



El ámbito de aplicación material en la acción protectora por causa de muerte y supervivencia. Reglas de coordinación entre el Derecho español y los ordenamientos latinoamericanos*

THE MATERIAL SCOPE IN THE PROTECTIVE ACTION FOR DEATH AND SURVIVAL. COORDINATION RULES BETWEEN SPANISH LAW AND LATIN AMERICAN LAW

Fernando Moreno de Vega y Lomo

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Salamanca

femove@usal.es 0000-0002-2597-1351

Recibido: 14.01.2020 | Aceptado: 02.02.2020

RESUMEN

El derecho a la protección social de los trabajadores y el derecho a la migración de los mismos, así como de sus familiares, por motivos laborales, son derechos humanos. Las instituciones y sujetos de Derecho internacional están en la obligación de coordinar las regulaciones domésticas de los diferentes Estados pensando en su máxima eficacia. Este trabajo propone dicha labor en cuanto al espacio de acción material en materia de tutela frente a muerte y supervivencia.

ABSTRACT

The right to social protection of workers and their right to migration, as well as their families, are human rights. Institutions and subjects of international law are obliged to coordinate the domestic regulations of the different States thinking about their maximum effectiveness. This work proposes this labour in terms of the space of material action of protection against death and survival.

PALABRAS CLAVE

Protección social
Migración
Muerte y supervivencia
Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social
Tratados bilaterales.

KEYWORDS

Social protection
Migration
Death and survival
Latin American Social Security Multilateral Agreement
Bilateral treaties

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LA OFERTA DE COORDINACIÓN MULTILATERAL DEL CMISS
3. LA REGULACIÓN ENTRE ESTADOS ADHERIDOS AL CMISS Y BAJO INFLUENCIA DE TRATADOS BILATERALES
4. LOS TRATADOS BILATERALES ENTRE ESTADOS NO ADHERIDOS AL CMISS
5. REFLEXIONES PERSONALES

1. INTRODUCCIÓN

Un trabajador o trabajadora es tal no tanto o no sólo por el hecho de trabajar sino, más aún, por el compromiso -no la mera opción- de poder desarrollar sus competencias profesionales en el marco de unas garantías interdisciplinarias y entre las que emerge con luz propia la protección social¹. A mayor abundamiento, este amparo se postula de manera prioritaria, pero no en formato de exclusividad, frente a todas aquellas contingencias que tienen su origen en riesgos de tipo profesional.

De manera complementaria a esta aseveración de inicio que, sin ambages, ha permitido presentar el núcleo del perfil temático a tratar, converge otra que más tiene que ver con la siempre vidriosa, aunque en modo sumo interesante, aplicación de las normas jurídicas en el espacio: siendo acaso lo más lógico que el trabajador vea garantizada su cobertura conforme al ordenamiento doméstico del Estado en el que labora, subyacen circunstancias que, de modo o manera excepcional, le siguen orientando a la ley de la nacionalidad, todo ello dentro del extraordinariamente importante fenómeno de la migración.

Conforme a los argumentos vertidos y mediante los designios de la interpretación sistemática, se puede concluir que el poder jurídicamente tutelado a la protección social -en su génesis de origen constitucional por lo general y carácter específicamente laboral en el seno de cada nación- adquiere, gracias a la prerrogativa de la movilidad transnacional, tinte de derecho humano². Esta realidad conduce de manera inexorable a la necesidad -que no simple conveniencia- de promover y asegurar una adecuada moldura de coordinación en las construcciones jurídico normativas ofertadas por los sujetos de Derecho internacional. Sólo de este modo cabe pensar en la eficacia plena del propósito que, además y por lo que al Estado español concierne, presenta una nítida refracción legislativa³, la cual sin duda trae causa de la empírica en cuanto a los datos de movilidad⁴. En última instancia, La no atención al mencionado compromiso

1. Ruiz Moreno, A. G.: "La idea de los derechos latentes y de Seguridad Social, ante eventuales cambios legislativos. Una aproximación conceptual", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 8, 2009, p. 308.

2. Ruiz Moreno, A. G.: "La constitución del derecho humano a la Seguridad Social en Latinoamérica", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 18, 2014, p. 71, así como Rueda Rodríguez, A. E.: "La pluralidad de los trabajadores migrantes", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 15, 2012, pp. 115 y 137.

3. Artículo 7.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

4. España representa, tras Estados Unidos de América, el segundo destino (primero en Europa) para los migrantes latinoamericanos si bien, puntualiza la doctrina, un sector bastante amplio es población indocumentada

con origen en el plano doméstico y por irradiación en el internacional, pudiere dar lugar a una deriva hacia la tacha de la discriminación.

Una vez han sido proyectados el objeto, así como la causa, de la presente investigación y tratando, por ende, de avanzar en este prólogo, una de las sugerencias del tipo material que en mejor medida se presta para el estudio de esta singular simbiosis entre la tutela social del trabajador dependiente y la práctica migratoria, es la familia. Por la importancia que comporta de cara a mis observancias, me permito unos breves considerandos para justificar -siquiera sea tan solo recordar- el papel que tal institución ha venido jugando al albur de diversas ciencias, así como de técnicas de institucionalización de la realidad social.

Tomando como punto inicial de referencia a la Sociología, la familia presupone una médula de parentesco, ya consanguíneo ya afín, así como de convivencia humana, que describe el más extenso de los círculos concéntricos entre los que deambula el individuo y que, ni que decir tiene, cumple una remarcada función social a través del abrigo que entre sus propios integrantes se procuran⁵. Este aserto, permite exteriorizar a nuestra protagonista de base organizativa como la punta del iceberg -valga la alegoría- en prácticamente cualquier cultura de las que pueblan nuestro mundo.

En cualquier caso y como atinadamente el lector intuye, no habrá de ser tanto la perspectiva simplemente humana cuanto la expectativa jurídica, con singular énfasis la enmarcada por el Derecho de Seguridad Social, el propósito matriz de mis reflexiones. En este orden de cosas y llamando primariamente la atención sobre la consagración de la familia como un bien jurídico constitucionalmente protegido, quiero sin embargo, y en la acometida por tratar de ser lo más detallista posible, manifestar que el fondo jurídico laboral y de custodia social en esta colaboración no serán las históricas prestaciones por *hijo a cargo* que en el ordenamiento español pasaron a denominarse -hace ya década y media- prestaciones *familiares*, sino esa otra versión de instrumentos de cobertura que también tienen como sujeto pasivo a integrantes de la estructura familiar, si bien al amparo de una diferencia de régimen jurídico que resulta evidente: en las más estrictas prestaciones *familiares*, el progenitor es el beneficiario de la medida por la inestabilidad que le puede generar el tener un hijo a cargo que obviamente ocupa la posición de causante. Sin embargo y en nuestra propuesta diferencial de un significado más generalizador, el ascendiente se ubica en el emplazamiento de promotor de la situación de necesidad, de tal manera que, su propio fallecimiento, habrá de estimular medidas de cobertura en favor de varios miembros

(Camacho Solís, J. J.: "Los derechos de los trabajadores migrantes", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 17, 2013, pp. 216 y 217). En cualquier caso, señala esa misma doctrina que la legislación tuitiva de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no ha de aspirar a proteger únicamente al profesional sino al ciudadano. En otras palabras, que frente a la concepción europea de perseguir la migración irregular, ha de primar el pensamiento americano de proteger también el *status* del empleado informal, así como interpretar positivamente los beneficios que éste reporta a la sociedad de acogida (Arellano Ortiz, P.: "Trabajadores migrantes y derecho social: estado de la protección en el contexto latinoamericano", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 3, 2016, pp. 8 a 13 y 19).

5. Rosales Zarco, H.: "Relaciones entre el derecho de familia y el derecho de la Seguridad Social", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2008, núm. 7, 2008, p. 195.

de su estirpe. De este modo, la meta pasa por neutralizar los efectos perniciosos que se avecinan con la abrupta ruptura de la situación de dependencia.

