

**CUADERNO DERECHO PENITENCIARIO  
NÚMERO 10**

# ÍNDICE

## **I.- ASPECTOS DE INTERÉS PRÁCTICO EN LA REGULACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL PENITENCIARIA**

Ángel Elías Ortega

*Viceconsejero de Asuntos Sociales del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco.*

- 1.- Reconocimiento constitucional.
- 2.- Naturaleza laboral de la relación.
- 3.- Fuentes reguladoras de la relación laboral especial penitenciaria.
- 4.- Duración de la relación.
- 5.- Sujetos de la relación.
- 6.- Libertad sindical.
- 7.- La potestad disciplinaria.
- 8.- Movilidad funcional.
- 9.- Horas extraordinarias.
- 10.- Permisos laborales.
- 11.- Retribución.
- 12.- Seguridad Social.
- 13.- Suspensión de la relación.
- 14.- Extinción de la relación laboral especial penitenciaria.
- 15.- Aspectos procesales.

## **II.- SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO**

Comisión de Asesoramiento Xurídico Penitenciario (CAXPOU) del Ilustre Colexio de Avogados de Ourense.

(Fernando Xosé Blanco Arce / Pilar López-Guerrero Vázquez / Ana Belén Lorenzo Conde / José Manuel Losada Dieguez / Benjamín Mayo Martínez )

- 1.- La protección de las personas presas en materia de Seguridad Social.
- 2.- Prestaciones contributivas.
- 3.- Prestaciones por desempleo.
- 4.- Prestaciones no contributivas
- 5.- Ayudas asistenciales en el ámbito penitenciario
- 6.- Seguridad e Higiene en Prisión
- 7.- Asistencia Sanitaria y Prestación farmacéutica en prisión.

**ANEXO:** Real Decreto 782/2001, de 6 de julio , por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

## PRESENTACIÓN

En el número anterior de los Cuadernos de Derecho Penitenciario dábamos cuenta de la celebración, en Burgos, de los III Encuentros de Servicios de Orientación Jurídica, en los que se adoptó como tema central *Prisión, trabajo y Seguridad Social*.

Recogemos a continuación, con autorización de sus autores, dos de los trabajos que más interés suscitaron. El primero de ellos, de Ángel Elías Ortega, aborda, con gran claridad y desde un punto de vista práctico, la relación laboral especial penitenciaria, tomando como base el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios. El segundo trabajo, un pormenorizado estudio sobre la protección de las personas presas en materia de Seguridad Social, fue realizado por los miembros de la Comisión de Asesoramiento Jurídico Penitenciario del Ilustre Colexio de Avogados de Ourense.

Los próximos Encuentros, que se prevé que celebren en San Sebastián, contemplarán aspectos relacionados con la salud de los internos en Centros Penitenciarios. Daremos cuenta de los temas tratados en próximos números.

Para finalizar os recordamos que los números anteriores de estos Cuadernos pueden obtenerse en el Departamento de los Servicios de Orientación Jurídica, en las dependencias del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en la calle Serrano 11, 2ª planta y en la página web del Colegio ([www.icam.es](http://www.icam.es)), en el apartado publicaciones, desde el que pueden descargarse todos los números. También os informamos que en la página web [www.fiscalia.org](http://www.fiscalia.org), en el apartado jurisprudencia, se recoge una relación de todos las sentencias y autos del Tribunal Constitucional en materia penitenciaria; todos ellos pueden consultarse en la página de dicho órgano judicial. [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

Esperamos, como siempre, vuestras sugerencias para mejorar los Cuadernos. Y os recordamos que están abiertos a vuestra colaboración

# I

## ASPECTOS DE INTERÉS PRÁCTICO EN LA REGULACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL PENITENCIARIA

**Ángel Elías Ortega**

*Viceconsejero de Asuntos Sociales  
del Dpto. de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco.*

### **1.- Reconocimiento constitucional.**

El condenado a pena de prisión, que estuviere cumpliendo la misma, según se recoge en el tercer inciso del artículo 25.2 de la Constitución: "En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social". De esa forma no son aplicables las tres limitaciones que el inciso anterior del mismo artículo 25.2 CE indica para el goce de los derechos fundamentales, a saber: el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

Ahora bien, el hecho de que el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia, haya bautizado a este derecho como de "aplicación progresiva"<sup>1</sup> significa que, sin base en la ley que los desarrolle, se acepta la existencia de derechos subjetivos, sometidos *per se* a la condición de que el deudor se encuentre en situación de satisfacerlos y sin posibilidad de admitir su sustitución por un derecho a indemnización, como reconocen las normas jurídicas generales, en caso de incumplimiento. Además, siempre queda el problema de comprobar si es cierto que la Administración "no puede" proporcionar más puestos de trabajo. En definitiva, no hay garantizado un término final para esta efectividad aplazada o condicionada del derecho.

### **2.- Naturaleza laboral de la relación.**

Tanto la Ley de Relaciones Laborales (LRL), como el Estatuto de los Trabajadores (ET), el Reglamento Penitenciario (RP), la Ley 55/1999 y el Real Decreto 782/2001, han calificado como laboral a esta relación. Posee las notas típicas de la relación laboral, que describe el artículo 1.1 del ET, es decir: personal, ajenidad, voluntariedad, dependencia y retribución.

---

<sup>1</sup> Desde la s. del TC nº 2/1987, de 21 de enero, han sido varias las sentencias. No obstante, la primera vez que el TC utilizó dicha expresión fue en la s. nº 82/1986, de 26 de junio, con motivo de resolver un recurso de constitucionalidad de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre del Parlamento Vasco, de normalización del uso del euskera.

La voluntariedad es el presupuesto que ha suscitado más polémica y dudas. La obligatoriedad del penado a la que se refiere el artículo 29 de la LOGP se establece respecto del trabajo penitenciario en general, como consecuencia de que el artículo 27 de la LOGP agrupa todas las modalidades ocupacionales que pueden realizarse en prisión. Lo que se pretende con esa obligatoriedad no es imponer la realización de una actividad de carácter laboral al penado, sino que desarrolle alguna ocupación que dé sentido resocializador a la pena privativa de libertad. Pero esto no puede significar que se deduzca el carácter obligatorio de la relación laboral especial penitenciaria.

