

EL MODELO SOCIAL INSTAURADO POR LA CONSTITUCIÓN EUROPEA: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA¹

Dr. iur. Werner Miguel Kühn
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tabla de contenido. I. Introducción. II. La dimensión social de la integración. 1. La integración y los desafíos en materia de salud pública. 2. La integración y el concepto clásico del Estado de bienestar. III. Aspectos sociales en la Constitución Europea. 1. Los valores y objetivos de la Unión Europea. 2. Los derechos fundamentales en la Unión Europea. 3. Las competencias de la Unión Europea en materia de salud pública. a) Las bases jurídicas de la Unión Europea. b) La base jurídica central y la evolución de la política sanitaria comunitaria. aa) Tratado de Maastricht. bb) Tratado de Amsterdam/Niza. cc) el tratado de la Constitución Europea. c) La incorporación al tratado del método abierto de coordinación. d) Las cláusulas horizontales. 4. El derecho a la protección de la salud. a) Las dificultades para su realización. b) La legislación comunitaria. c) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia. aa) Las sentencias *Kohll* y *Decker*. bb) La sentencia *Smits* y *Peerbooms*, cc) La sentencia *Vanbraekel*. dd) La sentencia *Leichtle*. IV. Conclusiones

I. Introducción

Más de cincuenta años después de su inicio, el proceso de integración europeo acaba de ingresar posiblemente a la fase más decisiva de su historia, al hallarse la Unión Europea ante el interrogante de como definirse a sí misma no solamente ante el mundo y a sus Estados miembros, sino igualmente ante sus ciudadanos. La Unión Europea ha optado por hacer frente a este desafío mediante la adopción de la llamada Constitución Europea, según la cuál se regirán en primer lugar las competencias de una Unión Europea ampliada, compuesta hoy en día de veinticinco Estados miembros.

El proceso de ratificación del "Tratado por el que se instituye una Constitución Europea" actualmente en marcha someterá a la aprobación de los pueblos de Europa un documento en el que se declara de manera solemne en nombre de los 457 millones de ciudadanos la voluntad de

forjar un destino común, en unidad, compartiendo valores y objetivos comunes. Dejando de lado las diferencias evidentes que puedan existir desde un punto de vista formal entre la constitución de un Estado y este Tratado², se puede constatar que la Constitución Europea se basa al igual que en la teoría general del Estado³ de un concepto de comunidad de destino para legitimar la creación de una corporación territorial dotada de poderes soberanos⁴.

El proceso de ratificación tiene como objetivo dotar a la construcción europea de un cierto grado de legitimación

² V. CONSTANTINESCO, "Valeurs et contenu de la Constitution Européenne", en: *Uma Constituição para a Europa*, Coimbra 2004, p. 161 y ss.

³ R. ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre / Politikwissenschaft*, 14. edición, Munich 2003, p. 84.

⁴ En su discurso dado en Bruselas el 23 de julio de 2002 con motivo de la conmemoración del Tratado CECA, el antiguo Presidente de la Comisión Europea *Romano Prodi* calificó las diferentes etapas de la integración europea como manifestaciones de la voluntad de los Estados miembros de la Unión Europea de orientar hacia "un destino compartido en adelante" haciendo para esto referencia al preámbulo del Tratado CECA que fijaba precisamente esto como objetivo del proceso de integración. El término de "comunidad de paz y de destino" fue expresamente empleado por el Presidente de Gobierno de Baviera (Alemania) *Edmund Stoiber* en un discurso dado el 8 de noviembre de 2001 en el marco de la serie de conferencias «Forum Constitutionis Europae» organizadas por el Departamento de Derecho constitucional europeo Walter Hallstein de la Universidad Humboldt de Berlín.

¹ Quisiera expresar mi más sincero agradecimiento a *Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por su inestimable apoyo en la realización de este artículo. Sus valiosas sugerencias, así como el continuo intercambio de ideas y opiniones con una persona de conocimiento tan profundo del Derecho como él, han sido de gran utilidad para llevar a cabo el presente análisis acerca del Derecho sanitario de la Comunidad Europea.

democrática invitando al ciudadano de la Unión Europea a manifestar su opinión respecto al futuro de Europa. El éxito de este proceso dependerá en gran manera de la capacidad de identificación de la ciudadanía con el modelo social representado por el proyecto de Constitución. Mucho antes de que se concibiera la idea de una constitución para Europa, ya líderes políticos a nivel europeo y nacional, representantes de los distintos grupos sociales, así como expertos en diversas disciplinas, coincidían en la existencia de un modelo social arraigado en Europa occidental con unos rasgos diferenciados y comunes en todos sus países. Este modelo se basa en la aplicación de una economía de mercado provista de un elemento social correctivo que comprende los principios de eficiencia, libertad, igualdad, justicia social y solidaridad⁵.

El objetivo del presente estudio será identificar el modelo de sociedad que encarna la futura Constitución Europea, haciendo enfoque en un aspecto central de la política social de la Unión Europea, como es el de la protección de la salud pública⁶. Necesariamente deberá limitarse a un análisis abstracto, absteniéndose de tomar conclusiones definitivas, debido principalmente a que recién será posible juzgar el alcance jurídico de sus disposiciones al cabo de unos años tras su implementación, asumiéndose naturalmente que el proyecto de Constitución en su versión actual entrará en vigor.

II. La dimensión social de la integración

1. La integración y los desafíos en materia de la salud pública

El proceso de integración dentro de la Unión Europea obedece al principio funcionalista, según el cual los Estados miembros reunidos en esta plataforma institucional adoptan medidas de cooperación en diversas políticas conforme a sus necesidades comunes, avanzando de este modo hacia etapas cada vez mayores de integración⁷.

⁵ A. EUZÉBY, "Modèle social européen: des défis à relever!", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 488, mayo 2005, p. 289. J. MERTENS DE WILMARS/H. NYSENS, "Intégration Européenne et correction des mécanismes du marché – Un modèle économique et social européen", en: *Philosophie du droit et droit économique, mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris 1999, p. 579.

⁶ Tradicionalmente a nivel nacional la política sanitaria y los sistemas de salud son considerados como una materia central de la política social. Salud, además de seguridad social, vivienda, trabajo social y educación, es uno de los cinco principales servicios sociales. Véase T. K. HERVEY, "Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy", en *European Public Law*, volumen 8, tomo 1, p. 70.

⁷ G. VANDERSANDEN, "Considérations juridiques relatives à l'élaboration d'une théorie de l'intégration européenne", en: *Les Communautés Européennes en fonctionnement*, Bruselas 1981, p. 521 y ss.

Intereses económicos, pero también la necesidad de reaccionar frente a riesgos para el conjunto de Estados y sus sociedades fueron algunos de los motivos que llevaron a los Estados miembros a forjar lazos cada vez más estrechos de cooperación. Si bien en un inicio eran los objetivos económicos los que se encontraban en un primer plano, fue evidente que las medidas adoptadas por la en aquel entonces llamada Comunidad Económica Europea tendrían un impacto en áreas cada vez mayores de la vida económica, social y política y por lo tanto se requeriría de una cooperación en otras materias estrechamente relacionadas a las que conforme a los Tratados se encontraban en la competencia de la Comunidad. Tal es el caso de la política sanitaria, considerada tradicionalmente en el Derecho internacional y constitucional como una materia de política nacional⁸.

Reflejo de las tradiciones y valores de las sociedades de los Estados miembros, los sistemas sociales nacionales empezaron a ser objeto de serios ajustes a medida que se consolidaba el mercado común europeo. La necesidad de asegurar el bienestar social de los trabajadores migrantes y de sus familiares, los cuales disfrutarían en adelante de la libertad de circulación y establecimiento en todo el territorio de la Unión Europea, hizo indispensable que se aprobaran normas para la protección de su salud. Las normas adoptadas por la Comunidad fueron el Reglamento (CEE) n° 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 Comunidad⁹ y el Reglamento (CEE) n° 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n° 1408/71¹⁰. Cabe subrayar en este contexto que la aprobación de estas normas comunitarias respondía a la finalidad de conseguir una auténtica libre circulación de los trabajadores¹¹. La política social nació de la convicción de la Comunidad y sus Estados miembros de que la conformación de un mercado integrado laboral no sería posible a largo plazo si se dejase de regular aspectos tan importantes para la vida de los trabajadores migrantes y sus familiares como las prestaciones de vejez, de supervivencia, de accidente de trabajo y enfermedad profesional, subsidios de defunción, prestaciones de desempleo y de enfermedad.

⁸ T. K. HERVEY/J. V. McHALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge 2004, p. 69.

⁹ Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° L 149 de 05/07/1971 p. 2 – 50.

¹⁰ Diario Oficial L 074 de 27/03/1972 p. 1 – 83.

¹¹ S. MICHALOWSKI, "Health Care Law", en: *The European Charter of Fundamental Rights*, Oxford 2004, p. 290.

Al mismo tiempo llegó a tomarse conciencia de que factores de riesgo para la salud humana no se detienen ante las fronteras nacionales y que por lo tanto solo se les podía hacer frente mediante la introducción de estándares comunes de protección a nivel supranacional¹². Amenazas como la propagación de epidemias, el abuso de las drogas y el terrorismo por medio de agentes químicos y biológicos son de dimensión global y por lo tanto solo pueden ser combatidas de manera eficaz por una entidad capaz de coordinar la cooperación internacional. Por otra parte, la Unión Europea está hoy llamada a enfrentar igualmente los efectos de un fenómeno demográfico presente en casi la totalidad de sus Estados miembros que es el proceso de envejecimiento de la población europea¹³. Las expectativas de vida cada vez mayores de la población, asimismo que el coste de las nuevas tecnologías médicas someterán a largo plazo a los sistemas nacionales de seguridad social a fuertes presiones financieras que podrían estremecer los pilares del Estado social, particularmente en el ámbito de la salud¹⁴. El proceso evolutivo que el sistema de integración europeo sufrió en el curso de su historia tuvo como consecuencia una distribución gradual de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros. Es así que lejos de continuar siendo una competencia exclusiva de los Estados, esta nueva repartición de competencias hace hoy en día posible que en determinados casos la responsabilidad en materia de salud se encuentre en manos de los órganos comunitarios o sea objeto de una compleja interacción entre las autoridades nacionales y supranacionales.

¹² T. K. HERVEY/J. V. McHALE, obra citada, p. 391.

¹³ Según el antiguo Comisario responsable de la protección de la salud y del consumidor *David Byrne*, "[achieving good health] also means successfully tackling important challenges currently facing the European Union. These challenges include ageing-related conditions, high levels of lifestyle related diseases linked for example with obesity or tobacco consumption, a resurgence of serious communicable diseases, such as HIV/AIDS and the threat of new diseases such as SARS". *Enabling Good Health For All – A reflection process for a new EU health strategy*, Comisión Europea, Comunidades Europeas 2004, p. 5.

¹⁴ Con respecto al impacto de esta evolución en los sistemas de asistencia sanitaria y de cuidados de larga duración, el principal efecto del envejecimiento de la población estará relacionado con el aumento de personas mayores que necesitarán cuidados en las próximas décadas. De manera general, las personas mayores necesitan en efecto más cuidados sanitarios que las personas de los grupos de mayor actividad debido a la mayor incidencia de las enfermedades graves. Los perfiles de edad del gasto público en asistencia sanitaria y cuidados de larga duración muestran que los gastos son claramente más altos para los grupos de mayor edad que para los grupos de edad más jóvenes. Los sistemas de asistencia sanitaria deberán adaptarse también a los diferentes tipos de enfermedad relacionadas con el perfil de edad de los pacientes -las enfermedades relacionadas con la edad serán probablemente más frecuentes-. En materia de cuidados de larga duración, las demandas de cuidados de las personas mayores, por ejemplo la ayuda para realizar las tareas cotidianas, están relacionadas a menudo más con una discapacidad derivada de la vejez que con una enfermedad (Comunicación COM (2002) 774, de 3 enero de 2002, propuesta de Informe conjunto sobre asistencia sanitaria y atención a las personas mayores y apoyo de las estrategias nacionales para garantizar un alto nivel de protección social).

