

La protección social de los refugiados en el ámbito internacional, Unión Europea y España

The social protection of refugees in the international sphere, the European Union and Spain

Margarita MIÑARRO YANINI*

RESUMEN: En este trabajo se expone y analiza el régimen de protección social de los refugiados –y titulares de protección subsidiaria en los niveles en los que se contempla esta figura–. Así, se examina el tratamiento de Seguridad Social, Asistencia Sanitaria y Asistencia Social que se les dispensa en la normativa de ámbito internacional, de la Unión Europea –tanto actual como prvpuesta– e interna española, poniendo de manifiesto las claves de su regulación así como sus aspectos más controvertidos.

PALABRAS CLAVE: Refugiados; protección social; ámbitos de tutela; seguridad social; asistencia sanitaria.

* Profesora Titular de la Universidad Jaume I, en el área de Derecho del Trabajo. Contacto: <myanini@dtr.uji.es>. Fecha de recepción: 11/11/2018. Fecha de aprobación: 29/01/2019.

ABSTRACT: This paper examines the social protection regime of refugees and persons with the right to subsidiary protection. The treatment of Social Security, Health Care and Social Assistance that are exempted by the international norms, of the European Union –current and proposed– and Spanish internal ones are examined, highlighting the keys of its regulation and its most controversial aspects.

KEYWORDS: Refugees; social protection; areas of protection; social Security; healthcare.

I. INTRODUCCIÓN

La protección social comprende diversos ámbitos de tutela, que tienen diverso fundamento y fin, pero que resultan complementarios, a saber, la Seguridad Social, la Asistencia Sanitaria y la Asistencia Social. La finalidad de la protección social, globalmente considerada, es atender estados de necesidad de las personas, por lo que realiza una función social esencial.

Con todo, si esto es así con carácter general, más necesaria aún resulta respecto de los colectivos que se encuentran en situación más vulnerable, como son los refugiados. Atendiendo a este carácter básico, las normas de todo ámbito reguladoras del asilo incluyen previsiones relativas a las tres áreas que integra la protección social, dirigidas a reconocer su tutela a favor de los refugiados. No obstante, éstas no están desprovista de problemas aplicativos de difícil respuesta y/o, en algún caso, de restricciones difícilmente comprensibles desde el punto de vista social y humano.

En las siguientes páginas se examina el régimen de protección social de los refugiados –y titulares de protección subsidiaria en los niveles en los que se contempla esta figura– establecido en el ámbito internacional, en la normativa de la Unión Europea –actual y propuesta– y en las normas internas españolas, destacando las claves de su regulación y sus aspectos más controvertidos

II. CONCEPTO DE REFUGIADO

El concepto de refugiado se formula en la Convención de Ginebra, de 1951, actualizada por el Protocolo de 1967. En virtud de éstas, puede definirse como toda persona que debido a fundados temo-

res de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política, se ve obligado a abandonar el país en el que reside habitualmente a fin de evitar un riesgo para su vida o su libertad. Esta definición es reproducida sustancialmente por la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (art.2,d), y por la española Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (art.3).

En el ámbito de la UE y, en consecuencia, también en España, se incluye dentro de la protección internacional la llamada protección subsidiaria, reconocida a quien no reúne todos los requisitos para ser refugiado, pero que no puede permanecer en su lugar de origen por riesgo a sufrir daños graves (arts.2,f Directiva 2011/95 y 4 Ley 12/2009). Esta situación constituye una extensión del asilo, si bien en algún aspecto puede resultar devaluada respecto de la dispensada a los refugiados.

Por lo demás, dado que los procedimientos de solicitud de protección internacional están muy burocratizados y son largos, también en estos dos ámbitos se reconoce protección a los solicitantes (Directiva 2013/2013, de 26 de junio de 2013, que aprueba las normas de acogida de solicitantes de protección internacional y art.19 Ley 12/2009). Si bien por cuestiones de límites de espacio no se tratará de este particular colectivo en este artículo, cabe apuntar que, si bien se garantiza a los solicitantes la plena protección contra la devolución, no así la social, que es específica y menor a la de quienes ya tienen consolidada la condición de refugiado o de titular de protección subsidiaria¹.

¹ Sobre la tutela de los solicitantes puede verse MIÑARRO YANINI, M., *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los refugiados*, Albacete, Bomarzo, 2018, p. 99 y ss.

III. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS REFUGIADOS

A) RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A TRABAJAR: EFECTOS Y CONSECUENCIAS.