Esta confirmación de su naturaleza laboral tiene una importante consecuencia. Todo trabajo que reúna estas notas de laboralidad, realizado por una persona privada de libertad en un centro penitenciario, y en el que como axiología adicional esté la reeducación y reinserción del preso, deberá estar integrado en la relación laboral especial penitenciaria, pues lo contrario sería opuesto a la propia razón de ser de esta relación laboral. Por tanto, toda regulación reglamentaria que lo incumpla será inaplicable en virtud del principio constitucional y legal de jerarquía normativa.

### **3.- Fuentes reguladoras de la relación laboral especial penitenciaria.**

Ante el silencio de la LOGP no debería existir obstáculo a que el convenio colectivo, fruto del derecho constitucional a la negociación colectiva, se incluyera como fuente de la relación laboral especial penitenciaria, tal como indica el artículo 3.1.b) del Estatuto de los Trabajadores. En las Comunidades donde se produzca traspaso de competencias en materia penitenciaria, el organismo autonómico equivalente al Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias (OATPP) ejerce de parte empresarial de esta relación, de forma que puede acordar el inicio de una negociación colectiva que derive en un convenio colectivo, así como posibilitar la realización de contratos de trabajo individuales.

Aunque el artículo 1.4 del RD 782/2001 indica que “las demás normas de la legislación laboral común, incluido el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, (...) sólo serán aplicables en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este RD o la normativa de desarrollo”, ello no puede impedir la vigencia del artículo 4.1 del Código Civil de aplicar analógicamente normas jurídicas a supuestos de hecho semejantes, entre los que se aprecie identidad de *ratio*. En todo caso, allí donde existen lagunas o vacíos, y dada la característica laboral otorgada a esta relación laboral por la LOGP y el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, es aplicable supletoriamente el Derecho del Trabajo –y por tanto el ET-, de manera semejante a lo establecido por el artículo 4.3 del Código Civil que señala que las disposiciones de dicho código se aplican como supletorias en aquellas materias regidas por otras leyes<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La Sala 1ª del TS en s. de 12/12/1986, ya afirmaba en el FJ 4º: “.../... porque como insistentemente ha señalado esta Sala el Ordenamiento Jurídico laboral permite y obliga a una integración de los vacíos o lagunas que en él se produzcan en función de sus propios textos legales antes de acudir al

#### **4.- Duración de la relación.**

El artículo 7.2 del RD 782/2001 señala que "la duración de la relación laboral coincidirá con la de la obra o servicio que se le encomiende". Ignora el principio de estabilidad en el empleo, configurando la relación laboral especial como de duración determinada, acudiendo a un contrato típico como es el de obra o servicio determinado del artículo 15.1 del ET, que no se ajusta a la situación penitenciaria, ya que es permanente la necesidad de muchos trabajos –servicios de mantenimiento, economato, cafetería, cocinas, etc.-, en tanto que lo temporal es la duración de la estancia del preso. Ello se opone al derecho reconocido para todo penado por el artículo 25.2 de la CE y a la correspondiente obligación prestacional de la Administración Penitenciaria, así como a la asimilación con la regulación laboral ordinaria que proclama la estabilidad en el empleo. Por ello dicha duración debería coincidir con el tiempo de permanencia de la persona presa.

#### **5.- Sujetos de la relación.**

El artículo 25.2 de la CE garantiza el derecho “en todo caso” de los penados a un trabajo remunerado, de lo que se deriva que también los presos en departamentos especiales tienen capacidad para ser sujetos de esta relación laboral. Pero su régimen de vida, al que se refiere el artículo 93 del RP, supone una importantísima limitación horaria –un máximo de 5 horas diarias, incluidas las 3 horas de patio- y de número de presos –un máximo de 5-, lo que dificulta enormemente la posibilidad de desarrollar una actividad laboral, ya que prima la seguridad.

En cuanto al OATPP, con nivel orgánico de Subdirección General, se estructura como una de las 7 unidades adscritas a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, por lo que en su actuación se identifica como parte de la propia Administración Penitenciaria. Sin embargo, el artículo 305.1 del RP establece que los servicios auxiliares o mecánicos que los presos desempeñen en el economato, la cafetería o la cocina de los establecimientos, no tienen la naturaleza de relación laboral especial penitenciaria si es la propia Administración Penitenciaria quien lo gestiona, mientras que el artículo 305.2 del RP lo reconoce como relación laboral si quien lo hace como taller productivo es el OATPP. Ello supone que existe una contradicción con las funciones y la adscripción del OATPP, dando lugar a una dualidad en relación a la Administración Penitenciaria, debiendo recordar que el artículo 26.e) de la LOGP impone a dicha Administración Penitenciaria la obligación de facilitar el trabajo productivo. En consecuencia, hay que concluir que en la relación laboral especial penitenciaria es la Administración Penitenciaria, a través del OATPP, el sujeto empleador.

---

*Código Civil, que sólo regirá cuando tal posibilidad de expansión resulte inviable, de acuerdo con el artículo 4.3 del Código Civil.”*

## **6.- Libertad sindical.**

La vigencia de este derecho fundamental encuentra su fundamento en la eficacia directa de los mismos y en la declaración del artículo 25.2 de la CE, en cuanto a su goce por los reclusos. No aparece referencia constitucional ni legal alguna que prohíba o limite el derecho de libertad sindical a los reclusos trabajadores, pareciendo claro que el derecho a la libertad sindical promueve el objetivo de la reinserción social, que es lo que significa el sentido de la pena del artículo 25.2 CE, pues permite la defensa de sus intereses laborales, su mayor integración laboral y menor inhibición, así como aumentar los contactos con el mundo exterior, lo que también otorga un conocimiento de la estructura del mercado de trabajo posibilitando una mejor formación y acceso al mismo tras la liberación.

Tanto en éste como en los restantes derechos colectivos, resulta muy nociva la falta de regulación del Real Decreto 782/2001, pues, en un lugar como la prisión, el silencio u omisión de toda referencia a los mismos por parte de la normativa específica en vigor se traduce en su desconocimiento e inaplicación.

## **7.- La potestad disciplinaria.**

Ha desaparecido en el RD 782/2001 el criterio de asimilación al trabajo común del derogado artículo 134.6 del RP de 1996, que se remitía, en cuanto fuese de aplicación a la relación laboral especial penitenciaria en materia de infracciones y sanciones, al artículo 58 del ET. En cualquier caso, sí considero aplicable supletoriamente el Derecho del Trabajo y, en consecuencia, el artículo 58 del ET.