Así las cosas y como primer gran desenlace, quede constancia que el perfil temático y normativo que sustenta esta pesquisa al alimón entre la protección social y la movilidad transnacional, son las prestaciones por causa de *muerte y supervivencia* y, como pretensión fundamentalmente subrayada, su *campo de acción material*. En este orden de cosas, si dos contenidos hay que tener en cuenta en la exégesis de este delineamiento objetivo, esos han de ser la *estructura* de los diferentes prototipos de protección social que por regla general son propios de cada Estado, así como la *acción protectora* que en materia de muerte y supervivencia –por tratarse del círculo que nos ocupa– viene condicionada tanto por el número y tipo de medidas de tutela como, por supuesto, por el riesgo que origina la contingencia a tratar.

Como sistematización formal de los contenidos a tratar y recordando que desde el punto de vista del instrumental normativo habrá que tomar en consideración tanto el *Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social* (en adelante CMISS) como, si fuere éste el caso, los tratados bilaterales entre Estados, se pasará revista a tres grandes escenarios:

1. El régimen jurídico del CMISS.
2. Los tratados bilaterales y el CMISS para Estados copartícipes de sendas técnicas normativas de coordinación.
3. Los tratados bilaterales entre Estados no adheridos al CMISS.

2. LA OFERTA DE COORDINACIÓN MULTILATERAL DEL CMISS

Comenzando por una presentación formal, el CMISS es un texto fruto de la maniobra promotora de la *Organización Iberoamericana de Seguridad Social* y de la *Secretaría General Iberoamericana* que resultó *in fine* aprobado en fecha 10 de noviembre de 2007⁶. En los párrafos primero, tercero y sexto de su exposición de motivos, aparecen claramente delimitados los tres elementos de nuestra construcción: Seguridad Social, movilidad transnacional y atención a la familia.

Desde el punto de vista de la *estructura* de los sistemas de protección, el CMISS no resulta diáfano en cuanto a los protocolos que caen bajo su círculo de influencia. *A priori*, pudiera quedar mínimamente justificado este defecto ante la dificultad de sistematizar debidamente -que no armonizar- los entramados de protección social de una importante pluralidad de Estados que en un futuro a corto y medio plazo desde la mencionada fecha habrán de estar pendientes de su ratificación. No obstante, y dado que el texto es originariamente el producto de un planteamiento a nivel institucional, lo cierto es que la regulación ofertada debiera, como poco, resultar algo más ajustada. Se presenta a continuación la misma sobre la base de tres pilares: *modelos, regímenes*

6. VI Conferencia de Ministros y Máximas Autoridades de Seguridad Social y XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

y *niveles*. Este montaje será perpetuado para el resto del trabajo, bajo la legítima excusa de facilitar los parabienes de la exégesis comparativa.

Si se centra, en primer lugar, el referente de atención en el espacio de los *modelos*, deviene preceptivo resaltar que:

1. El CMISS hace referencia expresa a *las ramas de Seguridad social* que, por interpretación semántica y ciertamente analógica, podrían ser reconducidas a tales esquemas de clasificación. Además, el hecho de citarlas en número plural permitiría cubrir tanto el modelo obligatorio como el complementario⁷.
2. El CMISS se muestra concluyente en la declaración de exceptuación de aquellos conglomerados por cierta doctrina catalogados de *especialísimos*, léase los atinentes a la función pública que afectan a los protagonistas de la Administración General del Estado, Administración Militar y Administración de Justicia, destacando además la referencia expresa e individualizada a cada uno de los mismos⁸, pues no ocurre en otras normas de coordinación como más adelante se tendrá la oportunidad de refrendar.
3. El CMISS, excluye expresamente *la Asistencia Social*⁹. Una propuesta de tutela que, sí, formaría parte de la protección social si se piensa en una atención ante el umbral de pobreza, pero no tanto en un pilar institucional de Seguridad Social que se orienta a la sustitución de rentas de trabajo dejadas de percibir por según qué causas legales.

En lo que hace referencia a los *regímenes*, la proyección normativa multilateral plantea la separación entre *generales* y *especiales* dependiendo, cabe entender, de si la actividad queda postrada al gobierno de la dependencia y al albur de la legislación laboral ordinaria o presenta matices diferenciales en materia de formalización o financiación de la relación protectora.

El dato quizá más llamativo es la presunta contradicción que se suscita entre el segundo inciso del artículo 3.2 y el primer inciso del artículo 3.5, los cuales, parece que primero excluyen y ulteriormente posibilitan la inclusión de regímenes especiales. Quede constancia de la inexistencia de tal contraposición por cuanto el artículo 3.2, vinculado al Anexo I del propio CMISS, exceptúa los ya presentados regímenes *especialísimos* de funcionarios públicos que, por tanto, deben ser referenciados en el bloque sobre modelos, no sobre regímenes.

Así pues y en lo que atiende a lo que verdaderamente son regímenes según tipología de la actividad profesional, la propuesta normativa es la del artículo 3.5 en conexión con el Anexo III del CMISS, una formulación en cuya virtud no ha de ser ya la norma multilateral, sino los posibles acuerdos entre Estados parte, los que amplíen

7. Artículo 3.1 CMISS.

8. Artículo 3.2 (segundo inciso) CMISS, en interpretación sistemática con el Anexo I a la propia norma multilateral.

9. Artículo 3.4 CMISS.

el catálogo de regímenes especiales que, o bien fueron directamente exceptuados, o bien eran simplemente inexistentes, en el instante de oficialización del CMISS.

Por lo que concierne a los *niveles*, el CMISS tampoco resulta especialmente ducho en el empleo de la terminología. En efecto, como primer error de orden estructural se observa que en el CMISS el término *contributivos* es el que en primera instancia se asocia al sustantivo regímenes y, como trae causa precisamente del párrafo anterior, ello no debiera ser así ya que no son contributivo o asistencial los regímenes sino, en todo caso, los niveles de cobertura que resultan de asociación a un determinado régimen de protección social.

Centrándonos, así pues, en el calificativo, es claro que el CMISS cimienta su espectro de cobertura en el nivel profesional pues no sólo estipula, en términos positivos, que esta norma se aplica exclusivamente a los parámetros de lo contributivo¹⁰ sino que también prescribe, en formato negativo, la eliminación expresa de aquellos otros de orden asistencial¹¹, ello a salvo de que tales puedan ser reinsertados en un tratado bilateral entre sujetos de Derecho internacional¹², no representando ésta, sin embargo, la regla general a seguir.

Nótese por parte del lector, para finalizar este primer bloque, que la referencia al artículo 3.5 CMISS sobre posibilidad de ampliación de la estructura protectora ha sido duplicada. La primera mención tenía como objeto la integración de *regímenes especiales*, mientras la segunda aboga por idéntica práctica, pero en relación a *niveles* –asistenciales– de cobertura. El defecto viene condicionado por el inadecuado uso de la lingüística por parte del CMISS como ya ha sido explicado. No obstante, lo más importante es la conclusión que, estimo, debe decaer en favor de los regímenes especiales por cuanto, aunque hay una tendencia a su progresiva desaparición, siguen teniendo presencia en las relaciones entre Estados, cosa que no ocurre con las prestaciones no contributivas y, señaladamente, en menor medida aún en la temática de muerte y supervivencia.

En lo que concierne al segundo eje estructural, recuérdese, la *acción protectora*, el artículo 3.1.c) CMISS cita textualmente las *prestaciones de supervivencia*, dándose con ello luz verde a uno de los principales campos de acción protectora en el seno de cuantas naciones se suman al CMISS.