Los titulares de protección internacional –refugiados y titulares de protección subsidiaria–, tienen reconocido el derecho a trabajar, pues con ello, por una parte, logran una mejor integración social, y por otra, alcanzan autonomía económica, lo que reduce la carga financiera que suponen para los Estados de acogida, que deben asumir el coste de su asistencia hasta ese momento. No obstante, esa fuente de seguridad económica puede demorarse o fallar, por lo que es preciso prever otras rentas sustitutorias a su favor. A tal efecto, se prevén sistemas de derechos y garantías de protección social² que integra los de Seguridad Social, Asistencia Sanitaria y Asistencia Social.

Con todo, el reconocimiento y las garantías de efectividad de estos derechos tienen distinta proyección en los diferentes niveles territoriales, debido también a la diversidad del concepto de protección social asentado en cada uno de ellos. Así, en el plano supranacional parece mantenerse a una noción más rigurosa, mientras que en el ámbito interno español, se amplían sus contornos hasta aproximarla a la idea de bienestar social, si bien, en todo caso, se asocia a un modelo de integración social fundado en el reconocimiento de derechos-garantías y en la asignación de correlativos deberes. De esta manera, permiten situarse en el mismo plano que los restantes miembros de la sociedad en el disfrute de los derechos y el cumplimiento de los deberes generales, pues esta

² Sobre la noción de “protección social”, vid. MARTÍNEZ GIJÓN MACHUCA, M. A., *Protección social, seguridad social y asistencia social*, Madrid, 2005, p.77 y ss.

es la vía por la que se produce la verdadera integración social y se evitan conflictos sociales.

No obstante, se percibe que las autoridades legislativas y políticas intentan aprovechar este ámbito de integración universalista para impulsar el modelo de integración por asimilación de las diferencias. Si bien la integración justifica la exigencia de algunas competencias, como las lingüísticas, en otros casos la valoración resultará más dudosa, por imponer la identificación con la cultura autóctona, lo que puede chocar con el necesario respeto a la diversidad. Las propuestas de reforma de la normativa UE en materia de refugiados, de 2016, inciden en esta dirección, al tratar de favorecer, no sólo modelos de asimilación “voluntaria” –correctos–, sino también “impuesta” –cuestionables según a qué materias se refieran–.

B) LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Seguridad Social

La Convención de Ginebra, núcleo esencial y pionero en el ámbito de la protección internacional, rezuma una visión extremadamente restrictiva y arcaica. Así se aprecia los denominados “seguros sociales”, en los que incluye las “disposiciones legales respecto a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, invalidez, ancianidad, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares y cualquiera otra contingencia que, conforme a las leyes o reglamentos nacionales, esté prevista en un plan de seguro social” (art.24). Específicamente dispone que “los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a los nacionales”. Establece así como principio esencial el de igualdad de trato, aunque con un condicionante coherente con este tipo de derechos, que es que existan disposiciones que permi-

tan mantener los derechos adquiridos o en vías de adquisición, lo que supone exigir que técnicamente sea posible tal mantenimiento. No obstante, prevé la posibilidad de que las normas nacionales establezcan provisiones especiales en relación a prestaciones pagaderas con fondos públicos o subsidios a favor de personas que no cumplen las condiciones para percibir una pensión normal, lo que supone que no se aplique la equiparación porque las leyes o reglamentos del Estado de acogida así lo establezcan respecto de prestaciones de carácter asistencial o no contributivas.

La Convención de Ginebra hace referencia específica a la indemnización por fallecimiento debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional de un refugiado, previendo (art.24.2) que “no sufrirá menoscabo por el hecho de que el derechohabiente resida fuera del territorio del Estado Contratante”. Puesto que la disposición no hace distinciones, se entienden comprendidas todas las indemnizaciones previstas en el sistema derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional. De este modo, se establece una garantía para los causahabientes de los refugiados fallecidos, sin que la típica cláusula de residencia pueda resultar excluyente.

Asistencia sanitaria

La vinculación del modelo normativo internacional con los esquemas contributivos de la protección social propios de la época determina que la Convención de Ginebra no aluda al derecho a la asistencia sanitaria, pues ésta asumía un carácter contributivo, por lo que cabe entenderla incluida en la remisión a la protección de seguros sociales. De este modo, quien no realizara un trabajo carecería de esa protección, salvo prueba de necesidad económica, en cuyo caso derivaría de la “asistencia pública” (art.23). A pesar de esta solución sistemática, la omisión resulta llamativa pues la asistencia sanitaria es particularmente necesaria para las personas refugiadas, dadas las duras condiciones en las que suelen llegar a los Estados de acogida.

Asistencia social

Se aprecia, igualmente, anacronismo en relación a la asistencia social, referida con la vieja denominación de “asistencia pública” (art.23), sobre la que dispone que “los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a sus nacionales en lo que respecta a asistencia y a socorro públicos”. En consecuencia, también en esta materia, el criterio que rige es el de la igualdad de trato respecto al nacional.

C) LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Seguridad Social

Persiste en el ámbito comunitario la identificación del derecho a la protección de seguridad social con los modelos contributivos. Así, bajo el título de “acceso al empleo”, la Directiva 2011/95 (art.26.4) establece que en materia de sistemas de seguridad social “se aplicará la legislación nacional”. En consecuencia, no establece especialidad alguna, lo que supone que en esta materia la regla es también la equiparación de trato.

Con todo, desde el punto de vista práctico, esta previsión requiere ciertos matices, ya que puede presentar problemas aplicativos. Así, si el beneficiario de protección internacional se halla en el Estado de acogida o en otro Estado miembro, no habrá dificultad aplicativa alguna pues será de aplicación el Reglamento 883/20014, de coordinación de sistemas de Seguridad Social, que incluye expresamente en su ámbito de aplicación personal a los refugiados (art.2). Sin embargo, en caso de que salgan del ámbito de la Unión Europea, la garantía de conservación de derechos de seguridad social adquiridos o en curso de adquisición estará condicionada a que exista acuerdo entre los Estados implicados, sea bilateral o multilaterales.

La propuesta de Reglamento de requisitos de 2016 mantiene sustancialmente este mismo criterio de la equiparación de trato, si bien formalmente rubrica y dedica específicamente un precepto a la seguridad social (art.33), lo que muestra la voluntad de dar mayor visibilidad y relevancia a esta materia.

Asistencia sanitaria

En el ámbito comunitario europeo, el derecho a la asistencia sanitaria se reconoce expresamente a refugiados y titulares de protección subsidiaria en igualdad de condiciones respecto de los nacionales (art. 30.1 Directiva 2011/95).

Esta Directiva presta especial atención a los titulares de protección internacional con necesidades especiales, incluyendo en este ámbito de protección subjetiva específica a “las mujeres embarazadas, las personas discapacitadas, las personas que hayan sufrido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual o los menores que hayan sido víctimas de cualquier forma de maltrato, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano o degradante o de conflictos armados” (Art.30.2). El mandato en estos casos es que los Estados miembros presten la asistencia sanitaria “adecuada”, con expresa referencia al tratamiento de los trastornos psíquicos, cuando proceda, siempre en condiciones de igualdad.

La propuesta de Reglamento sobre requisitos de 2016, reproduce esta previsión (art.35), aunque, coherentemente con la directa imposición de obligaciones que implica la forma reglamentaria, da mayor firmeza al deber de los Estados miembros, al sustituir la referencia a que “velarán” por la más directa e imperativa de “tendrán acceso a la asistencia sanitaria”.

Asistencia Social

A diferencia de otras materias, respecto de la asistencia social la Directiva 2011/95 (art.29) establece una posible distinción entre

refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria, permitiendo a los Estados miembros dispensar menor tutela de los segundos. En este sentido, establece como pauta general la igualdad de trato de los beneficiarios de protección internacional respecto de los nacionales (apdo.1).

No obstante, pese a lo incondicionado de la declaración, el precepto abre la posibilidad de limitar la asistencia social a las prestaciones básicas para los beneficiarios de protección subsidiaria (apdo.2), aplicando la posible salvedad que al respecto permite (art.20.2). En consecuencia, no impone a los Estados miembros un tratamiento diferente para los beneficiarios de protección subsidiaria respecto de los refugiados, aunque sí les permite introducirlo, y en tal caso, no les da completa libertad para determinar cuál sea este régimen alternativo, sino que indica que alcanzará las “prestaciones básicas” de asistencia social que, con tal extensión, se ofrecerán en las mismas condiciones que a los nacionales. Aunque el precepto no indica cuáles serán las “prestaciones básicas”, en su parte preliminar, el Considerando 45 de la Directiva precisa que: “la posibilidad de limitar dicha asistencia a las prestaciones básicas debe entenderse en el sentido de que este concepto comprende al menos el apoyo para unos ingresos mínimos, la asistencia en caso de enfermedad y embarazo y la asistencia parental, en la medida en que dichas prestaciones se concedan a los nacionales en virtud del Derecho interno”. La ubicación de esta previsión, camuflada en la parte preliminar de la norma, es muy poco afortunada, dada su importancia sustancial, que haría muy conveniente que, por razones sistemáticas y técnicas, quedara integrada en la parte normativa integrada por el texto articulado (concretamente, en el art.29.2).

Sin duda, la omnipresente voluntad de ahorro de gasto público es la que motiva esta restricción. No obstante, dado que la asistencia social resulta calve para todos los beneficiarios de protección internacional -por los muy limitados recursos con los que suelen contar-, se considera que condicionar su percibo, no ya a la

situación de necesidad, sino al estatus del titular, resulta contrario a su propia esencia.