No obstante, el ET no contiene una regulación exhaustiva del poder sancionador del empresario, por lo que se mantiene un vacío normativo, al no poderse aplicar el cuadro de faltas y sanciones de los convenios colectivos concertados por los empresarios y trabajadores libres, ni tampoco existir ninguna reglamentación aplicable para determinar las faltas y sanciones de los trabajadores penitenciarios. Por ello, ante la identidad de razón con el Acuerdo Interconfederal sobre cobertura de vacíos, aprobado por Resolución de 13 de mayo de 1997 (BOE de 9 de junio de 1997), considero que son aplicables por analogía –artículo 4.3 del Código Civil- los tres preceptos que dedica al régimen disciplinario: artículo 17 con unos principios de ordenación, artículo 18 con una graduación de las faltas, y artículo 19 con una enumeración de las sanciones.

La aplicación a la relación laboral especial penitenciaria del citado Acuerdo Interconfederal permite, ante la ausencia de regulación por disposición legal y la falta de convenio colectivo, que las medidas disciplinarias adoptadas por la Administración Penitenciaria se ajusten al artículo 115 de la LPL y al criterio de asimilación con la relación laboral común.

Varias sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>3</sup> han resuelto que no existe la figura del despido en la relación laboral especial penitenciaria, para lo que han argumentado que no está incluida entre las causas de extinción establecidas en el artículo 152 del RP (ahora artículo 10 del RD 782/2001) y no es aplicable supletoriamente el Estatuto de los Trabajadores, ni hay remisión expresa al artículo 54 del ET; de otra parte, se afirma que no puede imputarse al OATPP, que figura como empleador, la extinción de la relación laboral especial derivada de un acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento de la prisión. Sin embargo, entiendo equivocada tal doctrina.

Considero existente el despido disciplinario en esta relación laboral, debiéndose dar cumplimiento al Convenio 158 de la OIT. Dada la remisión del artículo 1.5 del RD 782/2001 es aplicable lo dispuesto en la LPL, así como de forma supletoria el Estatuto de los Trabajadores y, por analogía, el Acuerdo Interconfederal de cobertura de vacíos de 13 de mayo de 1997.

Quizá el mayor problema deriva de la opción que en caso de despido improcedente establecen los arts. 110.1 de la LPL y 56.1 del ET a que el empresario elija la no readmisión y correspondiente abono de indemnización.

## **8.- Movilidad funcional.**

La promoción a través del trabajo, reconocida en el artículo 35 de la CE y a la que también se refiere el artículo 5.1.f) del RD 782/2001, queda limitada al ascenso a la categoría laboral de operario superior a que se refiere el artículo 8 del RD 782/2001.

Por ello y ante la exigencia del artículo 33.1.c) de la LOGP de que la retribución sea conforme a “la clase de actividad” -lo que supone la remisión al correspondiente convenio colectivo-, considero que son aplicables las categorías profesionales establecidas en el convenio sectorial y no las dos categorías.

## **9.- Horas extraordinarias.**

El RD 782/2001 no habla de la realización de horas extraordinarias, por lo que de producirse habrá que aplicar supletoriamente el artículo 35 del ET, de forma que el número de horas extraordinarias no será superior a 80 anuales y, salvo pacto al respecto, serán compensadas mediante descanso en los 4 meses siguientes a su realización.

---

<sup>3</sup> Me refiero a las sentencias de 5/5/2000 y 25/9/2000.

## **10.- Permisos laborales.**

El artículo 18 del RD 782/2001 reconoce que “el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo durante cualquier clase de permiso o salida autorizada. Las ausencias no serán retribuidas.” Con ello parece referirse a los permisos penitenciarios, pero no debe impedir la vigencia, como norma supletoria, de los permisos laborales regulados en el artículo 37.3 del ET, pues, no hay razones que justifiquen un peor tratamiento en relación con el trabajo que se desarrolla en el exterior de la prisión.

## **11.- Retribución.**

El artículo 33.1-c) de la LOGP establece que la Administración “velará por que la retribución sea conforme al rendimiento, categoría profesional y clase de actividad desempeñada”. Pero el artículo 15 del RD 782/2001 no tiene en cuenta *la clase de actividad desempeñada*, con lo que infringe el principio de jerarquía normativa y el de asimilación al trabajo en libertad, lo que debe llevar a la aplicación del correspondiente convenio sectorial, subiendo de esta forma notablemente las actuales retribuciones.

En cuanto a los complementos salariales el RP guarda silencio, pero deben entenderse incluidos en virtud de la referencia que el artículo 33.1.c) de la LOGP hace a “la clase de actividad”, lo que supone la vigencia de los determinados en el correspondiente convenio sectorial.

Igualmente, ante el silencio del RD 782/2001 es aplicable supletoriamente el derecho a anticipos a cuenta del trabajo ya realizado del artículo 29.1 del ET, así como el 10% de interés de mora en el pago del salario adeudado, a que alude el artículo 29.3 del ET.

## **12.- Seguridad Social.**

El artículo 19 sobre “Acción protectora de la Seguridad Social” -a diferencia del derogado artículo 134.7 del RP de 1996- ya no se remite a la acción protectora de la Seguridad Social, y omite la inclusión de la prestación de incapacidad temporal, lo cual significa la vulneración del artículo 26.f) de la LOGP –que establece que en el desarrollo del trabajo los penados gocen de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social- y un retroceso injustificable con relación a la situación anterior.

El caso de muchos presos que, aun prestando determinados trabajos o servicios en los establecimientos penitenciarios, no son formalmente encuadrados como sujetos de esta relación laboral, sino que aparecen como meros educandos, con una cobertura para accidentes de trabajo y enfermedad profesional, o desarrollando prestaciones personales sin cobertura alguna, ha originado que, con ocasión de fallecimiento, se cuestionase el derecho de sus familiares a las prestaciones por

muerte y supervivencia, habiendo reconocido la jurisprudencia la situación de asimilada al alta<sup>4</sup>, pero manteniéndose el requisito de 500 días de carencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento en supuestos de enfermedad común<sup>5</sup>.

De *lege ferenda* se debe imponer la obligación de cotizar a cargo del Estado en aquellos supuestos en que, con el cómputo de las cotizaciones correspondientes al tiempo que el privado de libertad debió de haber trabajado y, por ende cotizado, se dé lugar al nacimiento del derecho o a la modificación de la cuantía de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social ya causadas o que se pueden causar. Subsidiariamente, y en forma similar a lo regulado por el artículo 180-b) de la LGSS para las prestaciones de protección por hijo a cargo, debería considerarse como de cotización efectiva el tiempo de privación de libertad, en la medida necesaria para lucrar el período de carencia requerido para causar o bien mejorar la respectiva prestación de la Seguridad Social.