2. La integración y el concepto clásico del Estado de bienestar

Una de las mayores dificultades al estudiar la dimensión social de la Unión Europea reside en encontrar una definición satisfactoria para el un tanto difuso y vago concepto de política social, especialmente en lo que respecta a su aplicación a escala supranacional. A nivel nacional la política social se asocia generalmente al Estado de bienestar (el denominado "*welfare state*" en los países anglosajones), un concepto desarrollado más distintivamente durante la época de post-guerra en las economías de mercado liberales de Europa occidental y del norte – posteriormente con mayor énfasis también en el sur del continente a medida que estos países experimentaban una transformación de un punto de vista político y económico¹⁵. Las diversas tareas que estos Estados han venido asumiendo paulatinamente como la proporción de ayuda financiera a los discapacitados, la garantía de la igualdad entre los ciudadanos y la proporción de vivienda pública dan muestra de la integración de un claro elemento social destinado a corregir ciertos efectos perjudiciales de la economía de mercado. Generalmente se ofrecen diversas razones para justificar tal intervención estatal, entre las cuales figuran los ya mencionados principios de eficiencia, de igualdad o justicia social y de solidaridad. Independientemente de donde y por qué se articule una política social, el concepto clásico del Estado de bienestar exige la existencia de una autoridad gubernamental responsable, democráticamente electa por la ciudadanía y dotada de los poderes necesarios para crear y recaudar impuestos, así como para gastar y distribuir los recursos¹⁶. Por otra parte, el concepto de Estado de bienestar a nivel nacional se caracteriza por ser inevitablemente restrictivo al proveer determinados beneficios – apoyo financiero, pensiones, vivienda – dependiendo del estatus de residencia e incluso de la posesión formal de la ciudadanía del respectivo Estado. Resulta indudable que dichos criterios difícilmente podrían ser directamente aplicados al modelo de integración supranacional debido a que los orígenes de la política social se encuentran en el Estado nación.

La disolución gradual de los límites del Estado de bienestar nacional dentro de los Estados miembros de la Unión Europea fue una consecuencia de la integración europea y de las exigencias de sus Tratados fundacionales, entre las

¹⁵ G. BRONZINI, "La Carta dei diritti e il modello sociale europeo", en: *Una Costituzione per l'Europa – Potenzialità e limiti del nuovo ordinamento dell'Unione*, Roma 2004, p. 41; J. PUNZÓN MORALEDA/F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "The Welfare State Utopia: A new approach", en: *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, Año XIII (2003), n°6, p. 1392.

¹⁶ B. SCHULTE, "The Welfare State and European Integration", en: *European Journal of Social Security*, Tomo 1 (1999), p. 8.

cuales figura la garantía legal de igual tratamiento y la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. En este contexto debe considerarse decisivo el papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la defensa de los derechos de los ciudadanos provenientes de un Estado miembro a percibir prestaciones previstas por el régimen de protección a la salud de otro Estado miembro, sometiendo, no obstante, al mismo tiempo a los sistemas de bienestar y promoción social a presiones financieras potencialmente severas¹⁷. El símbolo más claro de este avance hacia un tratamiento por igual es el concepto del ciudadano de la Unión Europea que permite a los ciudadanos de todos los Estados miembros beneficiarse bajo determinadas condiciones de derechos otorgados por los sistemas de seguridad social de otros Estados miembros. Según el Tribunal de Justicia, la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros¹⁸. El concepto de ciudadano de la Unión ha tenido como consecuencia la supresión de la diferencia fundamental existente entre el Estado nación y la organización supranacional que reside precisamente en la ausencia, en el caso de esta última, de una comunidad humana, sometida a un poder soberano¹⁹, lo que ha permitido así el desarrollo de una política social *sui generis*, cuyos principios básicos están plasmados hoy en día en la Carta comunitaria de los derechos sociales de 1989 y en la Constitución Europea, como se verá más adelante. El desarrollo de este concepto de ciudadanía de la Unión Europea puede considerarse al mismo tiempo como la más clara manifestación de la conformación de una comunidad de destino a nivel supranacional.

III. Aspectos sociales en la Constitución Europea

A pesar del llamado por parte de numerosas organizaciones profesionales y agrupaciones civiles durante la fase de

negociación y de redacción de la Constitución Europea a elevar a la salud pública a la categoría de objetivo constitucional, ésta no figura entre los objetivos de la Unión enumerados en el artículo I-3. Esto permitiría suponer que la salud pública ocupa un lugar secundario frente a los objetivos explícitamente mencionados, entre los cuales cuentan el perfeccionamiento del mercado interior, el desarrollo sostenible y la protección del medioambiente²⁰. Por otra parte, el texto de Constitución aborda aspectos sociales en la totalidad de sus partes, de los cuales muchos pueden ser considerados como relacionados con la salud humana por lo menos en un sentido amplio. Relevantes desde el punto de vista de la protección de la salud pública son aquellas disposiciones de la Constitución que tienen como objetivo la protección de la salud del individuo, de su vida, de su integridad física y de su derecho a decidir libremente lo que es más conveniente para su bienestar.

1. Los valores y objetivos de la Unión Europea

El preámbulo hace referencia a "los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho". En ese contexto "Europa [...] se propone avanzar por la senda de la civilización, el progreso y la prosperidad por el bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos; de que quiere seguir siendo un continente abierto a la cultura, al saber y al progreso social; de que desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad en el mundo".

Los valores que figuran en el artículo I-2 incluyen el "respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres".

Los objetivos que enumera el artículo I-3 obligan a la Unión a "promover el bienestar de sus pueblos" y a obrar en pro del "desarrollo sostenible de Europa", incluyendo una "economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente". Además "combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño". Finalmente, la Unión "fomentará la cohesión

¹⁷ Y. JORENS, "The Right to Health Care across Borders", en: *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Bruselas 2002, p. 87. En su sentencia de 28 de abril de 1998, en el asunto *Kohll*, (C-158/96, Rec. p. I-1931, apartado 41) el Tribunal de Justicia reconoció el riesgo de un perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social y sostuvo por esa razón que tal riesgo podía, en principio, constituir una razón imperiosa de interés general que justifique la imposición de restricciones a la libre prestación de servicios. Véase las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 18 de mayo de 2000 en el asunto *Smits y Peerbooms* (C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473, punto 72).

¹⁸ Sentencia de 20 de septiembre de 2001, Rudy Grzelczyk contra Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve (asunto C-184/99, Rec. p. 184/99).

¹⁹ Según *Georg Jellinek*, el Estado suele definirse como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio. R. ZIPPELIUS, obra citada, p. 81.

²⁰ P. BELCHER/M. McKEE/T. ROSE, "Is health in the European Convention?", en: *eurohealth*, Volumen 9, número 2, Verano 2003, p. 1.

económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros".

La referencia manifiesta al "bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos" en el preámbulo y a la necesidad de "promover el bienestar de los pueblos de la Unión" en el artículo I-2 contiene una clara connotación con la política sanitaria, ya que bajo el término de bienestar puede interpretarse la salud física, mental y social del individuo. No obstante, el texto de esta Constitución requerirá de una precisión por parte del Tribunal de Justicia, ya que ciertas disposiciones podrían aún considerarse difícil de interpretar e incluso dar lugar a controversias. La frase "derechos de las personas pertenecientes a minorías" en el artículo I-2 fue incluida durante la fase de negociación y redacción en el seno de la Conferencia Intergubernamental posterior a la Convención Europea. Es una frase derivada del Derecho internacional público que llegó a constituir uno de los denominados criterios políticos de Copenhague. Su inclusión se basó sin duda en la experiencia tenida al tratarse la situación de los pueblos Sinti y Roma en Europa oriental en el marco del proceso de ampliación. Esta frase probablemente no armonizará con los textos y los valores de todas las constituciones de los Estados miembros. Especialmente en Francia el término de minoría podría entrar en conflicto con la noción unitaria de la persona humana. Además, la Constitución no efectúa una clara distinción entre valores y objetivos, aunque posiblemente estos últimos son más precisos que los primeros.

2. Los derechos fundamentales en la Unión Europea

La política sanitaria constituye una materia en plena evolución en todos los Estados miembros, debido a los ya mencionados cambios demográficos, a los efectos de la unión económica y monetaria en los sistemas nacionales de seguridad social, pero también debido a los recientes avances tecnológicos, como por ejemplo en el campo de la ingeniería genética. Los logros obtenidos en esta rama de la ciencia han hecho posible el desarrollo de nuevos métodos para facilitar la clonación, la selección del sexo de los niños y la terapia genética. Muchos de estos temas son muy problemáticos desde un punto de vista ético y por lo tanto han suscitado un gran debate a nivel internacional respecto a la dignidad humana y a los límites de la ciencia. La política sanitaria tiene serias implicaciones para el ámbito de los derechos humanos. La Unión Europea está llamada a participar en este debate, haciendo uso de su peso político en el plano internacional, en defensa de los valores en los cuales se basa esta comunidad de Derecho y

que reúne en su Constitución, sobre todo de la dignidad humana²¹.

La parte segunda de la Constitución incorpora la Carta de los Derechos Fundamentales en el Texto de Constitución, dotando a la Unión Europea finalmente de un catálogo de derechos fundamentales con efecto vinculante para las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión conforme al artículo II-111. Nótese primeramente que la parte segunda se encuentra dividida en siete títulos, además del preámbulo, de los cuales cinco están denominados "dignidad", "libertades", "igualdad", "solidaridad" y "justicia", lo que parece evocar los principios que caracterizan al modelo social europeo²².

Asimismo, el apartado 3 del artículo I-9 señala que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. Esta última disposición codifica la situación legal vigente, tal como fue desarrollada por el Tribunal de Justicia. Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al efecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos reviste a este respecto un significado particular. Estos principios desarrollados por la jurisprudencia se codificaron en lo que es actualmente el artículo 6 TUE, apartado 2²³.

Un gran avance de la Constitución Europea constituye sin lugar a dudas el proyecto de la Unión Europea de adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Este

²¹ G. BRONZINI, obra citada, p. 41, sugiere que la Constitución Europea recoge una serie de valores como el respeto a la dignidad humana, la prohibición de la pena de muerte, la educación gratuita, así como la protección de la salud y la asistencia social, los cuales, en su conjunto, representan un determinado *modus vivendi* europeo en el escenario mundial.

²² M. GIJZEN, "The Charter: A Milestone for Social Protection in Europe?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2000), Tomo 8, Nº 1, p. 38; A. EUZÉBY, *Union Européenne et protection sociale: quelques points de repère*, en: *Quel avenir pour l'Union Européenne?*, Bruselas 2004, p. 244 y ss.

²³ Sentencia de 6 de marzo de 2001, Connolly (asunto C-274/99 P, Rec. p. I-1611), apartados 37-42. Ver también la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Airways/Irlanda* (asunto 45036/98), apartados 73 y 159.

nuevo Tratado trae consigo las modificaciones al ordenamiento jurídico de la Unión que el Tribunal de Justicia había considerado necesarias para alcanzar este objetivo. Cabe recordar que el Tribunal de Justicia había señalado expresamente en su dictamen que en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no disponía de la competencia necesaria y una adhesión no sería factible recurriendo a la base jurídica del artículo 235 TCE (el actual artículo 308 CE). Agregó asimismo que la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales traería consigo un cambio substancial del régimen actual de la protección de los Derechos del hombre, en la medida que esto tendría como consecuencia la inserción de la Comunidad en un sistema institucional distinto, al igual que la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario. Una modificación del régimen de protección de los Derechos del hombre en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían igualmente fundamentales tanto para la Comunidad que para los Estados miembros tendría una envergadura constitucional, y por lo tanto, excedería por su naturaleza misma los límites del artículo 235 TCE. El Tribunal de Justicia finaliza su dictamen declarando como única vía la modificación de los Tratados fundacionales²⁴.