La regulación contenida en la propuesta de Reglamento de requisitos de 2016, por una parte, sigue a la Directiva de 2011 (art.29), tanto en la estructura del precepto como en el fondo, al establecer la equiparación de trato con los nacionales como criterio general (art.34.1 prop. Reglto. 2016) y posibilitar que los Estados miembros limiten la asistencia social a las prestaciones básicas respecto de los beneficiarios de protección subsidiaria (art.34.2 prop. Reglto. 2016), reproduciendo, incluso, la desubicada definición de qué haya de entenderse por “prestaciones básicas”.

No obstante, junto con estas previsiones continuistas, la propuesta de Reglamento incluye una novedad trascendente (2º párrafo art.34.1 prop. Reglto. 2016) al establecer la posibilidad de condicionar el acceso de los beneficiarios de protección internacional –es decir, tanto refugiados como beneficiarios de protección subsidiaria– a ciertos tipos de asistencia social que especifique el Derecho interno a que éstos participen efectivamente en medidas de integración³. En consecuencia, esta posibilidad permitiría a los Estados miembros aplicar la igualdad de trato a los titulares de protección subsidiaria sólo si éstos participan efectivamente en tales medidas.

Si bien las medidas de integración ya están contempladas en la Directiva 2011/95 (art.34), en ésta, aunque su establecimiento se presenta como obligatorio para los Estados miembros, su seguimiento se formula en términos voluntarios para los beneficiarios de protección internacional. El cambio introducido en la propuesta de Reglamento de requisitos, en consecuencia, es notable, puesto que ésta acoge un modelo de solidaridad condicionado al compromiso de asimilación cultural del beneficiario de protec-

³ La propuesta de Reglamento de requisitos incide de manera muy particular en la integración, y en este sentido, resulta ilustrativo que utiliza (parte preliminar incluida) 23 veces el término “integración”, frente a las 7 ocasiones en las que aparece en la Directiva 2011/95.

ción internacional, que implica formular la integración social no sólo como derecho del beneficiario de protección subsidiaria, sino como obligación jurídica cuyo incumplimiento se sanciona con la imposibilidad de acceder a algunas prestaciones de asistencia social o de dejar de beneficiarse de ellas. De este modo, se sitúa en la línea de “promover y exigir” seguida por algunos ordenamientos internos de Estados miembros, como la Ley de Integración alemana de 8 de julio de 2016.

Con esta exigencia, que ya es conocida en algunos países de la UE,⁴ e incluso en algunas comunidades autónomas españolas⁵, se busca lograr la mayor participación de los destinatarios de estas medidas, atendiendo a que ésta es imprescindible para que sean efectivas, con el objeto de que la gran inversión en recursos y energía⁶ realizada desde la UE sea provechosa. No obstante, parece olvidar que la integración no consiste sólo en participar en determinados programas, pues exige una implicación personal que no parece compaginar con su imposición obligatoria, además de

⁴ Es el caso de Alemania, que tras las elecciones de 2016 formuló la propuesta de condicionar el disfrute de diversos derechos sociales por parte de los refugiados a que aprendieran la lengua, se integraran en la sociedad y permitieran que sus familiares -fundamentalmente, mujeres y niñas- lo hicieran. Sobre el particular, “Alemania exigirá a los refugiados integrarse para no perder los derechos”, El Mundo, 28 de marzo de 2016, consultado en: <<http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/28/56f948f0ca4741a3438b4584.html>>.

⁵ Es este sentido, es de destacar que el Decreto-Ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, establece entre los requisitos para acceder a la renta mínima de inserción art.7,1, c) “*acreditar la escolarización y la no existencia de una situación de absentismo de las personas menores de edad que formen parte de la unidad familiar y se encuentren en edad de escolarización obligatoria*”.

⁶ Aspecto en el que incide el Plan de acción para la Integración de nacionales de terceros países, citado, pp.3 y 5.

presentar problemas de compatibilidad con el deber de respeto a la diversidad cultural.

