referencia. Así, se establece que la Comisión apoyará a los Estados miembros en el desarrollo de redes europeas de referencia entre los prestadores de asistencia sanitaria y los centros de referencia de los Estados miembros, en particular en el ámbito de las enfermedades raras (85).

Tales redes europeas tendrán, entre otros objetivos, los siguientes: contribuir a aprovechar el potencial de la cooperación europea en materia de asistencia sanitaria sumamente especializada para los pacientes y los sistemas de asistencia sanitaria; contribuir a la puesta en común de conocimientos referentes a la prevención de enfermedades; contribuir a mejorar los diagnósticos y a prestar una atención

---

(83) Artículo 8.2.c).

(84) Artículo 14.

(85) Artículo 12.1.

sanitaria de gran calidad, accesible y coste-efectiva a todos los pacientes con afecciones que requieran una particular concentración de experiencia en campos médicos en los que el conocimiento sea escaso; rentabilizar al máximo los recursos concentrándolos donde sea oportuno; contribuir a reforzar la investigación, la vigilancia epidemiológica y la formación de los profesionales de la sanidad; o ayudar a los Estados miembros con un número insuficiente de pacientes con una afección concreta o que carezcan de tecnología o de experiencia a prestar unos servicios altamente especializados de gran calidad (86).

En definitiva, la Directiva ha pretendido normativizar lo que constituida ya una doctrina consolidada del Tribunal de Justicia acerca de la asistencia transfronteriza y la movilidad de pacientes en el espacio europeo. Ello resulta, además, encomiable, sobre todo, si atendemos a cuál ha sido la posición que la propia Comisión ha venido manteniendo en todos los litigios que se han ventilado en el Tribunal de Justicia acerca de solicitudes de reembolso por ciudadanos a sus Estados de afiliación. Tradicionalmente, el Abogado de la Comisión había venido apoyando la pretensión habitual de los Estados miembros que se mostraban contrarios a permitir jurídicamente la asistencia transfronteriza y que, de este modo, habitualmente, venían rechazando los reembolsos que sus ciudadanos les solicitaba. Ello era más por evitar una generalización del fenómeno de la asistencia sanitaria que porque existieran motivos concretos en el asunto planteado por el correspondiente ciudadano. Es cierto que el fenómeno de la asistencia transfronteriza no constituye un hecho que, cuantitativamente, suponga un especial problema para los Estados miembros. Sin embargo, muchos de ellos, sobre todo, los que tienen instaurado un modelo de sistema nacional de salud (como España o el Reino Unido) se muestran preocupados por la evolución que el futuro tome dicho fenómeno.

Así pues, podemos afirmar que la posición del Tribunal de Justicia ha terminado por imponerse en lo que al espacio común sanitario se refiere en el concreto ámbito de la asistencia transfronteriza.

---

(86) Artículo 12.2.

Además, tal pretensión de normativizar la doctrina del Tribunal de Justicia debe valorarse positivamente en la medida que permite evitar las distorsiones que produce un sistema jurídico construido a *golpe de sentencia*. Al amparo de la Directiva encontramos ya un marco general que establece tanto los derechos de los ciudadanos europeos como las facultades que tendrán los Estados miembros para corregir las futuras distorsiones del fenómeno. Sin embargo, no todos los problemas concluyen con la Directiva, ya que esta, como no puede ser de otro modo al pretenderse regular una realidad tan rica, compleja y casuística como es la asistencia transfronteriza, recurre a conceptos jurídicos indeterminados y a previsiones que no están plenamente definidas. Por ello, habrá que esperar, en todo caso, a cuál es la implementación y aplicación efectiva que de la Directiva hacen los Estados miembros y cuál será el criterio que, a la hora de completar tales vacíos o tales faltas de claridad, empleará el Tribunal de Justicia.