La incorporación de un catálogo de derechos fundamentales contribuirá posiblemente a sensibilizar a los órganos legisladores de la Unión Europea sobre las consecuencias de la aprobación de ciertos actos legislativos para el ciudadano. Los litigios ante los órganos judiciales comunitarios podrían en un futuro tener un mayor enfoque hacia aspectos relacionados con la protección de los derechos de los ciudadanos²⁵. Los Estados miembros u órganos como el Parlamento Europeo podrían expresar su desacuerdo político a través de la impugnación de actos de la Unión Europea en materia de salud pública, basando su acción en una supuesta vulneración de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución. Se sobreentiende que los

particulares, en su calidad de afectados inmediatos, podrían igualmente someter estos actos jurídicos a un control judicial, sirviéndose del sistema de recursos que el sistema judicial comunitario pone a su disposición, en primer lugar de la acción de nulidad, pero también del procedimiento de cuestión prejudicial²⁶. La protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos adquirirá una nueva dimensión en el ordenamiento jurídico comunitario, debido a que por primera vez se incorpora en un Tratado constitutivo de la Unión Europea el principio de tutela judicial efectiva a través de los artículos I-29, II-207, III-257, III-269 de la Constitución²⁷. Este control judicial es por cierto posible hoy en día gracias al ya mencionado método deductivo y comparativo desarrollado por el Tribunal de Justicia²⁸.

Si bien es difícil pronosticar el impacto que tendrá a largo plazo la incorporación de un catálogo de derechos fundamentales en el Tratado de Constitución en las políticas de la Unión y de sus Estados miembros, se puede afirmar que esto constituye un importante paso hacia la conformación de una unión política basada en derechos fundamentales, ahora más visibles que nunca para el ciudadano de la Unión²⁹.

El respeto a la dignidad humana establecido en el artículo II-61 constituye el derecho fundamental de mayor rango, según se puede deducir de su posición al inicio de la parte segunda. Esta disposición se basa de cierta manera en una concepción objetiva de la dignidad, al prohibirse en el artículo II-63, apartado 2, de antemano ciertos actos que el poder constituyente declara sin excepción alguna como vulneraciones de este derecho fundamental. Dado el hecho

²⁴ Dictamen del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996, Adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Dictamen 2/94 Rec. p. I-1759).

²⁵ En su sentencia de 9 de octubre de 2001, Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (asunto C-377/98, Rec. p. I-7079) el Tribunal de Justicia declaró, al interpretar la Directiva 98/44/CE, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, que le correspondía, al controlar la conformidad de los actos de las instituciones con los principios generales del Derecho comunitario, velar por que se respete el derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona. Consideró sin embargo que esta norma comunitaria limitaba el Derecho de patentes de modo suficientemente estricto para que el cuerpo humano permaneciera efectivamente indisponible e inalienable, garantizándose así el respeto de la dignidad humana.

²⁶ M. CARRILLO, "Los derechos fundamentales en la Constitución Europea", en: *El reto constitucional de Europa*, Madrid 2005, p. 212 y M. GIJZEN, obra citada, p. 46, recuerdan que la cuestión prejudicial del artículo 234 TCE es igualmente una forma a través de la cual el juez nacional puede ejercer una función de tutela difusa de los derechos fundamentales que eventualmente puedan quedar afectados por una norma comunitaria de contenido lesivo.

²⁷ Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de tutela judicial efectiva es un principio del Derecho comunitario que debe ser respetado por los órganos judiciales comunitarios y nacionales. Sentencias de 11 de septiembre de 2003, *Safalero Srl contra Prefetto di Genova* (asunto C-13/01, Rec. p. I-8679), apartado 50, de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores contra Consejo de la Unión Europea* (C-50/00, Rec. p. I-6677), apartados 38 y 39.

²⁸ D. RUIZ-JARABO COLOMER/B. CORREA GUIMERÁ, "La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en: *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*, Barcelona 1999, p. 132; D. RUIZ-JARABO COLOMER, Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea, en: *Revista de Instituciones Europeas*, Volumen 17, 1990, p. 175 y ss.

²⁹ M. HILF, "Os direitos fundamentais na Constituição Europeia", en: *Uma Constituição para a Europa*, Coimbra 2004, p. 188; F. DEHOUSSE/W. COUSSENS, "El Tratado Constitucional de la Convención para Europa: un texto demasiado convencional", en: *El reto constitucional de Europa*, Madrid 2005, p. 46.

de que la mayoría de estas prohibiciones conciernen técnicas relacionadas a la biotecnología como la eugenesia³⁰ y la clonación, podría afirmarse que la Constitución define claramente los límites de la ciencia, dándole una clara prevalencia a la protección de la dignidad humana frente a los intereses de la ciencia, cuya libertad se encuentra además protegida por la Constitución en su artículo II-73. La prohibición de la clonación reproductora de seres humanos tiene como objetivo evitar una instrumentalización del clon. Estas disposiciones se inspiraron en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, suscrito en la ciudad de Oviedo el 4 de enero de 1999 y en vigor en España desde 1 de enero de 2000³¹. Se basa igualmente en el Protocolo Adicional al Convenio sobre la prohibición de la clonación de seres humanos, firmado en París el 12 de enero de 1998³².

En la Unión Europea, un número creciente de pacientes recibe tratamientos basados en sustancias biológicas donadas por otras personas, entre las que se incluyen la sangre, los tejidos, las células y los órganos humanos completos. Estas sustancias son de alto valor terapéutico,

pero también pueden acarrear riesgos a sus receptores, especialmente por lo que se refiere al contagio de enfermedades transmisibles. La Comunidad contribuye a reducir tales riesgos mediante la adopción de legislación sobre la calidad y la seguridad de dichas sustancias³³. Dicha legislación tiene relevancia para la protección de los derechos fundamentales del ciudadano de la Unión, especialmente para el derecho a la integridad física (artículo II-63) y el derecho a la vida (artículo II-62), por lo que la cuestión relativa a su conformidad con los respectivos derechos fundamentales garantizados por la Constitución podría ser objeto de control judicial en un futuro. Lo mismo sería en el caso de una Directiva comunitaria que permita la investigación de células madre haciendo para tal motivo uso de material proveniente de fetos humanos. Por otro lado, la Constitución es muy clara en ciertos aspectos de la terapia médica al prohibir explícitamente la clonación reproductora de seres humanos en el artículo II-63, apartado 2, letra d). Aspectos relacionados con la reproducción humana sujetos en un futuro a reglamentación a escala supranacional podrían tener implicaciones para el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, ambos establecidos en el artículo II-69.

Otro problema que podría ocupar al Tribunal de Justicia en un futuro implicaría la cuestión referente a la posibilidad de patentar productos médicos u otros bienes hechos a base de material genético humano con arreglo a la legislación comunitaria. El artículo II-63, apartado 2 dispone que deberá respetarse "la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro". La legislación que se aprobara en un futuro con el objeto de ampliar la protección de patentes hacia inventos basados en genes humanos podría en principio violar dicha disposición. Otro aspecto concierne el interrogante de si el artículo II-63, apartado 2 debe ser considerado una lista taxativa de prohibiciones. Las palabras "en particular" sugieren lo contrario, de manera que sería factible una ampliación por parte de la jurisprudencia, sobre todo teniendo en cuenta los avances de la ciencia en el campo de la biotecnología y los desafíos que estos constituyen para la sociedad desde un punto de vista ético.

Por otra parte, el posible impacto de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dotada de carácter vinculante en el ámbito de la salud podría ser relati-

³⁰ Eugenesia es el nombre que se le da al uso de la selección artificial para promover el mejoramiento de las especies, utilizando técnicas diversas, pero que se centran en la promoción de la reproducción de individuos con una característica genotípica/fenotípica deseable, y en la desanimación de la reproducción de aquellos individuos con características indeseables. El movimiento eugenista fue fundado por *Sir Francis Galton*, nacido en 1822 y primo hermano de *Charles Darwin*, quien derivó su idea principal de la crianza de caballos de carrera. La etimología griecolatina de eugenesia quiere decir "bien nacido". La eugenesia puede efectuarse por medio de la selección de los progenitores, la eliminación selectiva de los individuos que por mutación presenten características indeseables y actualmente, utilizando la manipulación genética directa. Aunque el término eugenesia es apropiado para referirse al proceso de selección artificial que se efectúa en los animales y en las plantas útiles al hombre, aplicado en los seres humanos se le asocia frecuentemente con ideologías con elementos racistas (por ejemplo, el nacional socialismo). Por esa razón el término ha caído en desuso incluso para referirse el proceso de selección artificial de animales y plantas, prefiriéndose cualquier otro.

³¹ También denominado Convenio Europeo de los Derechos humanos y la Biomedicina (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>).

³² El párrafo tercero de la nota adjunta a este Protocolo indica que "deliberately cloning humans is a threat to human identity, as it would give up the indispensable protection against the predetermination of the human genetic constitution by a third party. Further ethical reasoning for a prohibition to clone human beings is based first and foremost on human dignity which is endangered by instrumentalisation through artificial human cloning. Even if in the future, in theory, a situation could be conceived, which might seem to exclude the instrumentalisation of artificially cloned human offspring, this is not considered a sufficient ethical justification for the cloning of human beings. As naturally occurring genetic recombination is likely to create more freedom for the human being than a predetermined genetic make up, it is in the interest of all persons to keep the essentially random nature of the composition of their own genes".

³³ En concreto se trata de 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, así como de la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes.

vamente limitado, debido a que resulta difícil imaginar constelaciones en las que, por ejemplo, el derecho a la vida podría incidir en materias de competencia comunitaria. No obstante, no se puede excluir la posibilidad de que se recurra a este derecho en situaciones de emergencia, en las que el derecho de un ciudadano de la Unión a la protección de su salud, es decir, el derecho a recibir atención médica en otro Estado miembro, se encuentra en peligro. Tal es el caso en el asunto *Smits y Peerbooms*, donde un ciudadano neerlandés que se encontraba en estado de coma después de sufrir un accidente, fue transferido a una clínica especializada en Austria y alegó una violación de su derecho a recibir servicios de salud cuando se le denegó posteriormente el reembolso de sus gastos médicos en el extranjero³⁴. Este aspecto relacionado con el derecho a la protección de la salud será tratado con mayor detalle más adelante.

La libertad de expresión es reconocida por la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 10 y por lo tanto constituye un principio general del Derecho comunitario³⁵. La libertad de expresión es un pilar fundamental de toda sociedad democrática. Su inclusión expresa en el texto de la Constitución podría llevar a diversos grupos interesados a solicitar ante los tribunales comunitarios un control de legalidad de diversas iniciativas de la Unión Europea destinadas a proteger y promover la salud pública, como sería la reglamentación comunitaria relativa a la publicidad de medicamentos que requieren una prescripción médica o del tabaco. El artículo II-71 contiene además de la libertad de expresión a la libertad de información. Según esta disposición, la libertad de información "comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras". Esta libertad tuvo relevancia para el ámbito de salud en la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 1991 en el asunto *Grogan*, que tuvo como objeto la prohibición por parte del Estado irlandés, dirigida a diversas organizaciones irlandesas de divulgar información sobre clínicas que realizan interrupciones voluntarias del embarazo en otros Estados miembros. El Tribunal de Justicia no dudó en considerar la interrupción médica del embarazo efectuada de acuerdo a las disposiciones nacionales como un servicio en el sentido del artículo 50 TCE. Por otra parte, si bien el Tribunal reconoció que la divulgación constituía una manifestación de la libertad de información, negó que se hubiese vulnerado los derechos

fundamentales de aquellas asociaciones debido a que el acto de divulgación de información por parte de terceras personas no podía considerarse como una restricción a la libre prestación de servicios en los términos del artículo 49 CE³⁶.