La significación y alcance de esta exigencia no puede valorarse desligados de su necesario referente, que son las “medidas de integración” a las que se refiere. Así, si por tales medidas se entiende hacer uso de los derechos que se les reconocen y cumplir los deberes establecidos con carácter general en el Estado de acogida, nada puede objetarse, pues son condiciones básicas de convivencia y el mejor modo de integración social posible. Con todo, la referencia a “medidas de integración” apunta a que se trataría de acciones específicas dirigidas a incidir de manera particular en tal objetivo. La respuesta a este interrogante se halla en otro precepto de esta propuesta (art.38 prop. Reglto. 2016) que incluye entre las “medidas de integración”, sin carácter exhaustivo, “en particular, cursos de idiomas, cursos de orientación e integración cívica y formación profesional que tenga en cuenta sus necesidades concretas”. Ninguna crítica merece la alusión a los cursos de idiomas –pues las competencias lingüísticas son las más básicas a efectos de integración social–, ni la formación profesional –pues la integración en el trabajo es uno de los mejores cauces para lograr la inclusión social–. En consecuencia, el problema deriva de la introducción entre tales medidas de los “cursos de orientación e integración cívica”, que son perfectamente admisibles si se plantean como opcionales, pero no así si se imponen obligatoriamente, pues exceden del ámbito de lo estrictamente necesario para alcanzar espacios en los que debe regir el respeto a la diversidad cultural (art.2 Tratado Unión Europea).

Por lo que respecta al tipo de asistencia social cuyo percibo podrían condicionar los Estados a tenor de esta posibilidad contemplada en la propuesta, éstos serían los que habrían de determinarlo. Con todo, del propio precepto se deduce que no podría extenderse a “toda” la asistencia social, sino sólo selectivamente sobre “determinados tipos”. Aunque nada dice la propuesta normativa, por coherencia con el sentido de protección más básico inherente a la asistencia social, se considera que no podría condi-

cionarse el acceso a las prestaciones asistenciales básicas. De este modo, si bien, como se ha señalado, los Estados miembros podrían aplicar este condicionamiento tanto a los refugiados como a los titulares de protección subsidiaria, respecto de estos últimos, si el Estado miembro ya hubiera limitado su asistencia social a las prestaciones básicas (apdo.2), no podría afectarles el condicionamiento de participar efectivamente en las medidas de integración, puesto que se considera éstas son un mínimo irreductible.

Por lo demás, esta nueva concepción respecto de las medidas de integración se confirma en otros preceptos de esta propuesta (art.38), que además de definir parcialmente tales medidas, como ya se ha apuntado, prevén la posibilidad de los Estados miembros de establecer su carácter obligatorio para los titulares de protección internacional, aunque sin establecer las consecuencias de su incumplimiento. Por consiguiente, se trata de una norma incompleta, por lo que serían los Estados que establezcan esta obligatoriedad quienes habrían de fijar la sanción ante su incumplimiento. En cualquier caso, aunque quedan abiertas muchas posibilidades⁷, hay límites que son infranqueables pues, dado el fundamento y la esencia de la protección internacional, en ningún caso debería afectar al estatus del interesado y, por ello, tampoco podría dar lugar a su expulsión⁸.

⁷ Las consecuencias más habituales, la pérdida de algunos beneficios sociales. Las más controvertidas y menos integradoras, las sanciones económicas, como es el caso de los Países Bajos, que sanciona con más de 1.000 euros a los extranjeros –inmigrantes y refugiados– que no superan el examen de conocimientos cívicos, consultado en: <<https://www.efc.com/efc/america/portada/holanda-multa-a-550-inmigrantes-por-no-superar-las-pruebas-de-integracion/20000064-3233358>>.

⁸ No obstante, algunos países, como Alemania, condicionan la concesión de la autorización de estancia de larga duración a que los refugiados realicen un curso de integración y superen un examen, según dispone la Ley de integración de 8 de julio de 2016.

D) La protección social de las personas refugiadas en el ámbito interno español

Seguridad Social

En la órbita del marco comunitario expuesto, el art.36.1,f) de la española Ley 12/2009 reconoce a los refugiados y titulares de protección subsidiaria “el acceso (...) a la seguridad social (...) en las mismas condiciones que los españoles”. En consecuencia, establece la equiparación de trato, al igual que hace en relación al resto de materias que incluye en dicho precepto y apartado.

Es de destacar, en este sentido, que esta Ley incluye la seguridad social en el bloque de protección social, y no ya en el relativo al empleo. De este modo, pone el énfasis en su evolución, que contempla ya una rama prestacional no contributiva, junto a la componente profesional-contributiva.

Desde el punto de vista práctico, esta pauta presenta los problemas apuntados respecto de la Directiva 2011/95/UE. Así, el criterio de la igualdad podrá aplicarse sin problemas mientras el refugiado se halle en el Estado de acogida, y también si éste se traslada a otro Estado miembro, pues el Reglamento 883/2004, de coordinación de sistemas de Seguridad Social, incluye expresamente dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a los refugiados (art.2). Más allá de estos espacios territoriales, tal equiparación de trato no puede asegurarse, puesto que la garantía de conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición prestacionales depende del Derecho de Coordinación de Seguridad Social y el fundamento de éste es el principio del consentimiento, por lo que estará condicionado a la existencia de acuerdo específico en materia de Seguridad Social entre España y el Estado en cuestión, sea bilateral o multilateral⁹. En consecuencia, el problema se presentará con aquellos refugiados o beneficiarios de protección

⁹ Actualmente, además de los acuerdos UE, España tiene convenios bilaterales en materia de Seguridad Social con 24 Estados. Consultado en:

subsidiaria que procedan de países con los que España carezca de convenio en esta materia.