Sin embargo, también es cierto que, como ha señalado algún autor, dicha normativización ha provocado también que actualmente convivan en el sistema europeo dos regímenes jurídicos paralelos, el creado a principios de los años setenta con el propósito de coordinar los sistemas europeos de seguridad social (véase, Reglamento (CEE) núm. 1408/71 y Reglamento (CE) núm. 883/2004) y que, en la medida que contiene previsiones normativas sobre asistencia sanitaria es aplicable a la asistencia transfronteriza, y el nuevo régimen que viene a establecer la nueva Directiva. Se ha creado, en definitiva, un sistema transfronterizo dual, al establecer un procedimiento de reembolso de gastos médicos generados fuera del Estado de afiliación (basado directamente en el Tratado CE), y al mantener a la vez el procedimiento preexistente de coordinación vía Seguridad Social. Esto se ha añadido a la anterior complejidad administrativa y a la falta de claridad de los derechos y coberturas (87).

Por otro lado, tampoco la Directiva define cuál ha de ser la participación en el modelo que ha de jugar el sector privado. Cierto es que la Directiva no ciñe su regulación a prestadores públicos de

---

(87) W. PALM e I. A. GLINOS, «La regulación de la movilidad de pacientes en la Unión Europea:...», *op. cit.*, p. 595.



asistencia sanitaria, sino a cualquier persona física o jurídica que dispense legalmente asistencia sanitaria en el territorio de un Estado miembro [art. 3.g)], considerando asistencia sanitaria, los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios [art. 3.a)]. Pero no llega más allá, como sería la alternativa de establecer un sistema que permitiera que, por ejemplo, el aseguramiento privado de los ciudadanos tuviera algún tipo de impacto en el sistema público, mediante deducciones fiscales. Tal alternativa ya ha sido apuntada por el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen de 16 de julio de 2003 sobre asistencia sanitaria: «*En cuanto a la asistencia menos prioritaria que no obedezca a una lógica de salud pública, se observa el desarrollo de seguros de tipo complementario*» (apartado 3.7.4).

La misma Comisión señala que dentro de las nuevas estrategias que hay que desarrollar para garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario se encuentra el aclarar el papel que juega el seguro sanitario privado: «*it may be necessary to clarify the role of duplicative and complementary private health insurance vis-à-vis publicly funded provision, to avoid raising inefficiencies in the public sector and to ensure cost-effective use of services*» (88).

## 8. LECCIONES PARA EL FUTURO SISTEMA SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS

De la experiencia europea pudieran extraerse algunas lecciones para el futuro sistema nacional de salud norteamericano que parece que pretende culminarse, tras los antecedentes de los programas *Medicare* y *Medicaid*, con la Ley aprobada por impulso de la Presidencia Obama (*Patient Protection and Affordable Care Act*) y, más allá, para el futuro de un espacio común sanitario en América del Norte (Estados Unidos, Canadá y México). Sin embargo, tampoco

---

(88) European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 15.

debemos olvidar que existen diferentes notables entre Estados Unidos y Europa que hacen que la experiencia de ésta no sea totalmente trasladable al escenario norteamericano.

Cierto es que el origen de la pretensión de instaurar un sistema sanitario común tanto en Europa como en Estados Unidos ha contado con el respaldo, fundamentalmente, del poder judicial. Si en Europa el impulsor del espacio común, al menos en el ámbito de la asistencia transfronteriza, ha sido, como hemos explicado en nuestro trabajo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en los Estados Unidos el papel que ha jugado el Tribunal Supremo ha sido igualmente muy trascendental. La doctrina del Tribunal Supremo que se inicia ya en la primera mitad del siglo xx, sobre todo, a partir del caso *Com. Of Massachusetts v. Mellon* de 1923 (89), y que se generaliza a partir de 1953 con la *Warren Court*, permitió al Congreso avanzar en su política de concesión a los Estados de *grants-in-aid*, condicionados al cumplimiento de una serie de objetivos o directrices, lo que facilitó el impulso de políticas homogéneas en relación con el bienestar social y, en particular, con la sanidad. Ello, además, tiene especial trascendencia si atendemos al hecho de que tales políticas que acaban siendo definidas por el Congreso recaían sobre materias que eran competencia, no de la Federación, sino de los Estados.