### **13.- Suspensión de la relación.**

El artículo 9 del RD 782/2001 enuncia las causas de suspensión. Si comparamos con la relación laboral ordinaria observamos que no aparecen varias causas. Sin embargo, entiendo que hay situaciones también posibles en la relación laboral especial penitenciaria. Así:

- Suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias del artículo 45.1.h) del ET, dada la atribución de esa potestad disciplinaria que tiene como empleadora la Administración Penitenciaria.
- Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, del artículo 45.1.j) ET, a las que no parece ajena la Administración Penitenciaria.
- Por el ejercicio del derecho de huelga, del artículo 45.1.l) ET, la cual, admitido tal derecho, debe aplicarse de forma supletoria.
- Cierre legal de la empresa, del artículo 45.1.m) ET, ya que también puede darse alguna de las situaciones previstas en el artículo 12 del R. Decreto-ley17/1977, de 4 de marzo, por lo que se aplicaría de forma supletoria.
- En los permisos con reserva del puesto de trabajo para fines formativos (artículo 23.1.b ET), la excedencia voluntaria (artículo 46.2 ET), la excedencia en supuestos previstos por convenio (artículo 46.6 ET), trabajador inválido permanente, pero con previsible mejoría (artículo 48.2 ET) y trabajador que realice curso de reconversión o perfeccionamiento profesional (artículo 52.b ET), también serán de aplicación supletoria en la medida en

---

<sup>4</sup> Así la Sala de lo Social del TS en s. de 12/11/1996 al resolver un recurso de casación para unificación de doctrina, y el Auto de 22 de septiembre de 1998 que inadmite un recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contenido casacional, habida cuenta de la existencia de la anterior sentencia.

<sup>5</sup> El TSJ del País Vasco en s. de 17/12/1998 desestima un recurso de suplicación al haber figurado un preso como educando en un taller de manipulados, cotizando únicamente por accidente de trabajo y enfermedad profesional, no reuniendo en consecuencia dicha carencia de 500 días en los 5 años anteriores al fallecimiento.

que se produzcan dichos supuestos en la relación laboral especial penitenciaria.

#### **14.- Extinción de la relación laboral especial penitenciaria.**

El artículo 10 del RD 782/2001 enuncia las causas de extinción. Si comparamos con la relación laboral ordinaria también observamos que no aparecen varias causas, aunque hay situaciones posibles en la relación laboral especial penitenciaria. Así:

- Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que aquél haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en esta Ley, del artículo 49.1.i) ET, a las que no es totalmente ajena la Administración penitenciaria, por lo que de darse alguna de dichas circunstancias deberá aplicarse de forma supletoria.
- Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario, del artículo 49.1.j) del ET. Entiendo plenamente aplicable de forma supletoria lo dispuesto en el artículo 50 del ET.

Los apartados a), b), c), d) e) y f) del artículo 10.1 del RD 782/2001, coinciden en lo esencial con la regulación ordinaria, aunque en algunos casos no literalmente. A las causas laborales hay que añadir otras de origen penitenciario.

En caso de impugnación de la extinción por considerarla nula o improcedente, serán aplicables los preceptos correspondientes a la modalidad procesal del despido de la LPL, a la que se remite el artículo 1.5 del RD 782/2001. De otra parte, la extinción de la relación laboral especial penitenciaria no debe impedir el que, mientras dure la situación de privación de libertad, pueda iniciarse otra nueva, habida cuenta del mandato del artículo 25.2 de la CE y de la finalidad de contribuir a la reinserción que tiene esta relación laboral.

#### **15.- Aspectos procesales.**

El inciso del artículo 34 de la LOGP respecto a que los presos trabajadores “asumirán individualmente la defensa de sus derechos e intereses laborales”, no debería interpretarse como una negación de los derechos colectivos de los presos trabajadores, sino como una forma de subrayar su legitimación individual para reclamar. Por tanto, también es aplicable la modalidad del proceso de conflictos colectivos regulada en los arts. 151 y ss. de la LPL.

En situaciones coincidentes con cuestiones de tratamiento o de régimen penitenciario entran en juego las competencias respectivas del Orden Contencioso-Administrativo y de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para conocer de dichos litigios. No obstante, por la vía de resolver las cuestiones prejudiciales reconocida en el artículo 10.1 de la LOPJ y en los nº 1 y 2 del artículo 4 de la LPL, el órgano judicial del orden social podrá resolver, a los solos efectos de decidir la pretensión

planteada, un tema litigioso ajeno a su competencia, incluso aunque esté pendiente de resolución por el órgano del otro orden jurisdiccional, con el riesgo consiguiente de dictar resoluciones contradictorias.

## II

### **SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO**

Comisión de Asesoramento Xurídico Penitenciario  
(CAXPOU) del Il. Colexio de Avogados de  
Ourense.

Fernando Xosé Blanco Arce  
Pilar López-Guerrero Vázquez  
Ana Belen Lorenzo Conde  
Jose Manuel Losada Dieguez  
Benjamín Mayo Martinez

#### **1.- LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRESAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.**

Cuando el artículo 25 de la Constitución Española estableció el derecho a un trabajo remunerado de la persona presa, estableció también "... y a los beneficios correspondientes de seguridad social"

Por otro lado, el artículo 41 de la CE alude como principio rector de la política social y económica el mantenimiento de un sistema público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes delante de situaciones de necesidad.

Al hilo de esta declaración, el artículo 26.f de la Ley Orgánica General Penitenciaria, dedicado al trabajo, establece que el mismo "gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de seguridad social" y ojo, el artículo 26 y a su par el 27 LOGP abarcan no sólo la modalidad de trabajo productivo y remunerado, sino las modalidades de formación, estudio, laborales, ocupacionales, prestaciones personales obligatorias, artesanales...

Únicamente el art. 27.2 LOGP refiere respecto al trabajo directamente productivo que será remunerado y se desarrollará en las condiciones de seguridad e higiene establecidas en la legislación vigente.