Sin embargo, aun cuando existan estos Acuerdos de coordinación de sistemas de seguridad social, pueden surgir problemas derivados de la diversidad jurídico-socio-cultural. De este modo, tal convenio puede resultar de aplicación muy controvertida cuando se recurre a la “ley personal”, que si bien es una técnica de garantía jurídica de la diversidad socio-cultural, puede generar graves problemas cuando las diferencias de valores entre Estados son importantes.

Este es el caso suscitado, recientemente, con el citado Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979. Este Convenio, que remite a la ley personal marroquí –conforme al punto de conexión típico del Derecho Internacional Privado ex art. 9 Código Civil-, ha dado lugar al reconocimiento de la pensión de viudedad en favor de todas las viudas de un causante polígamo por Sentencia del Tribunal Supremo -Contencioso-administrativo-, de 24 de enero de 2018 (nºrec.98/2017). El referido Convenio (art.23) dispone que “la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”. La interpretación y aplicación de este precepto por la jurisprudencia contenciosa ha llevado a la imposición a España de una garantía de diversidad socio-cultural en materia de prestaciones de Seguridad Social que choca frontalmente, no sólo con su orden público constitucional, sino con el Código Penal, que considera delito la poligamia (art.217). De este modo, por razones de protección de las personas beneficiarias, el

<http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/Internacional/Conveniosbilaterales/index.htm. Y es parte en el multilateral iberoamericano>.
<http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/Internacional/ConvMultIber/index.htm>

Ver ALVAREZ CORTÉS, J. C., *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, Tecnos, 2001, p.10 y ss.

Tribunal excepciona la aplicación del art.12.3 del Código Civil, que establece que “en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

Exponente de la controversia suscitada por este fallo es el voto particular que incorpora la Sentencia¹⁰, en el que los magistrados discrepantes realizan una interesante reflexión sobre la necesidad de ponderar valores en orden a la integración de la diversidad cultural y religiosa. En este sentido, destaca respecto de las personas procedentes de países de religión musulmana –supuesto de la Sentencia– que: “es necesario posibilitar su integración, lo que es compatible con la idea de que su acogida en España no debe implicar la renuncia a sus costumbres ni a su religión, pero dentro de los límites que marca nuestra cultura y nuestro sistema de valores, lo que tiene su reflejo en el orden público constitucional que protege la dignidad de la mujer”. De este modo, advierte este voto particular que en la tensión entre los modelos de integración por la garantía de derechos sociales y los de integración por la diversidad cultural, ha de darse prevalencia al primero. Incide así en que, en materia de integración, “no todo debe valer”.

En consecuencia, este supuesto muestra la dialéctica que se genera entre respetar la diversidad cultural –a lo que insta el Tratado de Seguridad Social con Marruecos, a través de la remisión a la “ley personal” del trabajador– o el límite de orden público constitucional, que defiende la dignidad de la mujer y la defensa de los valores constitucionales. Si bien el voto mayoritario se decanta por la primera interpretación, se considera que, en este caso, colisiona con valores universales que en todo caso deberían estar por encima de normas o acuerdos particulares y circunstanciales, como la dignidad y no discriminación por razón de género. Con todo, la mayoría de la sala ha primado la razón de protección

¹⁰ Formulado por d. J.L. Requejo y al que se adhiere d. J. Rodríguez Zapata.

de todas las viudas que, en última instancia, son en este caso el colectivo “más vulnerable”.

En cualquier caso, con independencia del posicionamiento que se adopte, esta sentencia muestra que desde la actividad interpretativa puede cumplirse una función normativa de garantía social para reafirmar derechos y primar la protección las mujeres que padecieron la situación de poligamia y que a través del pronunciamiento comentado hallan cierto nivel de tutela del Estado. De este modo, al margen del polémico resultado, se evidencia el gran poder de la interpretación de la norma.

Asistencia sanitaria

Siendo la asistencia sanitaria uno de los derechos más básicos vinculados a la protección internacional (art.18.1,f Ley 12/2009), la Ley 12/2009 (art.36.1,f) la reconoce a los refugiados y titulares de protección subsidiaria en las mismas condiciones que a los españoles. Por lo que respecta a su reconocimiento en la normativa de sanidad, los solicitantes de protección internacional son extranjeros residentes en España en situación regular, y como tales, se les reconoce el derecho a recibir asistencia sanitaria en plano de igualdad respecto a los españoles (arts.1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y 3.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud)¹¹.