Una disposición que no tiene correspondiente inmediato en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es la contenida en el artículo II-68 relativo a la protección de datos de carácter personal³⁷. Podría encontrar una aplicación en las medidas nacionales de implementación de la Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos³⁸, cuya base jurídica viene a ser el artículo 95 CE, así como de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas³⁹. Por otra parte, se puede esperar especialmente una amplia aplicación de esta disposición en el sector de la salud pública, sea en el marco de las medidas adoptadas por la Unión Europea misma, como de las medidas nacionales de implementación. La relevancia de este derecho fundamental para el ámbito de la salud pública se explica por el alto grado de confidencialidad que exige tradicionalmente la ética médica respecto al uso y almacenamiento de ciertos datos considerados sensibles para el paciente. En consecuencia, podría utilizarse para garantizar la protección de archivos e historiales médicos.

Es importante resaltar una vez más la relevancia del artículo II-111. Si bien esta disposición prevé que el catálogo de derechos fundamentales será vinculante para las instituciones, órganos y organismos de la Unión, añade que lo mismo valdrá cuando los Estados miembros apliquen el Derecho de la Unión. La relevancia para el ámbito de la salud se manifiesta en aquellas medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del Derecho del mercado interno europeo, por ejemplo en las que se define la libertad de prestar y recibir servicios médicos, conforme a lo establecido en el artículo II-95. Esta disposición tiene su

³⁴ Sentencia de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms* (C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473).

³⁵ Esto parece sugerir la sentencia de 6 de marzo de 2001, *Connolly* (asunto C-274/99 P, Rec. p. I-1611), apartados 37-42. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 19 de octubre de 2000 en el asunto C-274/99 P, puntos 9 y 10.

³⁶ Sentencia de 4 de octubre de 1991, *Grogan* (asunto C-159/90, Rec. p. I-4685), apartado 21.

³⁷ En el marco del Consejo de Europa se suele garantizar la protección de los datos personales de una persona a través del derecho a la vida privada previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En sus sentencias de 27 de agosto de 1997 (*M.S./Suecia*) y de 25 de febrero de (*Z./Finlandia*) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que el historial médico de un paciente está protegido por el artículo 8 del Convenio.

³⁸ 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, Diario Oficial L 281 de 23/11/1995, p. 31 – 50.

³⁹ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), Diario Oficial L 201 de 31/07/2002, p. 37-47.

origen en el artículo 11 de la Carta Social Europea y garantiza el derecho a acceder a la prevención sanitaria y a la atención médica, mientras que la segunda frase reitera el objetivo programático del artículo 152 CE al señalar que al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana. La primera frase del artículo II-95 está formulada como un derecho individual, lo que permite suponer que constituye un derecho fundamental⁴⁰. La segunda frase está dirigida a la Unión y sus Estados miembros, de manera que debe entenderse como una disposición de carácter programático. Esta disposición debe interpretarse en relación con el artículo II-94, el cual determina que "toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales". De esto se traduce un claro reconocimiento por parte de la Unión de las competencias originarias de los Estados miembros en la política social y de salud, mientras que al mismo tiempo se reitera la existencia de un marco constitucional supranacional que éstos deberán respetar. La Constitución toma así en cuenta el hecho de que los sistemas sanitarios y las políticas en materia de salud se encuentran hoy en día más interrelacionados que nunca. Un examen de los sistemas de salud de los diferentes Estados miembros excedería el marco de esta conferencia y sería poco útil. A efectos de evaluar la dimensión social de la Constitución Europea conviene más bien analizar el marco constitucional que ofrece el Derecho comunitario mediante un estudio de las competencias otorgadas a la Unión Europea en el ámbito de la salud.

3. Las competencias de la Unión Europea en materia de salud pública

a) Las bases jurídicas en la Constitución Europea

La Constitución Europea da testimonio de un largo proceso evolutivo marcado por la inquietud tanto de los Estados miembros como de los órganos comunitarios de responder a los desafíos del tiempo. Constituye una especie de síntesis de los logros obtenidos a lo largo del proceso de integración, por lo que resulta indispensable analizar sus disposiciones teniendo en cuenta la evolución del Derecho comunitario a fin de entender mejor el proceso de constitucionalización, dándose un enfoque prioritario a las competencias de la Unión Europea en el ámbito de la salud.

⁴⁰ A. W. HERINGA/L. HERVEY, "The EU Charter: Text and Structure", en: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2000), Tomo 8, N° 1, p. 30.

Uno de los objetivos principales de la Convención Europea fue el de trazar de manera más clara la división de competencias entre los órganos e instituciones de la Unión Europea y de los Estados miembros. Si bien no se impuso la idea inicial de crear un catálogo detallado y cerrado de competencias⁴¹, tal como es el caso en las constituciones nacionales, se logró especificar las diferentes categorías de competencias, algo que hasta la fecha no había sido siempre fácil realizar, debido a la ambigüedad de los Tratados actuales y que por lo tanto había requerido de una precisión por parte del Tribunal de Justicia. La Constitución Europea distingue en su artículo I-12 tres categorías distintas: la competencia exclusiva, la competencia compartida y aquellos ámbitos en que la Unión apoyará, coordinará o complementará la actividad de los Estados miembros. El ámbito de la protección y mejora de la salud humana pertenece a esta categoría según el artículo I-17. La base jurídica central para la articulación de la actividad de la futura Unión Europea en materia de salud pública se encuentra en el capítulo V, sección primera, artículo III-278. Por otra parte, tal como se señaló en un inicio, existen otros ámbitos de competencia comunitaria que influyen indirectamente en la política sanitaria, como son principalmente las competencias armonizadoras del mercado interno y la política comunitaria relativa a la protección del consumidor, pero también la política agraria común, de transporte, política medioambiental, la política de competencia, de investigación y desarrollo tecnológico, de cooperación al desarrollo e incluso algunos aspectos del área laboral de la política social⁴². Las medidas de la futura Unión Europea que puedan tener incidencia en materia de salud pública serán aprobadas después de entrar en vigor la Constitución Europea conforme a las bases jurídicas (con carácter de *leges speciales* frente a aquellas de la política sanitaria) que ésta contiene como en el artículo III-231 de la política agrícola común, en el artículo III-236 de la política común de transportes, en el artículo III-210 de la política social, en el artículo III-315 de la política

⁴¹ A. MANGAS MARTÍN, *La Constitución Europea*, Madrid 2005, p. 73 y ss.

⁴² La política agraria común tiene implicaciones en la seguridad de los alimentos igualmente desde el punto de vista de protección al consumidor, lo que constituye un factor determinante para la salud pública. Lo mismo es el caso respecto a la seguridad vial en el área de transportes. La pureza del agua y del aire son igualmente importantes para la salud pública, debido a la posible existencia de sustancias nocivas. La aplicación del Derecho de competencia para combatir la formación de carteles entre empresas farmacéuticas o subsidios ilegales que podrían influir en el precio de ciertos fármacos. En el ámbito de la investigación, la Comunidad Europea apoya diversos proyectos de investigación y de desarrollo tecnológico para mejorar la competitividad de la industria europea en varios campos, incluyendo el de la salud. Asimismo contribuye en el marco de la cooperación al desarrollo de programas de prevención al SIDA y a la drogadicción en terceros países. Véase J. C. WICHARD, en: Calliess/Ruffert (editores), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. edición, Neuwied 2002, artículo 152, punto 25 y ss.

comercial común, en el artículo III-235 sobre la protección de los consumidores, en el artículo III-234 sobre la política de protección del medio ambiente y en el artículo III-317 sobre la política de cooperación para el desarrollo. Estas bases jurídicas se ven reforzadas por la disposición central del artículo II-95, segunda frase, cuyo contenido es reproducido por el artículo III-278, apartado 1, el cual está a su vez inspirado en el actual artículo 152, apartado 1 TCE. De acuerdo a estas normas, se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión. Esta disposición debe interpretarse como una cláusula de coherencia horizontal que tiene en cuenta las repercusiones que pueden tener las diversas políticas de la Unión en el campo de la salud pública. Ella constituye un testimonio del origen de la política sanitaria como competencia horizontal y su desarrollo hacia una política autónoma dentro los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea.

La antigua cláusula de flexibilidad no fue suprimida, ya que ni la Convención ni la Conferencia Gubernamental consideraron prudente eliminarla pues había sido muy útil en el pasado, como se verá más adelante⁴³. Ella sigue vigente en el artículo I-18. La novedad estriba en que se exigirá no la mera consulta del Parlamento Europeo, como hasta ahora, sino su previa aprobación. También se abre al control de los Parlamentos nacionales pues deben ser avisados por la Comisión de estas propuestas para que comprueben que no violarán el principio de subsidiariedad. También es una novedad el hecho de que impida la utilización de la cláusula para armonizar las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros cuando la Constitución excluya dicha armonización.

La distribución de las bases jurídicas entre las diferentes competencias puede hacer difícil la elección de la base jurídica correcta. El Tribunal de Justicia ha indicado en numerosas oportunidades que la elección de la base jurídica de un acto comunitario es una cuestión jurídica, ya que debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional. Entre tales elementos figuran, en particular, el objetivo y el contenido del acto⁴⁴. La elección de la base jurídica exige un buen conocimiento del alcance de las respectivas bases jurídicas, por lo que a continuación se procederá a su análisis.

b) La base jurídica central y la evolución de la política sanitaria comunitaria

La base jurídica central para la articulación de la actividad de la futura Unión Europea en materia de salud pública se encuentra en el capítulo V, sección primera, artículo III-278 y tiene su origen en el actual artículo 152 CE. La evolución de las bases jurídicas solo puede ser objeto de estudio si tiene en cuenta su contexto histórico.

aa) Tratado de Maastricht

Los órganos de la Unión Europea no tuvieron competencia explícita alguna en el ámbito de la salud hasta la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. No obstante, se puede constatar una actividad a escala supranacional desde fines de la década de los setenta. El TCE establecía que la Comunidad tendría como misión "una elevación del nivel de vida", por lo que se llegó a suponer que la protección de la salud constituía uno de sus objetivos. Fundándose en esta interpretación, se comenzaron a adoptar cada vez más medidas legislativas, basándose en la base jurídica del antiguo artículo 235 TCE (el actual artículo 308 CE).

Entre las medidas que se adoptaron gracias a una interpretación extensa de los artículos 2 y 235 TCE figuran diversas iniciativas de cooperación entre los Estados miembros en materia de salud pública como los programas "Europa contra el cáncer"⁴⁵ del año 1989 y "Europa contra el SIDA"⁴⁶ de 1991. La introducción de una base jurídica específica en los Tratados fundacionales de la Comunidad Europea se llevó a cabo a través del Tratado modificadorio de Maastricht, que entró en vigor en 1993. La razón de esta decisión parece haber residido en la percepción general de que ciertos problemas relacionados con la política sanitaria difícilmente podrían ser resueltos a nivel nacional. Es muy posible que los Gobiernos de los Estados miembros hayan compartido el mismo temor hacia determinadas amenazas para la salud pública, especialmente provenientes de nuevas enfermedades como el SIDA. Por otra parte, es igualmente probable que los Estados miembros hayan optado por incluir esta nueva disposición en el Tratado CE con el objetivo de evitar una dilatación cada vez mayor y potencialmente ilimitada de

⁴³ A. MANGAS MARTÍN, obra citada, p. 87.

⁴⁴ Sentencias de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Rec. p. I-5755), apartado 25, de 26 de marzo de 1987 (asunto 45/86, Rec. p. 1493), apartado 11, de 11 de junio de 1991 (C-300/89, Rec. p. I-2867), apartado 10.

⁴⁵ Decisión 88/351/CEE del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 21 de junio de 1988, por la que se adopta un plan de acción 1988-1989 relativo a una campaña de información y sensibilización en el marco del programa "Europa contra el cáncer", Diario Oficial L 160 de 28/06/1988, p. 52.