Partiendo de lo anterior, podemos ya señalar como primeras premisas:

1.- Las personas presas tienen derecho a los beneficios correspondientes a la seguridad social, tanto en su condición de ciudadanos del artículo 41 CE como por el específico artículo 25 CE que establece los beneficios de seguridad social unidos al

derecho al trabajo, unión por la que “goza” de la misma consideración de “derecho de aplicación progresiva” ( STC 172/89 ó STC 17/93) que éste.

2.- La LOGP establece que el trabajo, todo trabajo, gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de seguridad social, pero posteriormente asocia el trabajo remunerado al trabajo directamente productivo.

De aquí nos salen dos cuestiones: Qué se entiende por trabajo directamente productivo y cuál o cuánta es la protección de que gozarán de la establecida por la legislación vigente en materia de seguridad social.

A la primera, el **Reglamento Penitenciario del 81** delimitaba el trabajo directamente productivo en dos áreas: el desarrollado en sectores productivos en el cual se producían bienes materiales, y el desarrollado en los sectores de servicio, mantenimiento o conservación de los establecimientos penitenciarios cuando la actividad laboral del recluso/a en los mismos fuera continua, con dedicación exclusiva y cumplimiento de jornada laboral ordinaria.

Y sobre la protección que habla la LOGP que la legislación vigente dispensa, recordar que la misma es de 26.09.1979, siendo a esas fechas la “legislación vigente en materia de seguridad social” no sólo la establecida en las leyes generales de seguridad social, sino también específicamente el Decreto 573/1967 de 16 de marzo que asimila a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el régimen general de la seguridad social a los reclusos que realicen trabajos penitenciarios retribuidos. Decreto que, en su breve exposición, recoge que “ Los reclusos que realicen trabajos penitenciarios son susceptibles de la referida asimilación, pues aunque su actividad se rija por las normas de derecho penitenciario, concurren en ellas las características necesarias a este respecto, como son las de obtener una retribución por su trabajo y la de llevarlo a cabo en condiciones análogas a las del trabajo libre, en cuanto se refiere al empleo de maquinaria, útiles y herramientas y horario de trabajo. Todo ello permite aplicar a los reclusos y a sus familiares que tengan la condición de beneficiarios, la acción protectora del régimen general de la seguridad social en aquellas contingencias y situaciones que resulten adecuadas a su actual condición, al mismo tiempo que hace posible q los reclusos que se incorporen, una vez cumplida su condena, a la realización de trabajos por cuenta ajena tener cubiertos los periodos de cotización que se requieren para causar determinadas prestaciones.”

Por tanto, con el **Decreto**, tenemos distintos grados de protección en materia de seguridad social, dependiendo del trabajo de la persona presa. Así:

1.- Los reclusos/as encuadrados en el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias que realicen trabajos penitenciarios retribuidos, se asimilan a trabajadores/as por cuenta ajena, abarcando la acción protectora para ellos/as y sus beneficiarios/as las siguientes contingencias:

“ a) asistencia sanitaria por enfermedad común o accidente no laboral.

- b) incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común o accidente no laboral.
- c) invalidez provisional derivada de enfermedad común o accidente no laboral.
- d) invalidez permanente, muerte y supervivencia derivada de enfermedad común o accidente no laboral, Vejez, nivel complementario, asistencia social y acción formativa.
- e) vejez, nivel mínimo
- f) contingencias y situaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales “ ( artículo 2 del Decreto 573/1967)

2.- Los reclusos/as que lleven a cabo trabajos de preaprendizaje o formación profesional en concepto de educandos, por los que perciban gratificaciones económicas que no tengan el carácter de salario o retribución, se asimilan a trabajadores /as por cuenta ajena, abarcando la acción protectora únicamente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Ante estas situaciones, eran muchas las reclamaciones que se planteaban ante los Juzgados de lo Social intentando probar que trabajos desarrollados en “destinos” reunían las características de directamente productivos del Reglamento del 81 ( continuo, con dedicación exclusiva y cumplimiento de la jornada laboral) para deslindarlos de las prestaciones personales obligatorias y así acceder, no sólo a una remuneración digna sino a la acción protectora en materia de seguridad social. Son pocos los TSJ que en su día confirmaron las sentencias dictadas en instancia en este sentido, y entre ellos, os señalamos las sentencia del TSJ Madrid de 25.01.1991 (Aranzadi social 880); en contra, sentencia del TSJ Galicia de 16.03.1995, que revoca la sentencia del Juzgado Social nº 1 de Ourense de 28.12.92.

El Reglamento Penitenciario de 1996 en su artículo 134 viene a dar un nuevo enfoque al concepto de trabajo recogido en la LOGP y el Reglamento del 81, identificando el trabajo penitenciario con trabajo productivo llevado a cabo en los Talleres Productivos que se dispongan (si hay posibilidades) en cada centro por el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, estableciendo que sólo dicho trabajo gozará de la acción protectora de la seguridad social establecida en la legislación vigente para los reclusos encuadrados en la relación laboral especial penitenciaria.

A la entrada en vigor de este nuevo Reglamento sigue vigente el Decreto 573/1967 en lo que no se oponga a éste (disposición derogatoria única 1º), lo que dio pie a que en las cárceles no se aplicara la acción protectora por accidentes de trabajo y enfermedad profesional a los reclusos/as que trabajaban en los talleres ocupacionales por entender que al no ser trabajo penitenciario ya no tenían acción protectora, lo cual no nos debe de extrañar, puesto que también se entendía que la acción protectora para los trabajadores de talleres productivos era únicamente por accidentes de trabajo y enfermedad profesional y sólo cotizaban por dichas contingencias de las que el OATTP era autoasegurador.