Toda ese cuerpo doctrinal es, además, el que parece avalar la constitucionalidad de la *Patient Protection and Affordable Care Act* en su pretensión de limitar el poder de los Estados en la regulación del mercado de seguros sanitarios. Así, si bien con la Constitución americana en la mano resulta muy discutible la legitimidad de esta regulación federal en un ámbito como el sanitario, en el que no se prevé ninguna competencia expresa para la Federación, parece bastante evidente que en todo caso la inconstitucionalidad global de la ley no podría fundamentarse en la invasión de las competencias estatales (90).

---

(89) Sáenz Royo destaca también, a este respecto, la importancia de *Chas. C. Steward Machine Co. v. Davis* de 1937 y *Carmichael v. Southern Coal & Coke Co.* de 1937. *Vid.* E. SÁENZ ROYO, «La reforma sanitaria de Obama en el marco del federalismo norteamericano», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 11, 2011, p. 7.

(90) E. SÁENZ ROYO, «La reforma sanitaria de Obama...», *op. cit.*, p. 19.

Así pues, podemos decir que el origen remoto de un sistema sanitario común tanto en Europea como en Estados Unidos debemos situarlo en el poder judicial y no en el poder legislativo o ejecutivo.

Sin embargo, como hemos apuntado antes, también existen diferencias notables entre la evolución de un sistema y de otro.

En primer lugar, hay que recordar, una vez más, que la aspiración de construir un espacio común sanitario es algo que en Europea ha venido provocado de hecho y con independencia de cuál fuera el parecer político o económico de las instituciones europeas y de los Estados miembros por el fenómeno de la asistencia transfronteriza y del turismo sanitario. Abiertas las fronteras a la libre circulación de los ciudadanos europeos en un espacio común, se abren también las posibilidades de que se produzca la asistencia transfronteriza. Los Estados miembros han de planificar y presupuestar ahora el gasto sanitario debiendo atender a un hecho tan impredecible y complejo como es que ciudadanos europeos quieran recibir asistencia sanitaria fuera de su Estado de origen y ello acaba por demandar una política común que trascienda a las fronteras de los Estados miembros.

Así pues, la asistencia transfronteriza se ha convertido en el fenómeno que ha provocado que se formule la necesidad de un espacio común sanitario, pese a que no existía previsión sobre ello en los Tratados constitutivos.

Por el contrario, la reforma del sistema sanitario norteamericano es una vieja aspiración, sobre todo, del Partido Demócrata (91), que responde a los dilemas ético-sociales que provoca que parte de la población no esté sanitariamente cubierta ni pueda, incluso, estarlo con el modelo preexistente a la reforma de 2010. Esta falta de cobertura es aún más injustificable desde el momento que el gasto sanitario en Estados Unidos es muy superior al de los Estados europeos con

---

(91) Debemos recordar, sin embargo, que algunos Estados como Massachusetts (*vid. Mandatory Health Insurance Program Act*, con mayoría republicana, habían instaurado unos años antes un modelo similar al que ahora se propone y que precisamente le han servido de inspiración.

sistemas sanitarios más desarrollados al amparo de los principios de gratuidad y universalidad.

Los posibles problemas derivados de la asistencia transfronteriza no son, pues, los que han marcado el camino de la reforma. Además, tal cuestión parece que no plantea especiales problemas, y ello, porque el modelo sanitario norteamericano se muestra más homogéneo.

Debemos tener en cuenta que el sistema norteamericano no está aún presidido por los principios de universalidad y solidaridad sobre los que se asientan los sistemas europeos de asistencia sanitaria. Además, se trata de un sistema basado, a excepción de los programas estatales de *Medicare* y *Medicaid*, en un modelo de seguros que se suscriben al amparo del contrato de trabajo. Ello permite afirmar que el modelo norteamericano se presenta, en principio, como un sistema más restrictivo y más homogéneo, lo que permite intuir que la asistencia transfronteriza no ha de suponer un problema de desequilibrio entre Estados. Por el contrario, en Europa, recordemos que los Estados miembros han desarrollado principalmente dos modelos muy diferentes, el modelo *Bismarck* o de seguro y el modelo *Beveridge* o modelo de sistema nacional. Y así, al existir Estados que, por su modelo, ofrecen más prestaciones o en los que la asistencia sanitaria no conlleva una contraprestación económica (copago), se produce un desequilibrio. Los ciudadanos circulan con el propósito de acudir ahí donde se den más y mejores prestaciones y, además, con menor o ninguna contraprestación económica.