⁴⁶ Decisión 91/317/CEE del Consejo y de los Ministros de sanidad de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 4 de junio de 1991, por el que se aprueba un plan de acción 1991-1993 en el marco del programa "Europa contra el SIDA", Diario Oficial n° L 175 de 04/07/1991, p. 26 – 29.

las competencias de la Comunidad Europea⁴⁷. El antiguo artículo 129 TCE puede ser visto como una suerte de compromiso entre aquellos Estados miembros que no deseaban conferir competencia alguna a la Comunidad en materia de sanidad y aquellos otros que querían un avance en la integración. Para algunos, la inserción del antiguo artículo 129 CE fue visto como una forma de poner límites a la actividad comunitaria, mientras que otros vieron en este acto únicamente una manera de formalizar el *status quo*.

La innovación del artículo 129 TCE consistió en que por primera vez se introdujo una base jurídica específica para aquellas materias que tienen como objetivo la protección de la salud pública, en el sentido de la protección de la colectividad contra amenazas comunes (enfermedades transmisibles, tabaco, alcohol, etc.), a diferencia de la protección individual, como podría ser la protección de la salud de los trabajadores.

No obstante, la política sanitaria permaneció siendo una política de apoyo, es decir, un ámbito en que las actividades de los órganos comunitarios estaban limitadas a la coordinación de las políticas de los Estados miembros, puesto que se excluía expresamente la armonización de las legislaciones nacionales. Por otro lado, los Estados miembros estaban obligados a colaborar con la Comisión. Para este objetivo se le otorgó un derecho de iniciativa para proponer medidas que promoverían la coordinación entre los Estados miembros en esta área. El artículo 129 TCE constituyó la base jurídica según la cual el Consejo y el Parlamento podían adoptar medidas de incentivo de acuerdo al procedimiento de co-decisión, o recomendaciones, por mayoría calificada previa proposición de la Comisión. Fue gracias a la atribución de una competencia formal que la Comunidad pudo fundar sus actividades en una base legal más firme.

La competencia de la Comunidad en el ámbito de la salud se manifestó de manera más clara en la Decisión del Consejo sobre la acción futura en el campo de la salud pública. Esta Decisión fue concretizada por un gran número de programas de acción desarrollados por la Comisión que incluían programas de información para la ciudadanía respecto a la salud pública, de lucha contra el SIDA, el cáncer, la drogadicción y de promoción de la salud.

bb) Tratado de Amsterdam/Niza

La crisis debida a la aparición de la *Encefalopatía espongiforme bovina* (EEB) aparentemente convenció a los Gobiernos de los Estados miembros de la necesidad de

tomar medidas al respecto. El resultado fue la creación del actual artículo 152 TCE que introdujo importantes innovaciones. La primera innovación de esta disposición la constituye la cláusula de coherencia horizontal del apartado 1, que como se verá más adelante, fue mantenida en la Constitución. Esta disposición armoniza con los nuevos artículos 2 y 3, apartado 1, letra p) TCE que establecen como objetivos de la Comunidad Europea "la elevación del nivel y de la calidad de vida" e incluye como una de sus acciones "una contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud".

Durante el proceso de evolución de los Tratados modificatorios de Maastricht a Amsterdam es posible observar un refuerzo de la obligación impuesta a los órganos de la Comunidad Europea. Mientras que en el antiguo artículo 129 TCE se hablaba aún de "contribuir" a la consecución de un alto nivel de protección de la salud humana, el actual artículo 152 TCE lo "garantiza". Además, las acciones de la Comunidad no se limitan más a la "prevención de las enfermedades", sino que han sido ampliadas a fin de promover la salud pública. El artículo 152, apartado 1 TCE establece que "la acción de la Comunidad se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de de peligro para la salud humana". La referencia a las enfermedades más graves, a la información y la prevención sanitarias no fue sujeta a modificaciones. Por otra parte, se reformula la base jurídica, ampliando su campo de aplicación. Es así que desaparece por ejemplo la mención explícita a la toxicomanía, pudiéndosele no obstante seguir subsumiendo bajo el término más amplio de "fuente de peligro". Su posición sistemática permite deducir que la competencia de la Comunidad residirá más que nada en la prevención. De esto resulta que la prevención no se efectuará únicamente respecto al problema de la drogadicción, sino también del consumo de tabaco.

Asimismo, el artículo 152, apartado 1 TCE ha sido reformulado de tal manera que además de la protección de la salud pública, en el sentido de la protección del bienestar colectivo, comprende la protección del individuo. La frase "prevenir las enfermedades humanas" implica por lo menos potencialmente la preocupación por el bienestar individual. En suma se puede constatar una ampliación de las competencias de la Comunidad Europea en el ámbito de la salud respecto al Tratado de Maastricht.

El artículo 152, apartado 2 TCE define la división de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad Europea en el área de salud pública. La disposición muestra claramente que, conforme al principio de subsidiariedad, las competencias principales en el campo de la salud per-

⁴⁷ T. K. HERVEY, "The Legal Basis of European Community Public Health Law", en: *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Bruselas 2002, p. 26.

manecen en los Estados miembros⁴⁸. Esto es resaltado por el párrafo 5. Los órganos comunitarios disponen únicamente de una competencia si se puede esperar un cierto valor agregado de la acción comunitaria. Esta disposición es únicamente aplicable en el marco de la actividad comunitaria en el área de la salud pública. En el ámbito del mercado interior europeo, donde la actividad comunitaria es mayor, puede apreciarse igualmente un claro reconocimiento de la competencia nacional en materia de salud en los motivos que pueden justificar restricciones a las libertades fundamentales. El artículo 30 TCE, aplicable a la libre circulación de mercancías, prevé que se podrán justificar prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito de bienes por razones de la protección de la salud y vida de las personas. Disposiciones similares que subrayan esta prerrogativa de los Estados miembros existen en los artículos 46, 55 y 95, apartado 4 TCE.

El artículo 152, apartado 4 TCE establece los mecanismos e instrumentos a través de los cuales los órganos de la Comunidad podrán actuar en el ámbito de la salud. Se prevén dos tipos de actos en forma de "medidas" (artículo 154, apartado 4, letra a y b) y de "medidas de fomento" (artículo 152, apartado 4, letra c). Las "medidas de fomento" excluyen expresamente cualquier armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, mientras que las "medidas" incluyen de manera implícita la armonización a través de Reglamentos, Directivas y demás actos jurídicos. Esta competencia armonizadora constituye un avance frente al Tratado de Maastricht que otorgaba una competencia limitada a la adopción de "medidas de fomento".

El artículo 152 TCE incluye dos áreas en las que se podrán adoptar medidas. Se trata de "medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y derivados de la sangre" y de "medidas en los ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo la protección de la salud pública". Estas disposiciones constituyen una ampliación de las competencias ya otorgadas a la Comunidad según el artículo 37 TCE en el marco de la política agraria común, probablemente con el objetivo de hacer frente a la crisis de la EEB que afectó a varios Estados miembros. Esta disposición puede interpretarse como una derogación del artículo 37 TCE, puesto que sustrae las medidas veterinarias y fitosanitarias relacionadas con la salud humana del campo de aplicación de la política agraria común.

Las disposiciones del artículo 152, apartado 4, letra a) constituyen una ampliación de las competencias de la Comunidad que puede explicarse principalmente con la serie de escándalos suscitados en Francia en la década de los noventa sobre la distribución y transfusión de conservas de sangre contaminadas con el virus del SIDA. Su inclusión se debe igualmente a la emergencia de un nuevo mercado europeo de sangre humana, órganos y demás sustancias. La inclusión de una base jurídica especial para esta última materia resultaría necesaria, ya que aún persisten ciertas dudas en los Estados miembros respecto a la legitimidad ética de la aplicación de las bases jurídicas del mercado interior o de protección del consumidor a la comercialización de dichos sustancias y tejidos. Este escepticismo se refleja a nivel internacional en el ya mencionado Convenio Europeo de los Derechos humanos y la Biomedicina⁴⁹ y sobre todo en su Protocolo adicional que se refiere al trasplante de órganos y tejidos de origen humano, elaborado el 24 de enero de 2002, pero que no entró en vigor hasta la fecha⁵⁰. El tráfico de órganos y tejidos humanos ha sido igualmente condenado en reiteradas oportunidades por la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁵¹.

cc) El Tratado de la Constitución Europea

La base jurídica del artículo III-278 se encuentra en la parte tercera, capítulo V del Tratado de la Constitución Europea titulado "ámbitos en que la Unión puede decidir realizar una acción de apoyo, coordinación o complemento". Esta disposición es muy similar al artículo 152 TCE. El término de "salud humana" se define como la "salud física y psíquica", lo que refleja un nuevo enfoque

⁴⁸ J. C. WICHARD, en: Calliess/Ruffert (editores), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. edición, Neuwied 2002, artículo 152, punto 10.

⁴⁹ En el artículo 21 de este Convenio se incluye la prohibición del lucro con el cuerpo humano y sus partes. El artículo 25 obliga a las Partes a prever sanciones apropiadas -no necesariamente de carácter penal- para los casos de incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio.

⁵⁰ En el artículo 21 de dicho Protocolo adicional se establece que el cuerpo humano y sus partes no pueden constituir fuente de lucro o de otras ventajas similares. Asimismo se consagra la prohibición de publicidad de la necesidad o de la disponibilidad de órganos o tejidos con el objeto de ofrecer o solicitar un lucro o de ventajas similares. En el artículo 22 del Protocolo adicional se impone la obligación de prohibir el tráfico de órganos y tejidos.

⁵¹ Esto ocurrió por primera vez en la Decisión de la OMS 40.13 de mayo de 1987. Igualmente en la Decisión de la OMS 42.5 de mayo de 1989 se condenó la compra y venta de órganos humanos y, señalando la falta de éxito en la prevención del fenómeno, se solicitó a los legisladores nacionales que intensificaran sus esfuerzos. Mediante la Decisión de la OMS 44.25 de mayo 1991 se declaró que ningún órgano debe extirparse del cuerpo de menores de edad, salvo en caso de circunstancias excepcionales, se prohibió la publicidad de órganos humanos a cambio de un precio, y se introdujo el principio de la igualdad con respecto a las donaciones de órganos.

de la Unión Europea hacia temas relacionados con la salud mental⁵².

El artículo III-278 dispone que la futura Unión Europea adoptará medidas legislativas "para hacer frente a los problemas comunes de seguridad". Es muy probable que esta cláusula que aparentemente establece un requisito adicional deba ser interpretada como una referencia al principio de subsidiariedad, establecido como un principio del Derecho de la Unión en el artículo I-11, apartado 1 y definido en el artículo I-11, apartado 3 de la Constitución. Además, la Constitución amplía el campo de aplicación de las medidas de fomento al disponer que estas abarcarán también "la lucha contra las pandemias" y "la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud". Entre estas amenazas transfronterizas pueden contarse tanto a las enfermedades transmisibles como la gripe o el SARS ("Síndrome Respiratorio Agudo Severo", según sus siglas en inglés), pero también las amenazas provenientes del terrorismo por medio de agentes químicos y biológicos.

Igualmente se ha desarrollado más el procedimiento de cooperación entre la Comisión y los Estados miembros previsto actualmente en el artículo 152, apartado 2 TCE, al mismo tiempo que se ha reforzado la posición jurídica del Parlamento Europeo en el marco de este procedimiento de toma de decisiones al crear una obligación de informarle cumplidamente acerca de las iniciativas tomadas en el marco de esta cooperación⁵³. Estas iniciativas que la Comisión se encargará de tomar consistirán en establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Esta disposición incorpora al parecer al Tratado de Constitución el procedimiento desarrollado en los últimos años y bautizado bajo el nombre de "Método Abierto de Coordinación".

⁵² La salud mental contribuye de manera significativa a la calidad de vida, a la inserción social y a una plena participación social y económica. Los trastornos y las enfermedades mentales son causa de sufrimiento humano y de incapacidad, aumentan la mortalidad y tienen repercusiones negativas en las economías nacionales. Los problemas de salud mental están con frecuencia relacionados, entre otros factores, con el desempleo, la exclusión social, la drogadicción y el alcoholismo. Existen métodos eficaces para promover la salud mental y prevenir los trastornos y las enfermedades mentales. Las conclusiones de las actividades comunitarias realizadas los últimos años en el ámbito de la salud pública, concretamente la Comunicación de la Comisión de 16 de abril de 1998 sobre el desarrollo de la política de salud pública en la Comunidad Europea y la Conferencia europea sobre la promoción de la salud mental y la inserción social, celebrada en Tampere del 11 al 13 de octubre de 1999, destacaron la importancia de la salud mental y la necesidad de actuaciones en este ámbito (ver Resolución del Consejo, de 18 de noviembre de 1999, sobre la promoción de la salud mental, Diario Oficial C 86 de 24/03/2000).