Esta situación pervive en la actualidad en algunos centros, encontrándonos reclamaciones de las personas presas trabajadoras por falta de cotización a la seguridad social por contingencias comunes (Ej. denuncias a la TGSS e Inspección de Trabajo al C.P. Pereiro en Ourense de 27.11.2001), actuaciones de la Inspección de trabajo por falta de cotización (Ej. actas de liquidación de cuotas al C.P. de Burgos de 6.06.2001), y condenas por esto mismo al OATPP al abono de prestaciones reclamadas como responsable directo. ( Ej. Sentencia nº 197 del Juzgado de lo Social nº 2 de Zaragoza de 31.05.2001. C.P. de Daroca, en materia de I.T. cuyo fundamento jurídico segundo dice:” (...) *Y por lo que se refiere a la cobertura de dicha contingencia, el artículo 134.7 del Reglamento Penitenciario RD 190/1996 dispone que “las actividades laborales retribuidas a las que se refiere el apartado 1 de este artículo, gozarán de la acción protectora de la seguridad social establecida en la legislación vigente para los reclusos encuadrados en la relación laboral especial penitenciaria. Y no existiendo normativa alguna en el momento del accidente posterior a dicho Reglamento que regule la materia, era de aplicación lo dispuesto en el D.573/67 de 16 de marzo sobre inclusión de reclusos en la seguridad social, en cuyo art. 1 prevé la inclusión obligatoria de los mismos en el Régimen General de la S.S. y en el artículo 2 dentro de la acción protectora la IT derivada de enfermedad común o accidente no laboral. Por ello debe estimarse que la IT derivada de accidente no laboral está comprendida dentro de la cobertura obligatoria y la acción protectora de los reclusos (..) Al cotizar el organismo autónomo de trabajo penitenciario por las contingencias exclusivamente de accidente de trabajo y enfermedad profesional, existe respecto de la contingencia de accidente no laboral una falta absoluta de cotización que determina, de conformidad con lo dispuesto en el art. 126 de la LGSS y en los arts 94 y 95 de la LSS de 1966 la responsabilidad del organismo autónomo demandado al pago del subsidio reclamado, sin perjuicio de la obligación de anticipo por parte del INSS” )*

Y ya por último, el 7 de julio del 2001, sale publicado en el BOE el REAL DECRETO 782/2001 de 6 de julio por el que se regula la actividad laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de seguridad social de los sometidos a las penas de trabajo en beneficio de la comunidad., y derogando expresamente el Decreto 573/1967, de 16 de marzo, su artículo 19 señala la acción protectora de la seguridad social en los siguientes términos:

“Los internos trabajadores sujetos a la relación laboral especial penitenciaria quedarán incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y gozarán de la prestación de asistencia sanitaria, así como de la acción protectora del mismo durante las situaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y situaciones derivadas e las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Asimismo estarán protegidos por la contingencia de desempleo cuando sean liberados de prisión en los términos establecidos en el título III del texto refundido de la ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio”.

Nueva regulación de la que nos surgen las siguientes cuestiones:

1.- Se restringe claramente la acción protectora sólo a los presos/as trabajadores en los talleres productivos, por lo que los talleres de formación u ocupacionales no están recogidos.

(Sin perjuicio de lo que, como veremos más adelante, la jurisprudencia de unificación de doctrina del Tribunal Supremo, Sala 4º, va a aportar sobre la asimilación a situación de alta a efectos de reconocimiento y derecho a prestaciones a presos/as no trabajadores)

2.- Qué alcance tiene la supresión de la referencia a los familiares que tengan la condición de beneficiarios de la persona presa.

3.- El alcance, a la espera de lo que dictaminen los Tribunales, del “olvido” en relación con las prestaciones de la relativa a la Incapacidad Temporal derivada de accidente no laboral y enfermedad común.

Recordemos que sobre esta cuestión, el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Real Decreto le recordó en su momento al Gobierno que la omisión en el mismo de la Incapacidad Temporal era contraria al artículo 26.f de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

## **2.- PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS**

El R.D. 782/2001, en su artículo 19 establece para los presos/as trabajadores las siguientes prestaciones:

- 1.- Prestación de asistencia sanitaria.
- 2.- Las situaciones de maternidad.
- 3.- Riesgo durante el embarazo.
- 4.- Incapacidad permanente derivada de enfermedad común y accidente no laboral.
- 5.- Muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común y accidente no laboral.
- 6.- Jubilación.
- 7.- Situaciones derivadas e las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.
- 8.- Desempleo cuando sean liberados de prisión.

Sobre estas prestaciones, y dejando al margen la Asistencia Sanitaria y el Desempleo que son objeto de tratamiento específico, vamos a subdividir dos supuestos:

- 1.- Que el derecho a la prestación lo haya adquirido la persona antes de la entrada en la prisión.

En este caso, no debiera existir ningún problema puesto que el artículo 3.2 de la LOGP establece que “ se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de seguridad social adquiridos antes de su ingreso”

2.- Que el derecho a la prestación se adquiriera estando en prisión o una vez liberado/a de la misma, situación que a su vez vamos a subdividir en:

2.1.- Que la persona presa esté o estuviera sujeta a la relación laboral especial penitenciaria, y por tanto de alta en el Régimen General y se hayan efectuado por el OATPP correctamente la cotización por todas las contingencias.

En este caso, tampoco debería haber problemas específicos para el reconocimiento de las prestaciones por parte de la entidad gestora; Hay más bien problemas en la práctica de quejas de los internos sobre los servicios sociales penitenciarios por la tramitación de las solicitudes de prestaciones y por otra parte, también como antes se apuntó, problemas derivados de la falta de cotización o incorrección de la misma al no hacerlo por todas las contingencias, por parte del OATPP.

Sobre este punto, apuntaros un par de ideas:

a) El que solicita la prestación, como beneficiario de seguridad social, tiene por ley reconocida asistencia jurídica gratuita, por lo que para las reclamaciones sobre estos temas podemos derivarlos a los compañeros y compañeras de los turnos de oficio de laboral.

b) Prestaciones de maternidad, y aquí dos cuestiones:

b.1.- Aunque la maternidad es situación de suspensión de la relación laboral especial (art. 9.1.c del Real Decreto), sucede que al no tener todos los centros penitenciarios de mujeres unidades de madres, a estas presas que van a parir se las traslada a centros con unidades de madres, extinguiendo su relación laboral en el centro donde trabajaban, por lo que si no ha comenzado la baja maternal antes del traslado ( la baja son 16 semanas de las que 6 semanas tienen que ser inmediatamente posteriores al parto), se encuentran al solicitar la prestación que la entidad gestora contesta que no están en situación de alta o asimilada al haberse extinguido su contrato.

Aunque siempre está la solución de los Tribunales para que se le reconozca la situación como asimilada al alta para poder percibir la prestación, los y las que prestamos asistencia jurídica en centros donde hay mujeres debemos mantenernos al tanto de estas situaciones para poder informar bien a las presas sobre sus derechos en caso de maternidad , derechos que se minusvaloran y que pierden por las extinciones de sus relaciones laborales por traslado a los centros con unidades de madres.

b.2.- Recordaros que el Real Decreto 1251/2001 de 16 de noviembre ( BOE 17.11.01) por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad y riesgo durante el embarazo, regula que el descanso por maternidad pueda ser disfrutado, sucesiva o simultáneamente por el padre o la madre.