Sin embargo, posiblemente lo más representativo no esté en aquello que se dice sino precisamente en lo que no se transcribe en dicha cita normativa. El Anexo II al artículo 3.3 CMISS excluye expresamente al Auxilio por Defunción, quizá porque se trate de una prestación de pago único no vinculada necesariamente al ejercicio profesional del sujeto causante, pero tampoco a una insuficiencia de recursos económicos por parte de quien legalmente postula el beneficio de la misma. Me parece indiferente la territorialidad profesional y/o residencial del beneficiario en relación a su deseo de hacerse cargo de los gastos que origina el sepelio del sujeto causante, probablemente

10. Artículo 3.2 (primer inciso) CMISS.

11. Artículo 3.4 CMISS.

12. Artículo 3.5 CMISS.

por ello la ulterior toma en consideración, en el ya citado artículo 3.5 del propio CMISS, de la oportunidad de su aceptación mediante tratado bilateral. Además, y a tenor de la ínfima cuantía que comporta, tampoco es que vaya a quebrar las arcas del sistema que la exporta.

Finalmente, y sin salir del espacio de la acción protectora, no es sólo importante la prestación sino también el origen de la contingencia frente a la que trata de actuar la medida de protección, en otras palabras, el *riesgo*.

Lo cierto es que en la ya referenciada mención al artículo 3.1.c) CMISS, los sujetos negociadores del mismo no asocian ni los riesgos comunes ni los riesgos profesionales al potencial beneficiario de las acciones por causa de muerte y supervivencia. Caben sendos por defecto, cabría aprehender. Sin embargo, la duda sobreviene cuando en cita subsiguiente se traen a colación las prestaciones económicas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, pues surge la duda de si ha de ser ello interpretado como una restricción al espacio de los riesgos profesionales. Creo que no. Este tipo de prestaciones son comunes en la protección social del entorno geopolítico latinoamericano y de ahí, más que seguro, su contemplación en el CMISS. Sin embargo, la expresividad normativa debiera ser más uniforme porque, y sin ir más lejos, a modo de ejemplo, en España, accidente de trabajo y enfermedad profesional no son prestaciones sino origen de la situación de necesidad a revertir mediante el correspondiente instrumento de tutela.

3. LA REGULACIÓN ENTRE ESTADOS ADHERIDOS AL CMISS Y BAJO INFLUENCIA DE TRATADOS BILATERALES

182

Dado que ya ha sido explicado en el apartado II de este trabajo el régimen jurídico que construye el CMISS, la formulación que a continuación se presenta queda arbitrada sobre un doble pilar:

1. La regulación bilateral entre el Estado español y aquellos otros países del entorno latinoamericano que, en idéntica medida, han oficializado su adhesión al CMISS. Tales son: Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay.
2. Las reglas que articulan la concurrencia entre normas de coordinación, esto es, la multilateral que representa el CMISS y la bilateral que deviene acoplada mediante la acción normativa de los anteriormente enumerados sujetos de Derecho internacional. Sin lugar a dudas, nos posicionamos así ante el salto cualitativo primordial en el examen de la cuestión.

Comenzando, pues, con la primera propuesta, se pone encima de la mesa, en cuanto a contenido, el armazón *estructural* de los Estados implicados. La oferta formal, toma como faro de referencia la propuesta del Estado español y, seguidamente, aunque no como necesidad en idéntico orden de importancia, el de los Estados latinoamericanos.

La primera prerrogativa en ese campo de aplicación objetivo, se recordará, tiene que ver con los *modelos* que pudieren verse involucrados en el haz de protección social.

La Autoridad española no lleva a cabo ninguna referencia en dos tratados, cuales son los firmados con Brasil¹³ y Chile¹⁴, mientras que en los cinco restantes prevé una mención genérica al sistema de Seguridad Social que no permite aclarar todas las dudas, más allá de acogernos a esa legítima, aunque sensiblemente reiterada, interpretación generalizadora. No obstante, de estas cinco manifestaciones sí resulta oportuno una mención en favor de los convenios con Ecuador¹⁵ y Perú¹⁶, por cuanto se exceptúan expresamente los entramados en favor de los funcionarios públicos de la Administración Civil y de la Militar.

Por su parte, y en relación a los Estados latinoamericanos que participan de este escenario, la ausencia de alusiones específicas es sin ambages la nota común, excluyendo no obstante de esta acusación el caso de Ecuador al postular una llamada expresa al *Seguro General Obligatorio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*, así como el exponente de Perú dada la alusión al *Sistema Nacional de Pensiones* y al *Sistema Privado*.

Si tomamos en cuenta, en segundo lugar, el espectro de los *regímenes*, acontece que la Autoridad española no incorpora ninguna determinación específica a tipología de regímenes albergados, salvo el tratado con Brasil que sí puntualiza la mención tanto al RGSS como a los regímenes especiales, siendo no obstante idéntica la consecuencia.

Respecto a las Autoridades latinoamericanas, la reflexión es la misma si se libra el propio pacto con Brasil que específicamente alude a su *Régimen General de Seguridad Social*, así como el convenio con Uruguay¹⁷ dada la expresa mención a *Regímenes de pensiones en reparto o capitalización individual*.

Finalmente, y en aquello que concierne a los *niveles* de cobertura, son cuatro los tratados en los que el sistema español restringe al nivel contributivo, a saber: Argentina¹⁸, Ecuador, Paraguay¹⁹ y Perú. Por su parte y en lo que atiende a los tres restantes, no hay mayor concreción. Sea como fuere el efecto es el mismo y, por ende, inocua la ausencia de mención, pues toda la cobertura por causa de muerte y supervivencia opera en el círculo de lo profesional y, por tanto, de lo contributivo.

Por lo que concierne a los Estados latinoamericanos, las previsiones son idénticas si nos escapamos de dos tratados, concretamente Paraguay y Perú, que no efectúan un llamamiento al listón del nivel contributivo aun cuando la contraparte, léase España, sí lo hace. Insistimos, la secuela es análoga a tenor del fondo de la cuestión. Sólo

13. Convenio de fecha 16 de mayo de 1991 (en vigor desde 1 de diciembre de 1995).
14. Convenio de fecha 28 de enero de 1997 (en vigor desde 13 de marzo de 1998).
15. Convenio de fecha 4 de diciembre de 2009 (en vigor desde 1 de enero de 2011).
16. Convenio de fecha 16 de junio de 2003 (en vigor desde 1 de febrero de 2005).
17. Convenio de fecha 1 de abril de 2000 (en vigor desde 1 de diciembre de 1997).
18. Convenio de fecha 28 de enero de 1997 (en vigor desde 1 de diciembre de 2004).
19. Convenio de fecha 24 de junio de 1998 (en vigor desde 1 de marzo de 2006).

lo formal quizá podría abrir puertas a una pequeña, aunque razonable crítica, en aras de la uniformidad.

Saltando ya al segundo eje del campo de afectación objetivo, esto es, la *acción protectora*, lo cierto es que la Autoridad española generaliza a todas las prestaciones por causa de muerte y supervivencia, dentro de las cuales hay pensiones, subsidios e indemnizaciones complementarias de pago único. Llama singularmente la atención una doble peculiaridad apreciable, a su vez, en dos convenios cuales son los de Ecuador y Perú:

1. En sendos se procura la expresión *supervivencia* cuando acontece que en los cinco restantes la mención es a *muerte y supervivencia*. Cabría preguntarse si se trata de una mera formalidad o hay algo más en el trasfondo de la cuestión. En mi opinión, sí que cabe apreciar un sentido distintivo, ya que el régimen de tutela que nos ocupa se caracteriza por romper la regla general en torno a la cual quien sufre la contingencia es quien disfruta de la prestación. Efectivamente y sin pretender ser reiterativo sobre ideas traídas a colación en reflexiones previas, en nuestro escenario hay un sujeto que fallece –causante– y otro/s que, obviamente, reciben la compensación económica desde el sistema –beneficiario– pero siempre al albur de una indefectible relación causa-efecto, de tal manera que sin el mal de uno no se activa el bien del otro. En consecuencia, no hablemos sólo de supervivencia sino de muerte y supervivencia, razón por la cual no comparto la referencia truncada por parte del legislador español en sus tratados con Ecuador y Perú cuando, con el resto, no la utiliza.
2. La mención expresa que sendas normas desarrollan a la ayuda contra *los gastos del sepelio*, tradicionalmente expulsada de estas lides de coordinación interestatal, con la adenda de que mientras en el trato con Ecuador se hace llamar *auxilio por defunción*, en el Perú se identifica *subsidio por defunción*, siendo técnicamente aceptable solo la primera pues así es como en forma viene identificada en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social y porque, en razón de contenido jurídico, es un abono de pago único y no una prestación económica de tracto sucesivo y periódico aunque duración limitada.