⁵³ J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, La elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2001-2004), Madrid 2005, p. 249.

c) La incorporación al Tratado del Método Abierto de Coordinación

El Método Abierto de Coordinación se aplicó por primera vez en el marco de la coordinación de las políticas económicas y fiscales de los Estados miembros tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, siendo utilizado posteriormente con el fin de gestionar la cooperación política en materia de empleo y protección social. Se concibe como un método flexible de gobernanza, que completa el método comunitario existente y otros procedimientos basados en el Tratado, como las Orientaciones Generales de Política Económica (artículo 98 TCE) y la Estrategia Europea de Empleo (artículo 125 TCE), que siguen siendo los instrumentos centrales básicos de la Comunidad.

Los desarrollos recientes en la política social Europea se remontan a su vez a la Cumbre de Lisboa en marzo del año 2000, donde los jefes de Estado y de gobierno reconocieron la importancia de tomar medidas concretas para fomentar la cohesión social en Europa. El Consejo Europeo reunido en esta ciudad hizo de la promoción de la integración social un eje esencial de la estrategia global de la Unión para alcanzar su objetivo estratégico del decenio futuro, a saber, convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible, acompañada de una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y de una mayor cohesión social. El Consejo Europeo estableció asimismo el objetivo del pleno empleo en Europa en una nueva sociedad incipiente, mejor adaptada a las preferencias personales de los hombres y mujeres⁵⁴.

Fue en la cumbre de Niza del mismo año donde se acordó que la forma de progresar en la política social debía fundamentarse en el Método de Coordinación Abierta, con el objetivo de erradicar la pobreza y la exclusión social hasta el año 2010. El método de coordinación abierta reconoce que, desde el principio de subsidiariedad, la política social es responsabilidad de cada Estado miembro. En razón de este principio se establece que cada Estado miembro implementará un plan de acción para combatir la pobreza y la exclusión social, con miras a alcanzar ciertos objetivos comunes previamente determinados.

Este procedimiento comprende básicamente tres etapas. Primeramente se definen a nivel europeo los objetivos que determinarán la política de los Estados miembros. Se fijarán los objetivos, así como el plazo de tiempo para alcanzarlos. En una segunda etapa se traducen estas directrices de la Unión Europea en planes de acción nacionales. Este proceso se lleva a cabo a través de la participación de

⁵⁴ T. ATKINSON, "Social Inclusion and the European Union", en: *Journal of Common Market Studies*, Tomo 40, N° 4, Noviembre 2002, p. 627.

muchos actores a nivel estatal y subestatal, conforme al principio de subsidiariedad. Finalmente, la acción de cada Estado miembro esta sujeta a evaluación por la Comisión, haciendo uso de determinados indicadores. El Método Abierto de Coordinación está diseñado para promover el debate y el aprendizaje mutuo, a medida que los Estados miembros desarrollan sus políticas nacionales de manera independiente⁵⁵.

Generalmente, el Método Abierto de Coordinación se utiliza en aquellos ámbitos donde la Comunidad no dispone de competencia alguna o donde se excluye la armonización de las legislaciones nacionales. Este último es el caso de la salud pública, según se traduce del artículo 152, apartado 4, letra c y del artículo III-278, apartado 5 de la Constitución Europea.

Asimismo es un método apropiado en los casos donde por uno u otro motivo no existe voluntad política para llevar a cabo una armonización. Uno de los motivos por los cuales los Estados miembros se resisten a la armonización de sus legislaciones reside en el temor de sacrificar su soberanía. La política sanitaria como elemento central de la política social nacional constituye una materia particularmente sensible, ya que los diversos sistemas sociales son el resultado de un desarrollo independiente, dentro de un contexto histórico, cultural e institucional de cada país. Se puede afirmar que los diversos sistemas sociales reflejan los valores de nuestras sociedades. El Método Abierto de Coordinación puede considerarse como un procedimiento que respeta la soberanía de los Estados, al mismo tiempo que los obliga a alcanzar ciertos objetivos necesarios. Es muy probable que los Estados miembros utilicen el Método Abierto de Coordinación para hacer frente a problemas comunes como el coste cada vez más elevado de los tratamientos médicos y el actual desarrollo demográfico.

Pocas disposiciones de la Constitución reflejan de manera tan clara el grado de interrelación que existe entre las competencias de la Unión Europea y sus Estados miembros en el ámbito de la salud como el artículo III-278. Esta es una de las razones por las cuales, en lugar de utilizarse el término formal de competencia compartida, debería hablarse de una competencia mixta.

d) Las cláusulas horizontales

El artículo III-115 es la primera de una serie de cláusulas al inicio de la parte tercera – las llamadas cláusulas horizontales – que probablemente reflejan mejor el nuevo marco social de la Unión Europea creado por la Constitución. Al reclamar "la coherencia entre las diferentes polí-

ticas y acciones contempladas en la presente parte, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos", se entiende que ningún ámbito de competencia de la Unión quedará excluido. No obstante, el término de "tener en cuenta" no da prueba de un lenguaje demasiado riguroso, por lo que no es evidente que consecuencia tendría una falta de observancia de este principio por parte de los órganos de la Unión o de los Estados miembros.

No se puede apreciar innovación ninguna en el artículo III-116 que básicamente recoge lo establecido en el actual artículo 3, apartado 2 TCE. Esta cláusula de coherencia horizontal dispone que en todas las acciones contempladas en la presente parte, la Unión tratará de eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre y de promover su igualdad. Para la política de protección del medio ambiente existe una disposición similar en el artículo III-119. Por otra parte, los artículos III-117 y III-118 traen consigo innovaciones importantes. El artículo III-118 introduce una cláusula de coherencia horizontal conteniendo los seis motivos de igualdad, a los que se hace referencia en el actual artículo 13 TCE (sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual). Establece como objetivo de la Unión luchar contra la discriminación, mientras que en el artículo III-116 se prevé más bien la eliminación de las desigualdades y la promoción de la igualdad entre la mujer y el hombre.

El artículo III-117 constituye un valioso complemento al texto de la Constitución desde el punto de vista de la dimensión social del proceso de constitucionalización, atribuido a la Conferencia Intergubernamental, pues se introduce de este modo una cláusula general de carácter social. Esta prevé que "en la definición y ejecución de las políticas y acciones contempladas en la presente Parte, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana". Sin embargo, si se analiza el lenguaje empleado en las disposiciones desde el punto de vista del grado de compromiso de la Unión Europea para con los objetivos de carácter social, se puede constatar que el artículo III-117, al igual que el artículo III-115, únicamente hablan de "tener en cuenta", en lugar de utilizar las expresiones "tiene como objetivo" o "deberán integrarse", ésta última empleada en relación a la protección del medio ambiente.

Por otra parte, sería desacertado sobreestimar el alcance de las cláusulas horizontales, ya que no constituyen bases jurídicas independientes, sino que únicamente complementan a las bases legales situadas en las respectivas áreas de competencia. Asimismo, el legislador de la futura Unión deberá atenerse a la jurisprudencia del Tribunal de

⁵⁵ F. W. SCHARPF, "The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity", *Journal of Common Market Studies*, Tomo 40, Nº 4, Noviembre 2002, p. 654.

Justicia, según la cual el recurso a otros artículos del Tratado como base jurídica no puede ser utilizado para eludir la exclusión expresa de toda armonización enunciada en el artículo 129, apartado 4, primer guión, del Tratado (es decir el artículo III-278, apartado 5 de la Constitución Europea)⁵⁶.

Si bien éstas se encuentran en la parte tercera del Tratado constitucional, no existe motivo para suponer que las cláusulas horizontales sean de rango inferior a las disposiciones de la parte primera. La parte tercera incorpora la mayor parte del actual Tratado fundacional de la Comunidad Europea en el texto de la Constitución. El hecho de que el Tribunal de Justicia se haya referido en repetidas oportunidades a este Tratado, denominándolo la "carta constitucional de la Comunidad"⁵⁷, permite más bien presumir que éste órgano le atribuirá un rango similar al de las demás disposiciones. Por otra parte, si bien la parte tercera debe considerarse de un rango similar, no resulta fácil discernir las consecuencias jurídicas que llegarán a tener estas cláusulas en un futuro. El artículo 3, apartado 2 CE nunca fue invocado por el Tribunal de Justicia y por lo tanto es muy difícil especular sobre los efectos de su aplicación. No obstante, es muy posible que el Tribunal de Justicia opte por interpretar estas cláusulas teniendo en cuenta el amplio margen discrecional político del cual dispone el legislador comunitario, de manera similar a la interpretación restrictiva que hasta la fecha le ha dado al principio de subsidiariedad.

4. El derecho a la protección de la salud

a) Las dificultades para su realización

La Unión Europea reconoce en el artículo II-95 de su Tratado constitucional el derecho de todas las personas a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria. Esta disposición puede interpretarse como un derecho fundamental del individuo a la protección de su salud por parte de la Unión Europea y sus Estados miembros.

Si bien esta disposición hace referencia a las legislaciones y prácticas nacionales, lo hace igualmente de manera implícita al acervo comunitario. Por esta razón, resulta difícil entender el contenido de esta disposición si no se tiene en cuenta la influencia que ha tenido el Derecho comunitario en dichas legislaciones y prácticas nacionales. El término de Derecho debe interpretarse en este contexto comprendiendo tanto la legislación comunitaria, como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debido al importante papel que este órgano judicial ha venido jugando en la definición de los derechos del ciudadano de la Unión Europea en el ámbito de la salud⁵⁸.

La realización de la libertad de acceso a los sistemas de salud nacionales para los ciudadanos de la Unión procedentes de los demás Estados miembros debe enfrentar serias dificultades. Una de ellas resulta del principio de territorialidad, inherente a todos los sistemas sociales⁵⁹. Se entiende bajo este principio que, en general, el individuo solo recibirá un reembolso en su propio país de origen por los servicios médicos recibidos. Por otra parte, el reembolso por los servicios médicos recibidos en el extranjero solo se efectuará en determinados casos (en caso de urgencia, en función del tipo de servicios médicos, etc.) y generalmente únicamente previa autorización de la entidad de seguros. Debido a que este servicio se encuentra a discreción de la entidad de seguros, difícilmente puede hablarse de un verdadero derecho a recibir atención sanitaria en el extranjero. Además, el temor por parte de los Estados miembros al llamado "turismo sanitario", es decir, dirigirse al Estado miembro que posea mejores tratamientos o medios que el propio, con todos los costes que esto supondría para los sistemas de salud, hace que éstos se muestren particularmente reticentes a permitir la libre circulación de pacientes, personal médico y la libertad de prestación de servicios de salud⁶⁰. La integración de los sistemas de salud debe, por lo tanto, establecer un delicado equilibrio entre intereses diversos.

⁵⁶ Sentencia de 5 de octubre de 2000, República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (C-376/98, Rec. p. I- 8419), apartados 77 a 79.

⁵⁷ Sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003 (asunto C-15/00, Rec. p. I-7281), apartado 75, de 23 de abril de 1986, Les Verts contra Parlamento Europeo (asunto 294/83, Rec. 1986, p. I-1357, de 23 de marzo (asunto C-314/91, Rec. p. I-1093), apartado 8. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 7 de septiembre de 2004 en el asunto C-249/02, punto 40, conclusiones del Abogado General Alber presentadas el 6 de junio de 2000 en los asuntos acumulados C-432/98 P y C-433/98 P, punto 45. Véase en la doctrina P. DE PITTA E CUNHA, "Tratado ou Constituição?", en: *Uma Constituição para a Europa*, Coimbra 2004, p. 45, señala que en sentido material, ya existe desde hace mucho una constitución en los Tratados constitutivos de la Unión Europea; G. VANDERSANDEN, obra citada, p. 521 y ss.