**2.2.-** Que la persona presa no estuviera sujeta a la relación laboral especial penitenciaria, y por tanto de alta en el Régimen General y se hubiera efectuado por el OATPP la cotización por todas las contingencias, bien porque sólo le cotizaron por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, o bien porque no ha tenido la posibilidad de trabajar en la prisión.

En estos supuestos, para el reconocimiento de las prestaciones pueden plantearse dos problemas, en relación a :

A) Requisito de estar en situación de alta o asimilada al alta.

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo en sentencia de Unificación de Doctrina de 12.11.1996, que establece, en un supuesto de prestaciones de muerte y supervivencia que:

*“ (...) teniendo en cuenta que los internos a los que se refieren las sentencias comparadas mostraron durante el periodo de reclusión su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales, no parece concorde con el mandato constitucional una interpretación de la legalidad que les prive de los beneficios de la seguridad social por falta de alta o situación asimilada, derivadas no sólo de la privación de libertad, que le impide su participación en la producción o su comparecencia en el mercado de trabajo, sino también de la inexistencia en los centros penitenciarios de una organización, constitucionalmente exigible aunque de aplicación progresiva, que les haya permitido desarrollar un trabajo directamente productivo. Esta muy especial situación del interno guarda indudable analogía con la imposibilidad de trabajar que caracteriza el desempleo, por lo que ,utilizando los cánones hermenéuticos de la interpretación conforme a la Constitución y de la interpretación evolutiva, debe atribuirse el mismo régimen jurídico de asimilación al alta que se aplica a tal situación de desempleo en el art. 2.4 de la OM 13 Feb.1967”*

En igual sentido, el Auto de 22.09.1998 del Tribunal Supremo en recurso de casación para unificación de doctrina núm. 1161/1998 que inadmite el recurso interpuesto por la representación del INSS por falta de contenido casacional al estar la cuestión ya resuelta en unificación de doctrina.

Más recientemente, la Sentencia del TSJ de Cataluña, sala de lo social, de 5 de febrero del 2002, que en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, señala ( Fundamento jurídico segundo, último párrafo):

*“..resulta evidente que el causante, que realizaba servicios personales en el centro penitenciario y por tanto acreditaba su disponibilidad para la realización de trabajos directamente productivos, a la vez que no se acredita si en el centro penitenciario había organización de trabajos de tal naturaleza y si se le había ofrecido al causante la oportunidad de participar en los mismos, se encontraba en una situación análoga a la del desempleo, por lo que su situación en la Seguridad Social ha de ser considerada como asimilado al alta en el momento de su fallecimiento”.*

## B) Cumplimiento de los requisitos del periodo de carencia.

La carencia específica impide el acceso a la protección que dispensa el sistema de la seguridad social a las personas que han abandonado el mercado de trabajo y no mantienen la cotización durante un periodo de tiempo determinado al hecho causante de la prestación, requisito que perjudica notablemente a quienes no pudieron trabajar y por tanto efectuar cotización alguna, por causas ajenas a su voluntad.

Para evitar esta situación de desprotección del sistema de la seguridad social, los Tribunales aplican la llamada “ Teoría del Paréntesis” que consiste en considerar los periodos transcurridos en situaciones que imposibilitan la realización de cotizaciones no imputables a la voluntad del beneficiario, como paréntesis no computables a efectos de la carencia específica que se exige en cada prestación.

Aplicada dicha doctrina a los casos en que el causante no reúne la carencia específica porque permaneció en prisión, nos encontramos dos corrientes en la jurisprudencia:

1.- Así, el TSJ de Cataluña, en Sentencias de 23.10.1998 ( Ar. 4217) y de 28.06.1996 ( Ar. 3396) entre otras, permite la aplicación de la doctrina del paréntesis respecto de aquellos periodos que el causante, bien sea en las prestaciones de incapacidad permanente, bien sean las de muerte y supervivencia, hubiera permanecido sin prestar actividad laboral por encontrarse privado de libertad e ingresado en prisión.

Asimismo, el TJS Canarias en Sentencia de 17.02.1993, sosteniendo el criterio del TSJ Castilla La Mancha de 6.05.1991, señala que “(...) *El causante de las prestaciones demandadas reúne el periodo de cotización exigido - 500 días dentro de los cinco años anteriores a la fecha de su fallecimiento - porque al no existir durante el tiempo en que permaneció en prisión un voluntario alejamiento del mundo del trabajo, debe considerarse este periodo como un vacío en su vida laboral y buscarse la carencia específica dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a su ingreso en prisión (...)*”

En este mismo sentido de la aplicación del paréntesis, también, la Sentencia 580 del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense de 5 de octubre del 2001, en Autos 469/01 sobre invalidez.

2.- Otros pronunciamientos judiciales exigen, para aplicar la “ teoría del paréntesis” exigen que el interno en prisión haya prestado servicios en las distintas modalidades retribuidas que se regulan en la LOGP aún cuando aquellas no impliquen una verdadera relación laboral especial penitenciaria, como la del TSJ Cataluña de 29.10.1996, la del TSJ Castilla León / Burgos de 26.10.1998 ( Ar. 3793) o la del TSJ País Vasco de 13.01.1998, que afirma que “ *...no es posible considerar como tiempo muerto a tales efectos ( periodo mínimo de cotización) el de permanencia en la prisión en la medida en que no consta que quisiera trabajar productivamente dentro de la misma y no se accediera a su petición.*”

En definitiva, sin perjuicio de que exista una corriente que admite sin reparos la teoría del paréntesis, otra entiende que para la aplicación de la misma la persona ha de haber prestado algún servicio retribuido en la prisión o, al menos, como recoge la última sentencia mencionada, haber solicitado el mismo y que no se accediera a su petición.

No deja de haber otros criterios distintos a los anteriores, como el mantenido por el TSJ Galicia en sentencia de 21.01.1992 ( Ar.229), que considera que el trabajador que se encuentra en prisión, ni está en situación de asimilada a la de ata, ni asimismo le resulta de aplicación la doctrina del paréntesis a los efectos de reunir el periodo de carencia específico.

Por último, para terminar estas notas sobre las prestaciones contributivas, señalaros la siguiente jurisprudencia:

- La sentencia del Tribunal Supremo de 27.05.1998 ( también las del TSJ Cataluña de 8.05.1995, y de 5.02.2002) señala que la muerte por sobredosis o por reacción adversa concreta e inmediata a la droga ingerida tiene la calificación de accidente no laboral, por lo tanto, excluido del periodo de carencia.