Por lo que respecta a la Autoridad de los Estados latinoamericanos en su relación con España, hay mayor variedad, y ello tanto si se piensa en la clasificación de medidas protectoras como en la causa y destino final de las mismas.

Tratando en primer lugar las modalidades tuitivas, convergen tres Estados que mencionan las *prestaciones*, cuales son Chile, Paraguay y Perú, otros dos se refieren a *pensiones*, a mayor detalle Ecuador y Uruguay, hay un quinto en discordia que incorpora sendas menciones en tenor literal, la República Argentina para más señas y, finalmente, el último Estado sugiere el término *legislación*, pero sin plasmar una tipología instrumental, léase Brasil.

En cuanto al objeto de la tutela prestacional, sólo hay un tratado, específicamente el de Paraguay, que expresamente se refiera a *muerte y supervivencia* bajo el patrón

argumental defendido para el caso de la Autoridad española. El resto, o bien sólo hablan de *muerte*, como Brasil, o bien sólo tratan la *supervivencia*, siendo tal el caso de Chile y Perú, o bien citan instrumentos de tutela con nombre y apellidos como las *pensiones a viudas y huérfanos*, léase Ecuador, o simplemente no aparece mención específica a nada que se asemeje a muerte y supervivencia, quedando reducida tal práctica a los vínculos con Argentina y Uruguay.

En segundo lugar y dentro a su vez de este segundo gran eje sobre acción protectora, una mención a los *riesgos* que originan la contingencia. Está en juego no precisamente cualquier prerrogativa, sino la cantidad y calidad de la cobertura gracias al factor diferencial, si bien discutible, entre específicos o profesionales y genéricos o comunes.

En el caso español, se emplea idéntica formulación en cada uno de los siete tratados bilaterales, la cual, dicho sea de paso, no es precisamente clara. Efectivamente, en un apartado hace mención a las prestaciones de muerte y supervivencia sin mayor precisión sobre el riesgo respecto del que cabe surja la contingencia a cubrir, sin embargo, en el apartado siguiente se incorpora una mención literal a las prestaciones derivadas de *accidente de trabajo y enfermedad profesional*. Así las cosas, ¿si el primer apartado no puntualiza debe entenderse que las prestaciones con aporte nominativo que en él figuran actúan sea cual sea el riesgo en origen?, ¿o quizá la referencia diferenciada a los riesgos profesionales hace que la interpretación del primer apartado quede circunscrita a los riesgos comunes? En mi opinión y basándome en la interpretación de otros tratados bilaterales, cuando la Autoridad española quiere circunscribir la acción protectora a unos determinados riesgos, hace constar estos con un talante expreso –recuérdense las propuestas rubricadas con Canadá y Colombia–, por tanto la ausencia de una dicción específica al riesgo común en esta mención a las prestaciones de muerte y supervivencia, me lleva a inclinarme en favor de la cobertura tanto por origen en riesgo profesional como por riesgo común.

En lo que hace referencia a los Estados del espacio latinoamericano, lo cierto es que las siete Autoridades desembocan en la misma construcción, léase la habilitación frente a cualquier riesgo. La diferencia obra en que lo hacen bajo distinto formato pues en tres Estados se incorpora la misma fórmula que el cofirmante –Brasil, Ecuador y Uruguay– en tanto los cuatro restantes no se estipula ningún tipo de previsión, y si la norma no distingue, tampoco lo hagamos nosotros.

Hasta aquí la mecánica jurídica que arbitra las relaciones bilaterales entre el Estado europeo y los Estados latinoamericanos que, además, se adhieren al marco de eficacia del CMISS. A partir de ahora, la pregunta es: ¿cómo se articula la concurrencia entre tales normas de coordinación?

Aun cuando se trata de un dato ya aportado en este trabajo, es adecuado evocar que el CMISS se suscribe en fecha 10 de noviembre de 2007, y es que ya con anterioridad estaban en vigor los siete convenios interestatales en régimen de a dos. Posteriormente a esta data recién aludida, el goteo en cuanto a la afiliación al CMISS de los ocho Estados que se contemplan en este paraje está bastante distanciada en el tiempo al materializarse en una horquilla temporal cuyo punto de partida es el 1 de

mayo de 2011, al incorporarse España y Brasil, y el de finalización queda marcado en el 20 de octubre de 2016, con la adhesión de Perú. En cualquier caso, valga este último apunte sobre la tardanza a efectos meramente estadísticos pues no ha de tener mayor relevancia desde el punto de vista del fondo de la cuestión. Lo que sí pretendo hacer notar con insistencia es que, efectivamente, los tratados bilaterales revisten causa previa respecto de la norma multilateral o, si se prefiere, que la acción oficial del CMISS es posterior a cualquiera de los siete marcos sinalagmáticos que Autoridades española y latinoamericanas refrendan, Autoridades que, además y ulteriormente, vendrían a suscribir el CMISS. Pues bien, tratando de responder al interrogante sobre reglas de coordinación con anterioridad planteado, en aplicación del artículo ocho, segundo párrafo, del CMISS, habrá que determinar cuál es el régimen jurídico más favorable a los intereses del beneficiario, una previsión que aunque pueda parecer un ejemplo de la mayor diplomacia, a ciencia cierta juega a favor de corriente porque siendo el convenio posterior a todo tratado bilateral siempre ofrecerá, en condiciones normales, un rendimiento más favorable, y es que no tiene sentido que normas posteriores en el tiempo empeoren un tejido de protección social ya consolidado. Sea como fuere, la exposición de un ejemplo *de facto* ha de contribuir en la explicación de estos entresijos.

Tomando en consideración este parámetro en cuanto a la concurrencia de estos instrumentos de Derecho, descendamos a la regla más básica de contenido, léase de acción protectora propiamente dicha, un postulado que, no obstante, cabe recordar que no es la primera vez que se menciona en este trabajo: el CMISS deja fuera el Auxilio por Defunción. ¿En qué medida una reducción de instrumentos de cobertura económica puede ser traducido como un avance, como una mejora en las opciones tuitivas del entramado objetivo por mor de muerte y supervivencia? Si nos apoyásemos en una regla lógica, habría que concluir en una involución. Sin embargo, deviene preceptivo el acudir a los convenios en cuestión puesto que, quizá, también éstos tienen algo que decir.

Por lo que concierne al Estado español, éste limita la aplicación de sus pactos bilaterales a la regulación del auxilio por defunción desde la fecha, cabe entender, de la entrada en vigor del CMISS en cada uno de los sujetos cofirmantes, canalizándose de este modo la interpretación sistemática con el Anexo II del propio CMISS y su eficacia respecto a la Autoridad española. Así es factible de ser advertido en los Convenios con hasta seis Estados de este escenario, a excepción del rubricado con la República Argentina, en el que el Estado español sólo lo toma en consideración respecto al subsidio por causa de maternidad.

En relación a los Estados latinoamericanos, el centro de atención ha de ser necesariamente ubicado en los tratados con Ecuador y Perú. Se trata de los dos únicos sujetos de Derecho internacional que, expresamente, aportan una mención diferenciada al instrumento de tutela que es objeto de estudio y bajo la denominación técnica de *Auxilio por Defunción y Gastos por Sepelio*, respectivamente. Respecto a la regla sobre su eficacia en el tiempo y ante la ausencia explícita de pautas en el propio texto del

convenio, la interpretación debiera ser la misma que la expresada con anterioridad para el Estado español.