⁵⁸ Esta es la única interpretación posible, ya que sería difícil imaginar que la Convención Europea y la Conferencia Intergubernamental hubiesen ignorado completamente el desarrollo del Derecho comunitario por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia, tal como lo sugieren P. BELCHER/M. McKEE/T. ROSE, obra citada, p. 2.

⁵⁹ Y. JORENS, obra citada, p. 86.

⁶⁰ 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)", en: *Revista de administración pública*, n° 160 (2003), p. 147; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, "Aplicación del principio fundamental de la libre circulación al ámbito de la Seguridad Social: la sentencia «Decker»", en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 5 (1999), p. 129.

b) La legislación comunitaria

La legislación comunitaria ofrece a los ciudadanos el derecho de buscar asistencia en otro Estado miembro y ser reembolsados. Tal como se señaló en un comienzo, las primeras normas adoptadas por la Comunidad en este campo fueron el Reglamento (CEE) n° 1408/71 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 y el Reglamento (CEE) n° 574/72, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n° 1408/71. El artículo 19, apartado 1 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 reconoce el derecho del trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que resida en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente y que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, de disfrutar en el Estado de su residencia de las prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución competente por la institución del lugar de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique y como si estuviera afiliado a la misma. Su artículo 20 reconoce el derecho de los trabajadores fronterizos de obtener prestaciones sanitarias en el Estado de acogida según las disposiciones de la legislación de este Estado como si el trabajador residiera en el mismo. No obstante, el beneficio de estas prestaciones estará subordinado, salvo en caso de urgencia, a un acuerdo entre los Estados interesados o entre las autoridades competentes de esos Estados o, en su defecto, a la autorización previa de la institución competente. El artículo 22 de este Reglamento reconoce el derecho del trabajador que se encuentre temporalmente en el territorio de un Estado miembro distinto al Estado competente, es decir el de origen, a recibir asistencia sanitaria si su estado de salud lo requiriera de modo inmediato. Finalmente, a través del artículo 22 bis, se hace extensiva la posibilidad de asistencia sanitaria por estancia temporal, o por autorización de la institución competente, a todos los nacionales de los Estados miembros que estén asegurados en virtud de la legislación de un Estado miembro y a los miembros de sus familias que residan con ellos, incluso cuando no sean trabajadores por cuenta propia o ajena.

c) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Esta legislación ha sido complementada por la interpretación que el Tribunal de Justicia ha venido dando a las normas primarias y secundarias del Derecho comunitario. Una de las preguntas centrales que ha tenido que tratar concierne el alcance del Derecho comunitario en el ámbito social. Las sentencias *Kohll*⁶¹ y *Decker*⁶² son consideradas

un hito en el desarrollo de lo que es la actualmente llamada libre circulación de pacientes⁶³. El Tribunal de Justicia ha clarificado las condiciones en que pueden reembolsarse los costes de la asistencia sanitaria cuando los pacientes hubiesen recibido tratamiento médico en un Estado miembro distinto de aquel en que están afiliados⁶⁴.

aa) Las sentencias *Kohll* y *Decker*

La sentencia *Kohll* trata de una prestación de servicios transfronteriza. Las cuestiones prejudiciales las había planteado la *Cour de cassation* de Luxemburgo para resolver el recurso de un ciudadano de ese país contra la decisión de su caja de enfermedad, que denegaba la autorización para que su hija acudiera a un ortodoncista en la ciudad cercana de Tréveris en Alemania, porque el tratamiento no era urgente y podía realizarse en Luxemburgo. El Tribunal de Justicia señaló que si bien el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social, los Estados miembros deben, sin embargo, en el ejercicio de dicha competencia, respetar el Derecho comunitario⁶⁵. En lo que se refiere a la aplicación de la libre prestación de servicios a un tratamiento dispensado por un ortodoncista establecido en otro Estado miembro, fuera de cualquier infraestructura hospitalaria, el Tribunal consideró que, como esa prestación se realizaba contra retribución, se trataba de un servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado, que menciona expresamente las actividades de las profesiones liberales⁶⁶. Asimismo señaló que una normativa que supedita a una autorización previa el reembolso de los gastos efectuados en dicho Estado y deniega dicho reembolso a los asegurados que no posean dicha autorización disuade a los beneficiarios de la Seguridad Social de dirigirse a los prestatarios de servicios médicos establecidos en otro Estado miembro y constituye, tanto para estos últimos como para sus pacientes, un obstáculo a la libre prestación de servicios⁶⁷.

⁶² Sentencia de 28 de abril de 1998, Nicolas Decker contra Caisse de maladie des employés privés (asunto C-120/95, Rec. p. I-1831).

⁶³ J. PEMÁN GAVÍN, obra citada, p. 123; J. NICKLESS, "The Internal Market and the Social Nature of Health Care", en: *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Bruselas 2002, p. 57-82.

⁶⁴ F. A. GONZÁLEZ DÍAZ, "Derecho a la protección a la salud", en: *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, Valencia 2004, p. 1315.

⁶⁵ Sentencias de 28 de abril de 1998, Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie (asunto C-158/96, Rec. p. I-1931), apartado 17, 7 de febrero de 1984, Duphar y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16, y de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros (C-70/95, Rec. p. I-3395), apartado 27.

⁶⁶ Sentencia de 28 de abril de 1998, Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie (asunto C-158/96, Rec. p. I-1931), apartados 29 y 46.

⁶⁷ Sentencias de 28 de abril de 1998, Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie (asunto C-158/96, Rec. p. I-1931), apartados 33 a 35.

⁶¹ Sentencia de 28 de abril de 1998, Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie (asunto C-158/96, Rec. p. I-1931).

bb) La sentencia *Smits y Peerbooms*

En su sentencia *Smits y Peerbooms*, el Tribunal de Justicia confirmó la aplicabilidad de las reglas del Tratado sobre la libre prestación de servicios incluso en aquellos casos en que los servicios hospitalarios se dispensen en especie y de forma gratuita. El Tribunal consideró que el hecho de que un tratamiento médico hospitalario sea financiado directamente por las cajas del seguro de enfermedad basándose en conciertos y tarifas preestablecidos, tal como lo preveía la legislación neerlandesa, no podía excluir a dicho tratamiento del ámbito de los servicios a efectos del artículo 60 del Tratado. Recordó al efecto la afirmación contenida en la sentencia *Humbel* de que la "característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que ésta constituye la contrapartida económica de la prestación controvertida"⁶⁸, y entendió que en los asuntos en cuestión, los pagos efectuados por las cajas de enfermedad en el marco del sistema organizado por la Ley neerlandesa sobre Cajas de Enfermedad, aun siendo a tanto alzado, constituían la contrapartida económica de las prestaciones hospitalarias y presentaban un carácter remuneratorio para el establecimiento hospitalario que se beneficiaba de ellos y que efectuaba una actividad de tipo económico.

A pesar de la diferencias entre el sistema de seguridad sanitario luxemburgués y el neerlandés, se permitía apreciar una similitud que consistía precisamente en el requisito de autorización previa a la atención médica en el extranjero. Siguiendo los principios establecidos ya en la sentencia *Kohll*, el Tribunal concluyó que la normativa controvertida disuadía, e incluso impedía, a los beneficiarios de la seguridad social de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en Estados miembros distintos del Estado miembro de afiliación y constituía, tanto para los asegurados como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios⁶⁹.

Asimismo dejó claro que el Derecho comunitario no se opone en principio a un sistema de autorización previa, es necesario, sin embargo, que los requisitos para la concesión de dicha autorización se justifiquen a la luz de razones imperiosas y que cumplan con el requisito de proporcionalidad de la presente sentencia⁷⁰. Resulta considerable que el Tribunal de Justicia haya señalado una vez más que no puede excluirse que un riesgo de perjuicio grave para

el equilibrio financiero del sistema de seguridad social pueda constituir una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios⁷¹. De hecho, el mantenimiento del equilibrio financiero constituyó uno de los factores que tuvo en cuenta al analizar el carácter proporcional de la reglamentación neerlandesa. De acuerdo con el Tribunal, para que un sistema de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a una libertad fundamental, debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria. Un sistema de autorización administrativa previa de ese tipo debe también basarse en un sistema procedimental suficientemente accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes sean tramitadas en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad, debiendo, además, poder recurrir judicialmente contra las eventuales denegaciones de autorización⁷². Cabe señalar en este contexto que el legislador neerlandés había adoptado una regla general que preveía la cobertura de los tratamientos médicos siempre y cuando correspondiesen a lo «habitual en el medio profesional» y fuesen necesarios desde un punto de vista médico. El Tribunal llegó a la conclusión que la reglamentación neerlandesa no era desproporcionada y por lo tanto se mostraba conforme con el Derecho comunitario. En particular, señaló que dichos requisitos podían permitir mantener en el territorio nacional una oferta suficiente, equilibrada y permanente de asistencia hospitalaria de calidad, así como garantizar la estabilidad financiera del sistema del seguro de enfermedad.

cc) La sentencia *Vanbraekel*

Este asunto tiene como objeto la solicitud de autorización de una ciudadana belga que padecía de *gonartrosis* bilateral para someterse en Francia a una intervención quirúrgica de ortopedia con cargo a su compañía de seguros, la *Alliance nationale des mutualités chrétiennes*. Esta autorización se denegó debido a que la solicitud no estaba suficientemente motivada, por no haberse aportado el dictamen de un médico en ejercicio en un centro universitario nacional. Si bien un tribunal belga confirmó posteriormente que debía habersele otorgado tal autorización, permaneció la duda respecto a si el reembolso debía efectuarse conforme a la reglamentación francesa o belga. El

⁶⁸ Sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Humbel* (263/86, Rec. p. 5365), apartado 17.

⁶⁹ Sentencias de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone* (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377), apartado 16, de 28 de abril de 1998, *Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie* (asunto C-158/96, Rec. p. I-1931), apartado 35, de 28 de enero de 1992, *Bachmann* (C-204/90, Rec. p. I-249), apartado 31.

⁷⁰ Sentencia de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms* (C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473), apartado 82.

⁷¹ Sentencia de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms* (C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473), apartado 71.

⁷² Sentencia de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms* (C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473), apartado 90.

problema residía en que el reembolso hubiese sido mayor conforme a la reglamentación belga.

El Tribunal indicó que es jurisprudencia reiterada que el artículo 59 del Tratado se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro⁷³. Llegó, además, a la conclusión que el hecho de que el nivel de cobertura que obtiene de un beneficiario de la seguridad social sea menos ventajoso cuando se somete a un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro que cuando recibe el mismo tratamiento en el Estado miembro de afiliación puede indudablemente disuadir a dicho beneficiario de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otros Estados miembros, e incluso impedirselo, por lo que constituye, tanto para el beneficiario como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios. Tras haber constatado un obstáculo a la libre prestación de servicios, el Tribunal procedió a determinar si esta restricción estaba justificada por razones imperiosas. Negó, no obstante, la existencia de tales razones imperiosas, ya que la ciudadana belga de todos modos habría recibido un tratamiento médico en su país de origen. Por este motivo, ninguna carga financiera suplementaria para el sistema de seguro de enfermedad. Finalmente, concluyó que el artículo 59 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que si el reembolso de los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en un Estado miembro de estancia, conforme a las normas vigentes en dicho Estado, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de afiliación en caso de hospitalización en este último, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha diferencia⁷⁴.

dd) La sentencia *Leichtle*

En una de sus recientes sentencias, el Tribunal de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa alemana que supeditaba el reembolso de los gastos ocasionados por una cura termal en el extranjero, incluyendo alojamiento, manutención, viaje, tasas de estancia e informe médico final, a la acreditación, mediante un dictamen médico, que, debido a las mayores posibilidades de éxito, era imprescindible seguir el tratamiento termal en el extranjero. Aquella legislación exigía, como requisito adicional, que el balneario de que se trate figure en una lista *ad hoc*.