¹¹ Dado que la “crisis de refugiados” se produjo en un momento en el que la cuestión de la asistencia sanitaria a extranjeros estaba de pleno debate, y dada la escasa experiencia con refugiados que existía en España, en septiembre de 2015 el Grupo Parlamentario Socialista registró una Proposición No de Ley que, entre otras cuestiones, se dirigía a garantizar la atención sanitaria y social a este colectivo, vid. Texto de la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, sobre la crisis humanitaria de refugiados (núm. expte. 162/001298), aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 29 de septiembre de 2015, consultado en: <<http://www.congreso.es/docu/tramit/LegX/162.1298.pdf>>.

En cualquier caso, precisamente por su carácter básico y esencial, este derecho a la protección de la salud se reconoce actualmente en España a través de la garantía de acceso a un sistema de asistencia sanitaria universal y gratuita (RD-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre acceso universal al Sistema Nacional de Salud). No obstante, en la más reciente práctica española, las “reformas austeridad” supusieron la pérdida de cobertura protectora de este derecho para extranjeros en situación irregular, lo que ha supuesto que, durante largos años¹², éstos sólo recibieran asistencia sanitaria si eran menores de dieciocho años, o en caso contrario, si se trataba de asistencia de urgencia por enfermedad grave o accidente, hasta que recibían el alta médica, así como en supuestos de embarazo, parto y postparto¹³.

Por otra parte, en cuanto a acciones sanitarias concretas, cuando se adoptó la Decisión UE 2015/1601, de 22 de septiembre de 2015, de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional de apoyo a Italia y Grecia, que asignaba a España un cupo de refugiados en el marco de la crisis de los refugiados sirios, se plantearon diversas actuaciones específicas, desde el Ministerio de Sanidad de España. Como primeras acciones, se dotó un presupuesto de 1,800.000 euros y se elaboró un protocolo especial para realizar el reconocimiento médico inicial¹⁴, dejando abierta la definición de posteriores acciones en atención a las necesidades

¹² Desde la Ley 16/2003 hasta la aprobación del RD-ley 7/2018.

¹³ Una crítica de esta doctrina, por su fuerte contraste con el Derecho Humanitario Internacional en general, y el Derecho Social Europeo en particular –Carta Social Europea–, en MIÑARRO YANINI, M. La regresividad del derecho a la asistencia sanitaria: la pérdida de universalidad se ceba en los «inmigrantes irregulares», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, España, núm. 404, 2016, pp.145 ss.

¹⁴ En este sentido, “los refugiados tendrán asistencia sanitaria plena”, consultado en: <https://www.consalud.es/politica/los-refugiados-tendran-asistencia-sanitaria-plena_20683_102.html>, Consalud (9 de septiembre de 2015).

específicas que se fueran identificando. También se organizaron plataformas solidarias de personal sanitario a fin de colaborar en la cobertura y atención de las necesidades específicas de salud de los solicitantes de protección internacional y refugiados, dando lugar a un movimiento a favor de la adecuada protección sanitaria de estos colectivos¹⁵. Sin embargo, dado que el programa de entrada de solicitantes de asilo no ha sido cumplido, no se produjo el acusado incremento de atención sanitaria que se preveía, si bien se ha mantenido abierta la posibilidad de activar estas medidas¹⁶.

Asistencia social y servicios sociales

La Ley 12/2009 también reconoce en su art.36.1,f) a los refugiados y titulares de protección subsidiaria “el acceso a la (...) asistencia social y servicios sociales (...) en las mismas condiciones que los españoles”. La norma española se refiere a ‘asistencia social’ y ‘servicios sociales’, manteniendo la distinción que realiza la Constitución y que también está presente en normas internacionales como la Carta Social Europea¹⁷, a diferencia de la Directiva 2011/95, que alude sólo a la primera como noción omnicomprendensiva. En cualquier caso, la extensión de la equiparación de trato sobre toda la asistencia social y servicios sociales evita el problema de dilucidar la irresoluta cuestión de los márgenes de una y otros.

¹⁵ Así se destaca en “La tención sanitaria a refugiados, pendiente de ser organizada”, consultado en: <http://www.gacetamedica.com/hemeroteca/la-atencion-sanitaria-a-refugiados-pendiente-de-ser-organizada-NSLG_932359> , Gaceta Médica (18 de septiembre de 2015).

¹⁶ Así lo acreditaba el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de diciembre de 2017 por el que se aprueba, para el ejercicio 2017, la distribución definitiva del crédito, por importe de 1.750.000 euros, de la aplicación presupuestaria del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad destinada al programa de reasentamiento y reubicación de refugiados.