Así las cosas y ante la referida concurrencia de instrumentos normativos de coordinación, gracias precisamente a la previsión de la norma multilateral en torno a la toma en consideración de aquello que resulte más beneficioso, resulta consecuente afirmar que ha de primar lo establecido en el tratado bilateral por su condición de más favorable para los intereses del asegurado.

4. LOS TRATADOS BILATERALES ENTRE ESTADOS NO ADHERIDOS AL CMISS

En el empeño por tratar de cerrar el círculo de la trama que implementa esta investigación, el escenario que a continuación se presenta es el que enmarca las relaciones entre la nación española y los Estados de Canadá, Colombia, México, República Dominicana y Venezuela.

Por su parte y tomando en consideración la perspectiva objetiva, simplemente reafirmar que los patrones temáticos sobre *estructura del sistema y acción protectora* siguen actuando como la plantilla sobre la que se ejecuta el análisis pues se trata, en fin, de la verdadera esencia en cuanto a la superficie de abordaje material y, por tanto, de un necesario denominador común para cuantas secciones ejercen de pilar en este trabajo.

Comenzando por la *estructura* y más concretamente por el *modelo* afectado, nos encontramos con dos exponentes -Canadá y México- en los que no se lleva a cabo ningún tipo de especificación por parte de sendos sujetos firmantes, léase el Estado español y cada una de las dos Autoridades que acaban de ser objeto de cita²⁰. Si así son las cosas, el interrogante parece lógico: ¿qué modelo -o modelos en su caso- quedan cubiertos a la hora de su institucionalización en el espacio?:

Si en primer lugar se recurre a aquella que, en puridad, ha de ser considerada como la regla más lógica, sencillamente deviene imposible determinar qué segmento del mecano de protección social resulta institucionalizado con estas bilaterales normas de coordinación.

No obstante, en segundo término y ya que estamos en la obligación moral de persistir en pro de un paso adelante, es preceptivo no anclarse en la lógica sino recurrir también a la reglamentación jurídica. Por ello y siguiendo el dictado más básico de uno de los a su vez más conocidos principios generales del Derecho, si el legislador no distingue tampoco lo promovamos nosotros. La lectura que se obtiene, es que resulta amparado cualquier mecanismo de protección social que es propio de los Estados mencionados. Nótese, in fine, que la fundamentación argumental es diferente y, como tal, también la solución pues, en este segundo caso, como poco, sí queda articulada una regla, una respuesta.

20. Convenio de fecha 10 de noviembre de 1986 (en vigor desde el 1 de enero de 1988) y Convenio de fecha 25 de abril de 1994 (en vigor desde 1 de enero de 1995), respectivamente.

Junto a esta primera expresión, se traen a colación ahora otros dos acuerdos bilaterales, concretamente entre España y Colombia²¹, así como con la República Dominicana²², respectivamente, en los que se incorpora una referencia específica al “sistema de Seguridad Social, al Sistema General de Pensiones, y al Sistema de Seguridad Social, leyes especiales de Seguridad Social y planes públicos de pensiones y jubilaciones”²³. En todos ellos y dada la abstracción de la sintaxis, es cierto, la lectura sobre la posibilidad de universalizar en positivo permanece en primera línea. En esta ocasión y como única diferencia, se advierte una mención activa, literal, a lo que cabe sea entendido como el gran modelo de protección social que cada nación pone en juego. ¿Podría ello ser defendido como una propuesta alternativa, o por el contrario estamos ante una mera formalidad respecto al enunciado precedente? Mi opinión es que sí tiene incidencia en términos de contenido. Efectivamente, la mención expresa a uno o varios modelos, con nombre y apellidos, es porque se quiere centralizar la acción operativa sobre tales y no en consecuencia sobre otros que pueden ser damnificados a nivel internacional pero no por ello exceptuados a nivel doméstico. Sea como fuere, quede en el presente punto la propuesta a efectos de ir sugiriendo la reflexión. En el apartado V de esta colaboración, se desarrollan estas ideas.

El tercer y último exponente, lo encarna el tratado entre España y Venezuela²⁴. Ofrece crédito a una suerte de posicionamiento intermedio, pues si bien el Estado español sí concreta la mención a su sistema de Seguridad Social, la República Bolivariana no contribuye con ningún tipo de referencia. En efecto, hasta ahora habíamos hallado dos postulados de cita doble y por acción, así como otros tantos de referencia pareada, en igual sentido, pero por omisión. El convenio que ahora se analiza es diferencial por cuanto cada uno de los firmantes opta por un patrón. Evidentemente y salvo que la interpretación confirme *in fine* que nos hallamos ante una idéntica oferta de contenidos, aunque separable en términos de forma, la misma es criticable por el desequilibrio al que puede dar lugar y, sobre todo, porque en poco o nada contribuye a la particular causa de lo que debe entenderse por una coordinación de normas en el espacio. Mi opinión es que hay una explicación desde el fondo de la problemática, ya que España limita el campo de acción a su sistema institucional de Seguridad Social pero no a todo el entramado de protección social. Sin embargo, Venezuela sí parece albergar toda su oferta por cuanto no hay mayores distingos y, en consecuencia, debiera resultar de aplicación la exégesis con anterioridad aludida. No acierto a entender cómo dos sujetos de Derecho internacional que deciden voluntariamente suscribir una norma bilateral no son lo suficientemente diligentes como para institucionalizar esta cuestión nuclear.

21. Convenio de fecha 6 de septiembre de 2005 (en vigor desde el 1 de marzo de 2008).

22. Convenio de fecha 1 de julio de 2004 (en vigor desde el 1 de julio de 2006).

23. De manera correlativa, el primero de los vocablos corresponde al Estado español, el cual, por cierto, aparece reiterado en sendos tratados recién citados. El segundo se corresponde con la Autoridad colombiana y el tercero y último, obviamente, con la dominicana.

24. Convenio de fecha 12 de mayo de 1988 (en vigor desde 1 de julio de 1990).

En conclusión, ya sea por omisión, por mención o por la ecléctica, parece que los seis Estados implicados en este escenario de coordinación bilateral sin el recubrimiento del CMISS, se decantan por la toma en consideración de todo su entramado de protección social ya que, además, y de haber pretendido una postulación por la solución alterna, entiendo y defiendo que hubieran debido de redactar, con nombre y apellidos, aquellos sectores del planteamiento estructural que deseaban ver imbricados. No obstante, las dos piezas restantes del esqueleto estructural, recuérdese, regímenes y niveles, puede que estén más que posiblemente en posesión de la llave de cara a ratificar, o en su caso rectificar, esta proposición.

En lo que se refiere a los *regímenes*, la pauta empleada por el Estado español es idéntica en las cinco propuestas bilaterales, en cuanto al fondo de la cuestión concierne. Sin embargo, se registran variadas formulaciones desde la perspectiva formal. Se presentan a continuación, y de manera diferenciada, cada una de las mismas.

Una primera opción, consiste en mencionar literalmente tanto el RGSS como los Regímenes Especiales, expresión que puede ser constatada en los Convenios con Canadá, México y Venezuela.

Una segunda modalidad, se sustenta sobre la pauta de excluir los Regímenes Especiales de funcionarios públicos, tanto de la Administración Civil como de la Militar, prescripción que por ejemplo se utiliza en el tratado con la República Dominicana.

Una tercera vía, se hace pivotar sobre la no realización de ninguna mención sobre regímenes afectados. Puede ser localizada en la propuesta bilateral con Colombia.

Por su parte y en lo que concierne a la perspectiva de los Estados latinoamericanos, dos de los afectados no incorporan ninguna referencia, cuales son los puentes con Canadá y Colombia. Como puede advertirse, sólo respecto del segundo de los citados se confirma una equivalencia con la Autoridad española. Entretanto, el convenio con Canadá materializaría la vía intermedia donde el Estado español sí es preciso, pero no el canadiense.