⁷³ Sentencia de 12 de julio de 2001, Vanbraekel (C-368/98, Rec. 2001, p. I- 5363), apartado 44.

⁷⁴ Sentencia de 12 de julio de 2001, Vanbraekel (C-368/98, Rec. 2001, p. I- 5363), apartado 53.

Cabe subrayar que la cuestión prejudicial no versaba sobre la asunción de los gastos ocasionados por las prestaciones de asistencia propiamente dichas dispensadas con ocasión de una cura termal efectuada en otro Estado miembro ya que, en el caso de autos, los gastos ya habían sido objeto de reembolso conforme a lo dispuesto por la legislación nacional⁷⁵. No obstante, el Tribunal reconoció que por lo que atañía a los gastos de viaje y a las eventuales tasas de estancia, aun cuando no tenían carácter médico ni en principio eran abonados a los prestadores de asistencia sanitaria, parecían indisolublemente unidos a la propia cura, en la medida en que ésta implicaba necesariamente el desplazamiento y la estancia del paciente *in situ*. De ello se desprendería que los requisitos para el reembolso de esos diferentes gastos con arreglo a un régimen como el alemán podían tener claramente una influencia directa en la elección del lugar de cura y, por lo tanto, en la selección de un centro de cura termal que pudiera prestar este tipo de servicios⁷⁶. La citada exigencia tenía finalmente como efecto que las prestaciones de servicios entre Estados miembros, en el caso de autos las que ofrecían los centros termales situados en otros Estados miembros, fuesen más difíciles que las prestaciones puramente internas, a saber, las que ofrecen los centros termales situados en Alemania⁷⁷. La decisión del Tribunal se basó esencialmente en la tesis de que dichas restricciones no estaban lo debidamente justificadas por razones imperiosas de interés general, ya que, por lo que respecta a la justificación basada en la necesidad de evitar un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, no se había expuesto ante el Tribunal de Justicia ningún argumento preciso en apoyo de la afirmación de que lo dispuesto en la normativa alemana resulta necesario para tales fines⁷⁸.

IV. Conclusiones

La Constitución Europea insta en la Unión un modelo basado en la economía de mercado, pero que a su vez contiene un claro compromiso social. Se caracteriza por una firme voluntad de armonizar el desarrollo económico con el progreso de la sociedad, ya que si bien cuenta entre

⁷⁵ Sentencia de 18 de marzo de 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. p. I-2641), apartado 31.

⁷⁶ Sentencia de 18 de marzo de 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. p. I-2641), apartado 35 y 36; Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 10 de julio de 2003 en el asunto *Leichtle* (C-8/02, Rec. 2004, p. I-2641, puntos 27 y 30).

⁷⁷ Sentencia de 18 de marzo de 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. p. I-2641), apartado 37.

⁷⁸ Sentencia de 18 de marzo de 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. p. I-2641), apartado 47; Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 10 de julio de 2003 en el asunto *Leichtle* (C-8/02, Rec. 2004, p. I-2641, punto 35).

sus objetivos principales alcanzar una alta competitividad de la economía, conforme a los objetivos establecidos por el Consejo Europeo de Lisboa, no deja de lado al componente humano. El modelo social que este Tratado incorpora en el sistema de integración europeo reconoce que para lograr el bienestar del individuo es necesario combatir la exclusión social y la discriminación, así como fomentar la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos de las personas más necesitadas. Se puede afirmar que este documento jurídico está fundado en una filosofía regida por los principios de eficiencia, libertad, igualdad, justicia social y solidaridad.

Durante los últimos cincuenta años Europa se ha convertido en una de las sociedades más avanzadas del mundo, precisamente porque los progresos económicos y sociales han ido de la mano y se han reforzado mutuamente. El modelo social denominado "europeo", siguiendo el término difundido por el antiguo Presidente de la Comisión Europea, *Jacques Delors*, deberá enfrentar nuevos retos como la globalización y la reciente ampliación de la Unión Europea. El desarrollo de este modelo social dependerá en gran manera de si la voluntad política de preservar los sistemas sociales en los Estados miembros de la Unión Europea logrará imponerse ante otros intereses. Un factor decisivo será la posible articulación de una política social a nivel europeo en un futuro, debido a que los Estados nacionales disponen actualmente de un campo de acción reducido justamente a causa de la globalización. Sin embargo, este proceso en el que nuestras sociedades se encuentran inmersas actualmente no constituye de ninguna manera una calle de dirección única o un fenómeno natural incontrolable. La Constitución Europea asigna un rango constitucional a los principios del modelo social europeo dentro del proceso de integración. La nueva Unión Europea, en su calidad de potencia económica y política, está llamada a participar en la construcción de un mundo globalizado donde imperen los principios democráticos, el respeto a los derechos humanos y el bienestar social.

En el marco de la protección de la salud pública como elemento clave de la política social, la Constitución Europea introduce cambios significativos. Se destaca el hecho de que por primera vez el bienestar de los pueblos de Europa constituye un objetivo de la Unión Europea. Asimismo, debe considerarse trascendente que el acceso a la prevención sanitaria y al beneficio de la atención sanitaria haya sido transformado en un derecho fundamental. Si bien este derecho se basa tanto en la legislación, como en la jurisprudencia comunitaria actual en materia de movilidad de pacientes, será necesario esperar la interpretación que el Tribunal de Justicia le dará al artículo II-95 en un futuro. Sobre todo se plantea el interrogante de si se le

llegará a dar a este derecho una nueva definición que corresponda a su nuevo rango constitucional. Asimismo, cabe resaltar las nuevas competencias de la Comisión en la lucha contra el tabaco y el alcohol y en la coordinación de las actividades de la Unión y sus Estados miembros. La Unión ha sabido responder a las inquietudes de los ciudadanos, al mostrarse lo suficientemente flexible en su evolución como para desarrollar las competencias necesarias para hacer frente a las nuevas amenazas contra la salud pública provenientes de enfermedades transmisibles como el SIDA y el SARS, pero también provenientes del bioterrorismo. La incorporación del Método Abierto de Coordinación al Tratado da igualmente testimonio de una tendencia hacia la codificación de nuevas formas de gobierno, al mismo tiempo que se asegura la legitimación democrática mediante la participación del Parlamento Europeo en los procesos decisivos.

Como ya se señaló en un principio, la Unión Europea constituye una comunidad de Estados y pueblos basada en el orden democrático. Por lo tanto, el Tratado que acaba de ser objeto de estudio solo podrá ser considerado una Constitución para Europa desde un punto de vista político si los ciudadanos europeos logran identificarse con el modelo social que ésta simboliza y autorizan la entrada en vigor de este instrumento jurídico.

Bibliografía

Alguacil González-Auriolles, Jorge

La elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2001-2004), Madrid 2005.

Atkinson, Tony

Social Inclusion and the European Union, en: *Journal of Common Market Studies*, Tomo 40, Nº 4, Noviembre 2002, p. 625-643.

Belcher, Paul/M. Mc Kee, Martin/T. Rose, Tamsin

Is health in the European Convention?, en: *eurohealth*, Volumen 9, número 2, Verano 2003, p. 1-4.

Bronzini, Giuseppe

La Carta dei diritti e il modello sociale europeo, en: *Una Costituzione per l'Europa – Potenzialità e limiti del nuovo ordinamento dell'Unione*, Roma 2004, p. 41-61.

Comisión Europea

Comunicación COM(2002) 774, de 3 enero, propuesta de Informe conjunto sobre asistencia sanitaria y atención a las personas mayores y apoyo de las estrategias nacionales para garantizar un alto nivel de protección social. *Enabling Good Health For All – A reflection*

process for a new EU health strategy, Comisión Europea, Comunidades Europeas 2004.

Constantinesco, Vlad

Valeurs et contenu de la Constitution Européenne, en: Uma Constituição para a Europa, Coimbra 2004, p. 161-178.

Carrillo, Marc

Los derechos fundamentales en la Constitución Europea, en: El reto constitucional de Europa, Madrid 2005, p. 199-216.

Dehousse, Franklin/Coussens, Wouter

El Tratado Constitucional de la Convención para Europa: un texto demasiado convencional, en: El reto constitucional de Europa, Madrid 2005, p. 39-72.

De Pitta e Cunha, Paulo

Tratado ou Constituição?, en: Uma Constituição para a Europa, Coimbra 2004, p. 45-57.

Euzéby, Alain

Modèle social européen: des défis à relever!, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 488, mayo 2005, p. 288-294. Union Européenne et protection sociale: quelques points de repère, en: Quel avenir pour l'Union Européenne? – La stratégie de Lisbonne définie par le Conseil Européen en 2000, Bruselas 2004, p. 235-246.

Gijzen, Marianne

The Charter: A Milestone for Social Protection in Europe?, en: Maastricht Journal of European and Comparative Law 2000, Tomo 8, N° 1, p. 33-48.

González Díaz, Francisco Antonio

Derecho a la protección a la salud, Comentarios a la Constitución Europea, Libro II, Valencia 2004, p. 1299-1366.

González Vaqué, Luis

Aplicación del principio fundamental de la libre circulación al ámbito de la Seguridad Social: la sentencia "Decker", en: Revista de Derecho Comunitario Europeo, n° 5 (1999), p. 129.

Heringa, Aalt Willem

The EU Charter: Text and Structure, en: Maastricht Journal of European and Comparative Law 2000, Tomo 8, N° 1, p. 11-32.

Hervey, Tamara K.

Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy", en: *European Public Law*, volumen 8, tomo 1, p. 69-105.

Hervey, Tamara K.

The Legal Basis of European Community Public Health Law, en: The Impact of EU Law on Health Care Systems, Bruselas 2002, p. 23-55.

Hervey, Tamara K./McHale, Jean V.

Health Law and the European Union, Cambridge 2004.

Hilf, Meinhard

Os direitos fundamentais na Constituição Europeia, en: Uma Constituição para a Europa, Coimbra 2004, p. 179-188.

Jorens, Yves

The Right to Health Care across Borders, en: The Impact of EU Law on Health Care Systems, Bruselas 2002, p. 83-122.

Mangas Martín, Araceli

La Constitución Europea, Madrid 2005.

Mertens de Wilmars, Josse/Nyssens, Harold

Intégration Européenne et correction des mécanismes du marché – Un modèle économique et social européen, Philosophie du droit et droit économique, mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris 1999, p. 557-579.

Michalowski, Sabine

Health Care Law, en: The European Charter of Fundamental Rights, Oxford 2004, p. 287-308.

Nicless, Jason

The Internal Market and the Social Nature of Health Care, en: The Impact of EU Law on Health Care Systems, Bruselas 2002, p. 57-82

Pemán Gavín, Juan

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, n° 160 (2003), p. 123-166.

Punzón Moraleda, Jesús/Sánchez Rodríguez, Francisco

The Welfare State Utopia: A new approach, Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario, Año XIII (2003), nº6, p. 1391-1410.

Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso

Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea, en: Revista de Instituciones Europeas, Volumen 17, 1990, p. 151-184.

Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso/Correa Guimerá, Bernardino

La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea, en: Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto, Barcelona 1999, p. 117-148.

Scharpf, Fritz W.

The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity, en: Journal of Common Market Studies, Tomo 40, nº 4, Noviembre 2002, p. 645-670.

Schulte, Bernd

The Welfare State and European Integration, en: European Journal of Social Security, Tomo 1 (1999), p. 7-61.

Vandersanden, Georges

Considérations juridiques relatives à l'élaboration d'une théorie de l'intégration européenne, en: Les Communautés Européennes en fonctionnement, Bruselas 1981, p. 521-543.

Wichard, Johannes Christian

Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Calliess/Ruffert (editores), 2. edición, Neuwied 2002.

Zippelius, Reinhold

Allgemeine Staatslehre / Politikwissenschaft, 14. edición, Munich 2003.