¹⁷ Que en su art.14 se refiere al “beneficio de los servicios sociales” y, fundamentalmente, en su art.13, a la “asistencia social”.

Según puede apreciarse, al margen de su status administrativo, la norma española otorga el mismo nivel de protección a todos los beneficiarios de protección internacional específico. Rechaza, así, hacer uso de la posibilidad que brinda la Directiva de 2011 de reconocer a los titulares de protección subsidiaria únicamente las prestaciones básicas, lo que merece un juicio positivo.

Aunque la pauta normativa establecida en la ley nacional es la igualdad respecto de los españoles, al ser la asistencia social y servicios sociales una competencia autonómica, no existe en España un régimen asistencial monolítico, sino una diversidad de normas que establecen regulaciones diferentes. Es por ello que habría que matizar la equiparación que establece el precepto pues, en sentido propio, no puede afirmarse que la asistencia social que se reconoce a los titulares de protección internacional sea la misma que la prevista para los españoles sino, más bien, que es la que se establezca para los españoles de la comunidad autónoma en la que aquéllos tengan su residencia.

Esta equiparación de trato supone que, cuando se dé la situación de necesidad que la norma general establece como determinante de la protección, los beneficiarios de protección internacional pueden solicitar la tutela asistencial. De este modo, quedan sujetos al régimen de asistencia social y servicios sociales establecido con carácter general, lo que determina, no sólo que su protección no pueda ser inferior, sino que no sea necesaria la existencia de normas específicas referentes a este específico colectivo.

Con todo, nada impide que las haya, sea como simple referencia recordatoria o sea para modular los requisitos de acceso. Por lo que respecta a las primeras, puede mencionarse como ejemplo de previsión declarativa la contenida en el art.6.1,d) de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, que incluye entre los titulares del derecho a los servicios y prestaciones sociales a “las personas con derecho de asilo a quienes se reconozca la condición de refugiado, o la protección subsidiaria, en los términos que establecen los tratados internacionales y la legislación en materia de extranjería”. Por lo que respecta a las

segundas, resultan ilustrativas de tales disposiciones constitutivas las normas autonómicas andaluza, extremeña y valenciana sobre rentas mínimas de inserción. Así, la Ley 9/2014, de 1 de octubre, por la que se regula la Renta extremeña de inserción (art.10) y el Decreto-Ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía (art.7), respecto de los solicitantes de asilo y refugiados, así como la Ley 19/2017, de 20 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de inclusión (art.12), sólo en referencia a los refugiados, eliminan la exigencia general de contar con un período previo de empadronamiento y/o residencia efectiva con objeto de que puedan anticipar su percibo.

IV. CONCLUSIONES

A modo de muy breve conclusión, debe incidirse en el carácter esencial que tiene la protección social para los refugiados, dadas las condiciones de vulnerabilidad que suelen tener en el Estado de acogida, más aún en el período inicial, y la consiguiente necesidad de recibir la tutela que ésta dispensa. Los ordenamientos jurídicos internacional, de la Unión Europea y español, haciéndose eco de tal necesidad, les reconocen derechos en materia Seguridad Social, Asistencia sanitaria y Asistencia social, si bien éstos no están desprovistos de problemas de diversa índole.

Como aspectos más problemáticos o controvertidos ha de apuntarse, por una parte, la imposibilidad práctica que entraña la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social en caso de que el refugiado se traslade a un Estado extracomunitario con el que el Estado de acogida no tenga suscrito convenio en la materia. Por otra, la preocupante y muy cuestionable directriz normativa asimilacionista que parece consolidarse en la propuesta de Reglamento de requisitos UE (2016), que permite a los Estados miembros condicionar el disfrute por parte de los refugiados de algunos tipos de Asistencia social al seguimiento

de “cursos de orientación e integración cívica”, que exceden de las competencias imprescindibles para su efectiva integración social. Se considera al respecto que la más saludable y efectiva integración social de las personas refugiadas ha de realizarse través del pleno reconocimiento y la completa exigencia, respectivamente, de los derechos y deberes generales, con respeto a su diversidad cultural en todo lo que no choque con aquéllos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ CORTÉS, J. C., *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, Tecnos, 2001
- MARTÍNEZ GIJÓN MACHUCA, M. A. *Protección social, seguridad social y asistencia social*, Madrid (CES), 2005
- MIÑARRO YANINI, M., “La regresividad del derecho a la asistencia sanitaria: la pérdida de universalidad se ceba en los «inmigrantes irregulares»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, España, CEF, núm. 404, 2016.
- , *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los refugiados*, Albacete, Bomarzo, 2018.