Por otro lado, los tres restantes sí se refieren a “regímenes obligatorio y voluntario de la Ley del Seguro Social” en el caso de México, “Leyes especiales del Seguro Social y planes públicos de pensiones” para la República Dominicana y “Régimen del Seguro Social” en el exponente venezolano. Ciertamente es que esta última presentación encarna aquello que efectivamente debería ser, esto es, una prescripción doble y sinalagmática de sendas partes, sin embargo, no puedo ni quiero dejar de lado la presente reflexión: en atención a la semántica de los calificativos empleados por las Autoridades, más me hace pensar el que se refieran a modelos y no tanto a regímenes, esto es, a sobre quiénes se constituye la relación jurídica de protección social y no tanto al quiénes, dentro de ese más amplio círculo concéntrico, gozan de una titularidad propia del derecho a cobertura por el hecho de ser, además de ciudadanos, protagonistas de una actividad productiva, ya sea ésta en régimen de dependencia o de autonomía. Si así fuere, como creo debe ser interpretado, tales referencias habrán de ser encuadradas en el marco de acción estructural de la voz modelos que con anterioridad fue presentada y, por defecto, concluir que en materia de regímenes ningún sujeto de Derecho internacional aquilata su orden jurídico en las normas de coordinación con

el Estado español. La gran conclusión habría de desembocar en que todas las actividades profesionales están mutuamente contempladas en el tratamiento bilateral.

Finalmente, y por lo que hace alusión a los *niveles*, sí hay disyuntivas en función de cuáles sean los protagonistas que deseemos tomar en consideración. Ésta es la sistematización.

El Estado español, en sus relaciones con Canadá, República Dominicana y Venezuela, no da pie a ningún trato distintivo entre los reglajes contributivo y asistencial. Sin embargo, en los convenios con Colombia y México sí que cabe diagnosticar una restricción de la acción operativa al cerco profesional. Como opinión personal, siempre es digno de mención que una norma jurídica sea lo más precisa posible en su redacción, pues ello ha de contribuir a evitar lagunas, así como no dar pie a interpretaciones distorsionadas, sin embargo y teniendo en cuenta la temática que nos ocupa, en el fondo no representa esta previsión sino una mera formalidad por cuanto la acción protectora por causa de muerte y supervivencia es de nivel contributivo.

En lo que hace referencia a los cinco Estados latinoamericanos, viene perpetuándose la pauta en torno a la no anexión de referencias específicas a este presupuesto. Téngase por reproducido lo argumentado en el párrafo precedente, salvo que alguno o algunos de los Estados en cuestión haya manifestaciones asistenciales por causa de muerte y supervivencia. Sea como fuere, el análisis del entramado doméstico de cada Autoridad no es el objetivo del presente estudio.

Saltando ya al segundo bastión del campo objetivo de aplicación, se presentan de seguido los dispares métodos que oficializan los tratados contemplados en este apartado sobre *acción protectora* propiamente dicha.

El Estado español se vale de una triple representación para asentar la referencia a las herramientas, *prestaciones* en sentido técnico, que son objeto de tratamiento:

Una proposición inicial, queda identificada con la evocación a las *prestaciones de muerte y supervivencia*, como se puede certificar en las alianzas con Colombia, República Dominicana y Venezuela. La nitidez y al tiempo la sencillez en esta dialéctica escrita, creo que no amerita mayores explicaciones.

Mediante una segunda formulación, se confirma la referencia a *pensiones de muerte y supervivencia*, cual es el caso del convenio con México. Aunque pueda pasar inadvertida la diferencia con el dechado precursor, percátense el lector de la desemejanza en cuanto al sustantivo que identifica la medida de cobertura. En efecto, la pensión es una modalidad de prestación, por el contrario, no cabe asegurar que toda prestación devenga naturalizada como una pensión, de tal manera que la escapatoria respecto a este juego de palabras ofrece crédito a la afirmación que en las relaciones con México quedan eximidas aquellas variantes de protección que no se exteriorizan desde el formato de duración indefinida.

En tercer y último emplazamiento, la elección que toma partido por mencionar las *disposiciones sobre muerte y supervivencia*, como así cabe cotejar en la alianza con Canadá. No resulta una cuestión baladí, una vez más y sin pretender por ello caer en la reiteración, el tema del nombre que se le asigna al instrumento de custodia. Aquí, incluso, la terminología referenciada más parece referirse a la fuente formal donde

se contempla la medida de custodia que a ésta propiamente dicha, esto es, como si postulare el incluir algún otro tipo de prerrogativas, de orden fiscal por ejemplo, en el bagaje tuitivo, un dato que consecuentemente superaría las fronteras del Derecho de Seguridad Social para penetrar en otras ramas del ordenamiento jurídico. Ello permite justificar, a fin de cuentas, el carácter interdisciplinar del estudio al que se aludía en el prólogo de esta misma colaboración.

Por su parte y situando la tilde en los requerimientos expuestos por los Estados latinoamericanos, el programa es en gran medida similar: en tres tratados se abordan *prestaciones* –Colombia, República Dominicana y Venezuela– mientras en los dos restantes se refieren, técnica y específicamente, las *pensiones*, siendo éste el caso de Canadá y México. Ni que decir tiene, el argumento vertido con anterioridad y en términos de conclusión para el Estado español, debe ser reproducido en este instante para el entorno latinoamericano, máxime cuando se observa una correspondencia doble y sinalagmática en todos los pactos salvo el concordato con Canadá por ser aquel en el que, de manera ciertamente llamativa, España se despacha con la llamada a las disposiciones. ¿Por qué tanta separación con el Estado nacido de la corona francesa al ampliar al máximo España –cualquier medida jurídica de protección por causa de muerte y supervivencia– y constreñir en idénticos términos superlativos Canadá sólo a pensiones? No ya la uniformidad en términos de armonización, sino simplemente el viso de coordinación queda claramente en tela de juicio.

La principal novedad cualitativa respecto a las menciones utilizadas por la Autoridad española, se canaliza en el hecho de que, significativamente además, sí se emplazan disimilitudes en cuanto a la identificación nominativa, coloquialmente en el apellido, de la causa que sirve de base a las prestaciones en cuestión: *muerte* en México, *sobrevivencia* en la República Dominicana, *sobrevivientes* en Venezuela –positivamente destacable en un intento de personificar la figura– y sin identificación específica en los casos de Canadá y Colombia, propuesta ésta última que, si tenemos en cuenta el articulado de todos los tratados y en el que se busca una suerte de identidad conceptual, queda un tanto en fuera de juego.

Para concluir y sin salir por ello de la acción protectora, recordará el lector que junto a la tipología de prestaciones se toma en consideración el *riesgo* que da origen a la contingencia. Veamos qué da de sí esta proposición.

En lo que al Estado español atiende, mientras en la concomitancia con tres Estados no circunscribe ni a riesgos profesionales ni a riesgos comunes –México, República Dominicana y Venezuela– con los dos restantes –Canadá y Colombia– sí hay una limitación a las contingencias originadas en los lances de orden genérico, léase accidente no laboral y enfermedad común. No entro en la causa del por qué este tratamiento jurídico debe ser así, al fin y al cabo la Autoridad española tendrá sus razones para tintar como jurídica esta circunstancia. Tan solo me quedo en la formalidad de lo distintivo cuando realmente se está gestionando lo mismo. Acaso, el no haber cotizado de manera ciertamente suficiente en tu país de origen y nacionalidad, retrae mucho al legislador español ante la opción de tener que dar bastante a cambio de haber recibido previamente muy poco o nada, en el peor de los casos.

Si trasladándonos al otro platillo de la balanza marcamos en primer plano la aportación al tratado bilateral de los sujetos latinoamericanos, tan solo Colombia amolda sus opciones al recuadro de los riesgos comunes. Los otros cuatro Estados no listan referencia alguna y, siguiendo de este modo reglas de interpretación ya aplicadas a lo largo de este estudio, la conclusión ha de ser en favor de la generalización, léase de la toma en consideración tanto de las fuentes de raíz común como profesional.