También hay que tener en cuenta, por lo que a la cuestión que estamos tratando se refiere, que la sanidad supone uno de los máximos ejemplos de la centralización del federalismo norteamericano. Así, comenzando por los *grants-in-aid* aprobados hace ya muchos años en el ámbito de las políticas sanitarias (92), y siguiendo por la

---

(92) En 1888 el Congreso de los Estados Unidos aprobó una concesión anual de 25.000 dólares para el cuidado de los veteranos de guerra, determinando de este modo las políticas públicas a desarrollar en dicho ámbito por los Estados, siendo la materia a la que iba referida la concesión competencia de los Estados. *Vid.* E. SÁENZ ROYO, «La reforma sanitaria de Obama...», *op. cit.*, pp. 4-5.

interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho de la *commerce clause* en el ámbito de la sanidad, puede afirmarse que la apuesta por un modelo sanitario más homogéneo goza de mayor virtualidad en Estados Unidos que en Europea, y ello, incide notablemente en el fenómeno de la asistencia transfronteriza.

Cierto es que el hecho de la lengua común facilita el fenómeno. En efecto, el turismo sanitario y la asistencia transfronteriza no son aún algo muy extendido en la Unión Europea, y ello, principalmente, por un motivo: la barrera lingüística. Los ciudadanos saben que pueden circular libremente y que, al amparo de dicha circulación, pueden acudir allí donde puedan recibir mejor asistencia sanitaria y a menor coste. Sin embargo, muchos ciudadanos europeos renuncian a tal posibilidad sobre la base de las dificultades que supone entenderse en una lengua distinta, más aún, cuando se trata de cuestiones que atañen a la salud. Por el contrario, en Estados Unidos tal barrera no existe por lo que el fenómeno puede ir en incremento en los próximos años.

Sin embargo, pese a que el elemento lingüístico pueda tener ciertos efectos, la homogeneidad del modelo parece moderar los desequilibrios que se producen en Europa.

Donde sí puede tener cierta trascendencia el fenómeno de la asistencia transfronteriza para los Estados Unidos es el campo de la responsabilidad profesional sanitaria. El incremento de la asistencia transfronteriza sí puede lugar a nuevos riesgos, a nuevas posibilidades de error médico (93), y, en consecuencia, a nuevos supuestos de responsabilidad médica (*medical liability*). Esta es una cuestión que no ha preocupado en exceso a las Instituciones comunitarias, y ello, quizás porque en Europa no se aprecia que exista una relación demasiado trascendente entre incremento del gasto sanitario e incremento de la responsabilidad médica (*medical liability*). Sin embargo, en Estados Unidos este incremento de la responsabilidad derivado de un incremento de la asistencia transfronteriza sí que puede tener ma-

---

(93) No es lo mismo compartir datos sanitarios entre profesionales de un mismo centro sanitario o, incluso, de un mismo área que entre profesionales que se encuentran a quilómetros de distancia.

yores consecuencias, dada su experiencia anterior, sobre todo, tras la denominada crisis de la *malpractice*.

Algunos autores consideran que la reforma del sistema sanitario ha de incorporar necesariamente una reforma del sistema de responsabilidad médica por tres motivos fundamentales: a) «*malpractice liability is a substantial driver of the escalation of health care costs*», b) «*to garner physician support for an omnibus bill that will no doubt create a more stringent financial environment for health care providers*», y c) «*to attract support from congressional Republicans for a health care reform package*» (94).

Dicha cuestión sí es abordada por la *Patient Protection and Affordable Care Act*, en cuya Section 10607 se regulan los «*State demonstration programs to evaluate alternatives to current medical tort litigation*», previéndose que podrán concederse *grants* a los Estados para el desarrollo de los mismos, sobre la doble estrategia de permitir la resolución de conflictos fuera de la *tort litigation* («*allows for the resolution of disputes over injuries allegedly caused by health care providers or health care organizations*», «*makes the medical liability system more reliable by increasing the availability of prompt and fair resolution of disputes*») como de reducir los errores médicos («*promotes a reduction of health care errors by encouraging the collection and analysis of patient safety data*»).