5. REFLEXIONES PERSONALES

El objeto del presente trabajo ha consistido en escudriñar dos ejes temáticos de extraordinaria relevancia en el campo de acción material ante la situación de necesidad emanada por razón de muerte y supervivencia, cuales son la *estructura* de los varios y variados sistemas de custodia social, así como la *acción protectora* que los mencionados confieren.

La mecánica utilizada ha reposado no tanto sobre una perspectiva de estudio a nivel de régimen jurídico individual, sino más bien una *exégesis sistemática en el espacio* de tres escenarios que vienen demarcados por la influencia de una o varias normas de coordinación interestatal, léase el CMISS y los tratados bilaterales entre España y Estados latinoamericanos.

Se muestran a continuación y en términos de epílogo los datos acaso más interesantes para formatear una reflexión en torno al estado actual de la cuestión y, en la medida de las posibilidades, para asentar algunas propuestas pensando en el futuro.

En lo que hace referencia, en primer lugar, a los *modelos* de protección social involucrados, el análisis se presenta muy complicado de planificar, casi imposible me atrevería a decir, teniendo en cuenta al amplísimo abanico de exponentes que los numerosos Estados enarbolan: modelos obligatorios o complementarios, públicos o privados, de reparto o de capitalización, incluso de orden mixto. Además, la terminología en cuanto a su nomenclatura no supone precisamente una ayuda en aras de la uniformidad. Sea como fuere, sí hay un dato llamativo que, aunque afecta a todos los profesionales en régimen de dependencia, la diferencia se sitúa en el carácter público o privado de la contraparte en la relación profesional. Me refiero al entorno de la función pública. Recuérdense las previsiones atendidas:

1. El CMISS no es taxativo en cuanto a la genérica oferta de engranajes de tutela institucionalizados, excepción hecha, eso sí, para damnificar a los sistemas de cobertura en pro de los funcionarios públicos, ya sean de la Administración Civil, Militar o Judicial. De entrada, pudiera entenderse e incluso compartirse esta previsión directa en cuanto a sacrificio normativo y general por lo que a los servidores públicos se refiere en tanto dependen de la Administración, lo cual les posibilita el disfrutar de su propia normativa reguladora de actividad profesional y protección social. Un entramado que queda al margen de las premisas que gobiernan la operativa en el sector de las normas jurídico laborales.

2. Sin abandonar el círculo de influencia del CMISS, pero ampliando la visión a los tratados bilaterales entre España y aquellos Estados latinoamericanos que igualmente se han adherido al CMISS, nos encontramos con un dato que se repite, si no fuera por un factor diferencial: quedan fuera los funcionarios de las Administraciones Civil y Militar, no expresamente los de la Intendencia Judicial. Constatéase que el protagonista es igualmente un funcionario público y no se aportan mayores razones para acreditar esta especie de discriminación positiva que los concordatos bilaterales postulan. Pero es que, además, y si nos paramos a pensar, la lógica arbitraría el efecto contrario porque resulta cierto que esta gestión judicial tiene plena correspondencia con uno de los grandes poderes en cualquier Estado democrático, un dominio que ha de ser absolutamente independiente y, quizá por ello, distanciado de todo aquello que le rodea, aunque sea el mismísimo régimen de protección social que todo profesional ha de poseer. Expresado de otro modo, si uno de los tres grandes estándares públicos debiera quedar al margen precisamente por su especialidad, ese es el judicial, no a la inversa. En consecuencia, no acierto a explicar esa singularidad que, al albur de ciertos tratados bilaterales, se concreta respecto a la Administración Judicial.
3. En aquello que parece puede tomarse como el colofón a las diversas superficies interpretativas, se puede plantear esta controversia respecto a la exención de los regímenes funcionariales desde otra perspectiva, más concretamente la que oficializan los tratados bilaterales entre Estados que no se adhieren al CMISS. Pues bien, acontece que con los sujetos de Derecho internacional que se hallan en la mencionada tesitura, no cabe advertir ninguna cita expresa a la omisión de los servidores públicos, y sin ir más lejos porque ha sido reiterado hasta la saciedad en la presente investigación, cuando el legislador no arbitra distinciones, tampoco las promovamos los sujetos privados. De otro modo enunciado, sí hay que tomar en el círculo de acción a los sistemas institucionales de celo benefactor que son inherentes a la función pública.

A modo de resumen sobre esta inaugural premisa temática de calado estructural, tres opciones de regulación y, en su caso, concurrencia entre normas de coordinación sobre la función pública, y en igual medida, tripartito es el postulado de régimen jurídico que resulta obrado. Como principal corolario, subrayar que son las instituciones independientes del orden internacional –más concretamente y para el caso de nuestro estudio las del espacio geopolítico latinoamericano– las que deciden olvidar a los servidores públicos, circunstancia que cabe ser certificada en la promoción operativa del CMISS. Por el contrario, son los órganos de gobierno de los Estados quienes más receptivos se muestran a la toma en consideración de los funcionarios públicos, no en vano siguen siendo profesionales en régimen de dependencia y cuyo esfuerzo de trabajo, así como los resultados que con el mismo se obtienen, van por cuenta de un tercero: el administrado.

En lo que respecta, en segundo lugar, a los *regímenes*, esto es, perfilando el epicentro temático en el trabajo sometido a legislación laboral ordinaria si bien diferenciando, con carácter fundamental, entre la prestación de obra o servicio en régimen de dependencia o, en su caso, de autonomía, lo cierto es que, tanto si partimos de la regulación del CMISS a título individual, como si continuamos con casi todos los tratados bilaterales, ya sean de Estados adheridos al CMISS o no, se infiere un planteamiento parejo, concretamente una doble formulación que conduce, sin embargo, a un mismo resultado. Efectivamente, o bien se citan específicamente tanto regímenes generales como regímenes especiales, o bien no se incluye una mención concreta, dato que arbitraría la consabida exégesis generalizadora. La propuesta ha de ser cerrada con la posibilidad, recordemos por la notoriedad que conlleva, de sumar nuevos regímenes especiales cuando las Autoridades nacionales adheridas al CMISS así lo convengan. El único lunar, por así denominarlo, viene con la mención empleada por el CMISS sobre régimen contributivo pues, al menos en España, el tenor calificación es asociable por niveles, pero no por regímenes, esto es, más por tipología de actividad profesional que por el *quantum* de lo aportado vía cotización²⁵. Un argumento, pues, que sin lugar a dudas tiene su peso para pensar en una actualización de esta norma de coordinación, pensando en dicho ideal precisamente, que además afecta a una cuantía notable de sujetos de Derecho internacional.

En tercer lugar y atinente al plano de los *niveles* de cobertura, tanto el CMISS como ciertos de los acuerdos por pares cumplen de sobra con su declaración al restringir literalmente la eficacia al nivel contributivo y, de manera igualmente expresa, relegar la asistencial. Por su parte, hay un surtido importante de tratados que no aporta ninguna mención, dejándose de este modo la puerta entreabierta para la toma en consideración también de la vertiente no contributiva. En buena lógica y si continuamos con la senda marcada en argumentos precedentes -así debiera de concluirse, no obstante- al mismo tiempo hay que evocar que tal potencial discusión deviene intrascendente en este caso, pues la cobertura por causa de muerte y supervivencia es de tipo profesional y, consecuentemente, contributivo.

Como reflexión final de este primer gran perfil del campo de aplicación material si bien de manera más focalizada a la siempre deseable sintonía entre el Derecho español y el CMISS en el que el mismo decide libremente integrarse, hay que convenir en que tal declaración de intenciones no es precisamente el mejor reflejo a resaltar. Por interpretación teleológica, sí parece estar claro que la cobertura en juego es la que se refiere a la relación laboral ordinaria y siempre que la contingencia se origine en un riesgo profesional. Sin embargo, creo que el CMISS debió ser más nítido, no sólo porque en el mismo se habrían de integrar otros países además de España sino porque,

25. Conforme a la interpretación de los dos incisos que otorgan cuerpo al artículo 41 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), convergen un modelo obligatorio y otro complementario. A su vez y gracias a la legislación de desarrollo que materializa el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social 8/2015 (en adelante TRLGSS), sabemos que dentro del modelo obligatorio hay un Régimen General (en adelante RGSS) y varios regímenes especiales. Concluir que, a su vez y dentro del RGSS, tienen cabida tanto un nivel contributivo o profesional como otro de orden no contributivo o asistencial.

además y acaso como lo más importante, el correcto empleo de la terminología jurídica como fiel reflejo de la realidad social que es propia de cada nación debe ser un elemento insoslayable para la eficacia de una interacción estatal.

En cuarto lugar y por lo que respecta a la tipología de *prestaciones*, destaca peyorativamente la ligereza en el empleo de la terminología, una circunstancia que puede y debe ser implementada en una variedad de contextos:

1. Sobre la clasificación de las medidas de cobertura, quedan referenciadas las prestaciones, las pensiones, las disposiciones e, incluso, las legislaciones. Evidentemente no siempre estamos ante la misma prerrogativa legal y, para muestra, bien vale un botón: en el ordenamiento español, convergen pensiones –de viudedad, por ejemplo–, prestaciones –de orfandad ante violencia de género, como exponente más representativo– o subsidios, tanto de viudedad como de orfandad, sin necesidad de ir más lejos. Claro, no son análogos instrumentos de tutela y, por ende, sugieren diferencias en la dinámica de su operativa.
2. En relación a la causa propiamente dicha de la protección, resulta factible hallar referencias sólo a la muerte, otras exclusivamente a la supervivencia o, en último término, a sendas. Ciertamente es que, desde la perspectiva de un contexto social, todas conducen con una cierta facilidad a un más que parecido tenor interpretativo, sin embargo, no puedo sino recordar algo ya mencionado en la introducción y que tiene que ver con la ruptura de la que ha de ser la regla general en materia de protección social, léase que quien sufre la contingencia, es quien disfruta la prestación. Efectivamente, en nuestro perfil temático y normativo objeto de análisis, hay que diferenciar entre quien fallece y, por tanto, muy a su pesar, causa una situación de necesidad por el hecho de verse quebrada la relación de dependencia con otros sujetos, y precisamente éstos que pasan a ser los beneficiarios del sistema de protección. En otras palabras, hay una ligazón entre sendos sujetos y su particular circunstancia, premisa que hace el que la denominación más correcta sea la copulativa, esto es, muerte y supervivencia.

Al margen ya de estas precisiones sobre terminología en general que, empero, pueden mostrar su influencia sobre el fondo de la cuestión, un etiquetado particular merece el juego, excluyente en primera instancia e incluso después, de las previsiones sobre el Auxilio por Defunción. Por un lado, el CMISS es nítido en relación a su exceptuación. En el otro platillo de la imaginaria balanza, esta consideración aparece compensada por su toma en consideración en la mayoría de los tratados bilaterales. Me parece correcto el modo de proceder de los sujetos de Derecho internacional, pues más allá de la escasez cuantitativa –de humillante me permito calificar la propuesta no sólo histórica sino aún actual de la Autoridad española²⁶– el simple hecho

26. Como exponente seguramente más reciente de esta afirmación que posibilita, incluso, el acreditar la sinceridad del calificativo tan peyorativo por mi parte empleado, la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social por la que se establece el régimen de aplicación de las prestaciones complementarias del artículo 96.1.b) TRLGSS. Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social destinan un determinado porcentaje de su exce-

de tachar medidas de favor parece que se imbrica en una regla inversamente proporcional en relación a la eficacia de la tutoría por desplegar.

Finalmente, me pregunto si las nuevas prestaciones en la materia articuladas tras la incorporación de España al CMISS, como son el subsidio de viudedad o la ya exteriorizada prestación de orfandad íntimamente ligada a la cobertura de descendientes en situación cuanto menos colindante con la orfandad absoluta originada en la deleznable violencia de género, pueden entenderse bajo su manto cobertor. La respuesta, es que sí resulta factible en aplicación del artículo tres, apartado cinco, del CMISS y, por tanto, en relación a todos aquellos Estados que igualmente han decidido sumarse a esta norma de coordinación multilateral.

En quinto y último lugar, lo que apunta al riesgo origen de la contingencia. Hay dos posibles fórmulas consistentes en restringir al ámbito de los riesgos comunes, la cual se concentra en tratados bilaterales con Estados que no se integran en el CMISS, o en no aplicar ninguna referencia, como la opción alternativa detectable, sin duda como principal exponente representativo, en el propio CMISS. Entiendo, y en consecuencia afirmo, que el riesgo es lo más importante por representar el origen de todo y porque, además, hay diferencias notables de amparo, tanto de orden cuantitativo como cualitativo, dependiendo de si el origen reside en un riesgo profesional o en otro de carácter común. Deviene obligado hacer un esfuerzo en unificar esta materia.

La reflexión final para el conjunto de la investigación, no puede ser sino una llamada a la actualización. Formalmente, tanto el CMISS como los tratados bilaterales son ya bastante antiguos, tanto o más si cabe por la subrayable evolución de los ordenamientos domésticos que por el natural transcurso del tiempo. Además, y en materia de contenido, se aprecia bastante trivialidad en el uso de la terminología hasta el punto de que salta desde una mera cuestión sintáctica hacia otra de régimen jurídico normativo, todo ello aun contando con los buenos deseos del artículo uno de cada norma de coordinación, ya sea multilateral o bilateral. En este orden de cosas, fijar con exactitud los modelos o sistemas de Seguridad Social que se pretende caigan bajo el círculo de influencia de las normas de coordinación interestatal, determinar la tipología de actividad profesional en régimen de dependencia o de autonomía, la relación detallada de prestaciones que al fin y al cabo es lo que dota de identidad y contenido a todo régimen de protección social que pretenda pasar efectivamente por tal, así como el riesgo del que emana la contingencia, al fin y al cabo el origen de todo como ya ha sido manifestado, son postulados indefectibles de cara al tratamiento presente y futuro de un derecho a la protección social cada vez más internacional.

En similares términos, pero al amparo de una visión más geopolíticamente marcada, parece que tampoco hay mucha sintonía, cercanos a la tercera década del siglo XXI, entre el CMISS y la normativa española en aquello que es la esencia de la Seguridad Social, esto es, la acción protectora. Sí, es constatable que la cobertura por

dente en el presupuesto para la gestión de los riesgos profesionales. Pues bien, dentro del catálogo de prestaciones de asistencia social se hace figurar el auxilio por defunción. Así pues, un complemento que denota la ínfima cuantía de esta asignación de pago único.

causa de muerte y supervivencia, al menos en España, está pendiente de una gran reforma de orden estructural, una metamorfosis de tan prominente magnitud que podría, incluso, desembocar en su liberación del nivel contributivo para su ulterior recolocación en el espectro de la Asistencia Social. Quién sabe si con esta potencial configuración jurídica de reforma habría que reabrir el debate –incluso en términos de merecimiento– de que España continúe en el ámbito de aplicación del CMISS. No obstante, y centrándonos en el presente, la propuesta del CMISS parece anacrónica y disfuncional.

Bibliografía

- Arellano Ortiz, P.: “Trabajadores migrantes y derecho social: estado de la protección en el contexto latinoamericano”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 3, 2016.
- Camacho Solís, J. J.: “Los derechos de los trabajadores migrantes”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 17, 2013.
- Rosales Zarco, H.: “Relaciones entre el derecho de familia y el derecho de la Seguridad Social”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2008, núm. 7, 2008.
- Rueda Rodríguez, A. E.: “La pluralidad de los trabajadores migrantes”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 15, 2012.
- Ruiz Moreno, A. G.: “La constitución del derecho humano a la Seguridad Social en Latinoamérica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 18, 2014.
- Ruiz Moreno, A. G.: “La idea de los derechos latentes y de Seguridad Social, ante eventuales cambios legislativos. Una aproximación conceptual”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 8, 2009.