En segundo lugar, los sistemas sanitarios europeos, ya se articulen sobre el modelo de seguro o sobre el modelo de sistema nacional, destacan por el importante papel protagonista que asume la Administración Pública. Los poderes públicos son los actores principales del modelo europeo, aunque sea a nivel de los Estados, y aun cuando se prevean participaciones más o menos extensas de empresas privadas (bien vía seguros de asistencia o bien vía concesiones de gestión de estructuras hospitalarias o similares). Por ello, en el modelo europeo se muestra más sencilla la labor de coordinación del sistema, lo que es más complejo en un sistema competitivo presidido por empresas

---

(94) M. M. MELLO, *et al.*, «The role of Medical Liability Reform in Federal Health Care Reform», *The New England Journal of Medicine*, 361; 1, July 2, 2009, pp. 1-2.

privadas. Así, por ejemplo, el control del gasto se muestra más factible cuando el sistema es controlado por un actor principal y este es la Administración Pública. Téngase, en cuenta, a este respecto, que mientras el gasto sanitario ha ido incrementándose en los Estados Unidos en las últimas décadas, en Europa, por el contrario, el incremento del gasto se ha desacelerado a partir de los años 90 como consecuencia, precisamente, de las políticas públicas de control (95).

Por tanto, pese a que el modelo de Estados Unidos es en apariencia más homogéneo (modelo de corte privado basado en la colaboración de empresas de seguros de asistencia sanitaria), los gestores principales del sistema, empresas privadas de seguros, son más heterogéneos que en Europa, lo que si bien no afecta al sistema desde el punto de vista de la asistencia transfronteriza, sí puede afectarlo, especialmente, en cuanto al control del gasto.

Así pues, el modelo norteamericano habría de avanzar, a la vista de la experiencia europea, hacia un mayor protagonismo de la Federación, como ha venido siendo habitual a partir, sobre todo, de la segunda mitad del siglo xx a través de figuras tales como las *grants-in-aid* y las *total o partial preemptions*. Tal fortalecimiento de la Federación se exigiría con el fin, no de homogeneizar el modelo en sí, sino de homogeneizar las directrices a seguir por los principales gestores del sistema, es decir, las empresas de seguros sanitarios. Toda pretensión que pase por fortalecer el poder de los Estados en esta cuestión habrá de provocar un menor control del gasto sanitario por falta de políticas y directrices comunes respecto del mismo.

Si el sistema que pretende desarrollarse termina por transformarse en cincuenta modelos estatales diferentes, ya sea por obra de los Estados, como efectivamente parece que ha ocurrido en Virginia, Idaho, Utah, Arizona, Oklahoma o Missouri, ya sea por obra del Tribunal Supremo al amparo de los pleitos iniciados en algunos Estados contra la reforma (Florida y Virginia), el control del gasto y,

---

(95) Tal circunstancia ha sido puesta de relieve por autores norteamericanos. Vid. R. CRANE, *et al.*, «Health care reform: What the United States can learn from the experience of other developed nations», *Health Services Research* 45:2, abril 2010, p. 600.

en consecuencia, la sostenibilidad del sistema se antoja imposible. Además, en tal contexto, la asistencia transfronteriza sí supondrá, como ocurre en Europea, un verdadero problema.

En tercer lugar, los Estados miembros y las Instituciones comunitarias son plenamente conscientes que el espacio común sanitario exige inexorablemente el desarrollo de nuevas tecnologías en el ámbito sanitario y, muy en particular, el desarrollo e implantación de la historia digital compartida. Puede afirmarse que el logro de un espacio común mínimamente coordinado exige la implantación de una historia digital compartida o, al menos, de unos datos básicos de salud compartidos. Tal hecho resulta relevante como ejemplo para los Estados Unidos, dado que su sistema sanitario muestra un déficit notable en dicho ámbito (96).

Así pues, una de las políticas principales que habría que desarrollar al amparo de la *Patient Protection and Affordable Care Act* es precisamente la de promover la tecnología sanitaria y, en especial, la historia clínica compartida. Sin ello, la reforma estará abocada al fracaso (97).

En definitiva, se ha apuntado que «*the European model of economic integration which addresses the social needs of a mobile population could well serve as a model for North America*», porque el fenómeno del turismo sanitario y de las demandas de asistencia sanitaria transfronteriza ha exigido a la Unión Europea «*to develop mechanisms by which individuals can enjoy the health coverage benefit of their state of origin while working or visiting in other parts of the EU. Such access to and coordina-*

---

(96) Ello es destacado por varios autores norteamericanos: «*The US lags well behind other nations in the use of electronic medical records: 17 percent of US doctors compared with 80 percent in the top three countries*». Vid. J. A. GINSBURG, *et al.*, «Achieving a high-performance health care system with universal access: What the United States can learn from other countries», *Annals of Internal Medicine*, vol. 148, num. 1, January 2008, p. 62.

(97) Ciertamente, sin embargo, que la *Patient Protection and Affordable Care Act* recoge diversas previsiones acerca de los *data collection*, con el fin de promover «*the use of the systems that provide data to improve and coordinate patient care*» (Section 3015) y también considera que muchos de las reformas que pretende impulsar han de venir sustentadas en el desarrollo de la *electronic health record*.



*tion of health coverage does not exist to the same extent in North America» (98).*

## 9. CONCLUSIONES

No puede afirmarse que exista en la actualidad un espacio común sanitario en la Unión Europea ni que su desarrollo se produzca en un futuro próximo. Ello además viene dificultado por la falta de un marco normativo que permita a la Unión Europea impulsarlo, al amparo de los Tratados constitutivos. Si bien el Tratado de Lisboa ha supuesto un incremento de las competencias de la Unión en materia de asistencia sanitaria, ello no permite afirmar que tal materia haya dejado de ser una competencia de los Estados miembros. Ciertamente es, sin embargo, que la labor de coordinación y apoyo que le corresponde a la Unión Europea puede suponer, sobre todo, al amparo del principio de subsidiariedad, un fortalecimiento futuro de las políticas comunitarias en el ámbito de la sanidad.

Además, las propias Instituciones comunitarias son conscientes de que la materia sanitaria no puede quedar fuera del espacio común económico hacia el que avanza la Unión, sin olvidar, además, que para involucrar a los ciudadanos europeos en tal reto es preciso que los mismos perciban que la construcción de la futura Unión Europea redundará en una mayor protección de su salud.

Por ello, y a falta de un marco normativo específico, las Instituciones comunitarias han desarrollado varios proyectos y programas que vienen referidos al ámbito de la asistencia sanitaria. Entre ellos, podría destacarse el proyecto de datos clínicos compartidos, el cual se muestra como indispensable para el pleno desarrollo de un espacio común sanitario.

Fuera de estos tímidos intentos políticos de avanzar hacia el espacio común sanitario, ha sido el Tribunal de Justicia quien ha to-

---

(98) E. D. KINNEY, «Health care financing and delivery in the United States, Mexico, and Canada: establishing intentional principles for sound integration», *Wisconsin International Law Journal*, vol. 26, núm. 3, p. 943.

mado las riendas del reto y, desde hace ya unas décadas, ha venido construyendo una doctrina que ha abierto la posibilidad de la asistencia transfronteriza en el espacio común europeo. Además, la doctrina del Tribunal se ha recogido ya en un régimen jurídico aprobado a principios de 2011 por el Parlamento Europeo y el Consejo.

En todo caso, queda mucho aún por hacer y, sobre todo, queda determinar hacia qué espacio común sanitario pretende avanzarse, si hacia un espacio que se limite a garantizar el mero reembolso de la asistencia transfronteriza o un verdadero espacio en el que se establezca un único catálogo de prestaciones comunes de los ciudadanos sanitarios, de conformidad con un criterios único europeos de calidad y seguridad. Además, en este modelo de espacio común más ambicioso cobraría especial relevancia el desarrollo de centros europeos de referencia para determinadas patologías que recogieran una experiencia superior a la meramente nacional.