Así esta última sentencia de 5.02.2002 del TSJ Cataluña, en su fundamento jurídico tercero señala “*...es reiterada y constante la jurisprudencia que reconoce la naturaleza de accidente a la muerte por sobredosis que no es la etapa final de un lento proceso de drogadicción, sino un hecho externo, sobrevenido, repentino e imprevisto por la cantidad o calidad de la ingesta y, sobre todo, no querido por el drogadicto que en ningún momento busca su propia muerte, sino su placer*”

- Las Sentencias del Tribunal Supremo de 2.06.1994 y de 25.01.1995, declaran que la muerte por SIDA no puede entenderse como derivado de accidente no laboral, por tanto habrá de estarse al cumplimiento del requisito de carencia en cada caso.

### **3.- LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO DEL LIBERADO DE PRISIÓN.**

## D) INTRODUCCIÓN

Dos son los tipos de prestación por desempleo a que pueden tener derecho los liberados de prisión:

- la Prestación contributiva de desempleo, que exige como requisito ineludible para su disfrute una previa cotización por la contingencia de desempleo,
  - el Subsidio de Desempleo, que no exige una previa cotización por desempleo sino que atiende única y exclusivamente a la excarcelación y a la situación de necesidad de la persona que recobra su libertad.

## II) SUBSIDIO DE DESEMPLEO DEL LIBERADO DE PRISIÓN.

### 1.- Regulación Legal. Finalidad.

El art. 215.1.1.d) del R.D. Legislativo 1/1994 de 20 de Junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social ( LGSS ) acoge dentro del ámbito protector del subsidio de desempleo a los liberados de prisión, siempre que ésta haya tenido una duración superior a los 6 meses y el liberado no tenga derecho a la prestación contributiva por desempleo.

Esta modalidad asistencial se configura independientemente de tener responsabilidades familiares la persona solicitante (cónyuge o hijos menores de 26 años o mayores incapacitados que carezcan de rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional), no exige poseer la nacionalidad española (STSJ Andalucía, 24.07.97, Ar.3206), ni la existencia de un trabajo previo, sino que atiende exclusivamente a la excarcelación, no persiguiendo otra finalidad que la reinserción social, implícita en toda pena privativa de libertad y a la que hace referencia el art. 25.2 C.E.

### 2.- Requisitos de acceso.

Los requisitos para tener derecho, según el art. 215.1.1.d), son:

a) Carecer la persona solicitante de rentas de cualquier naturaleza superiores en cómputo mensual al 75% del salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de pagas extras, esto es 54.090 ptas.

b) Figurar inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales.

c) Haber sido “ Liberado de prisión”

La expresión “liberado de prisión” a que se hace referencia, habrá de entenderse en un sentido amplio, comprendiendo no sólo los supuestos de “liberados de prisión por libertad condicional o cumplimiento de condena”, únicos supuestos a los que se refiere el art. 12.4 del R.D. 625/85 de 2 de Abril que desarrolla la Ley 32/85 de 2 de Agosto, de reglamento de protección por desempleo ( RPD), sino también a los liberados por prisión provisional ( STSJ Castilla y León de 14.03.1995, Ar.917) e incluso liberados por remisión condicional de la pena ( STSJ País vasco de 5.07.1994, Ar.2489/93)

La actual redacción “ liberado de prisión “demuestra la clara intención del legislador de acoger en el ámbito protector del subsidio a los liberados de prisión cualquiera que haya sido la causa por la que ésta se hubiera producido, y nos obliga a concluir, en aplicación estricta del principio de jerarquía normativa, que la redacción actual de la norma legal (art. 215.1.1.d) LGSS) debe prevalecer sobre la del precepto reglamentario (art. 12 RPD) al establecer éste condiciones añadidas no contempladas en aquélla; En consecuencia, la liberación de prisión, sea cual sea la causa de la misma, y por tanto, también la liberación de prisión preventiva, es situación protegible por el subsidio.

Esta solución está en perfecta armonía no sólo con el art. 35 de la LOGP sino también con el espíritu que informa esta modalidad de subsidio asistencial, que no es otra que la reinserción de quien ha estado privado de libertad; finalidad que no decae en el supuesto de libertad provisional pues en situación semejante de separación de la vida social se encuentra tanto quien ha cumplido una pena privativa de libertad como quien ha permanecido en situación de prisión provisional, con un plus añadido de injusticia para este último en aquellos casos en que la liberación se produce en virtud de sentencia absolutoria respecto de quien resultó culpable y por ello condenado (STSJ Castilla León- Valladolid, 14.03.95) No obstante, en sentido contrario se han pronunciado entre otras STSJ País Vasco,28.06.90 (Ar.445), TSJ Madrid, 5.12.89 (Art.3164) o anteriormente TCT de 27.12.88 ( Ar.5397).

La duda se plantea en relación con los excarcelados para recibir tratamiento médico adecuado, se haya cumplido o no la condena impuesta, los cuales quedan excluidos al no poder ser considerados parados en el sentido técnico-jurídico, pues no reúnen el requisito de poder trabajar exigido inexcusablemente por el art. 203 LGSS; por esa razón quedarían excluidos del ámbito protector del desempleo, tal y como así lo entendió el TSJ País Vasco en sentencia de 5.07.94, respecto de una persona excarcelada para cumplir en “Proyecto Hombre” en un programa de rehabilitación de drogodependencia, teniendo en consideración que todavía tenía pendiente de cumplimiento otras condenas privativas de libertad.

d) Que la privación de libertad haya tenido una duración mínima de seis meses.

A efectos del cómputo de dicho periodo de 6 meses habrá de sumarse todo el tiempo de privación de libertad cumplido por la persona, incluidos los de prisión provisional, realizando el cómputo por días efectivos y no teóricos, y en todo caso con arreglo a los criterios que rigen en las prestaciones por desempleo.

En este sentido resulta interesante la sentencia del TJS Andalucía- Sevilla de 8.07.93, por la que se estima la pretensión de la persona solicitante del subsidio que había estado privada de libertad en dos periodos de tiempo diferentes, cuya suma era superior a los 6 meses exigidos por la norma con un intervalo entre ambos de tan sólo dos días.

e) Que la persona solicitante no tenga derecho a prestación de desempleo del nivel contributivo, bien porque carezca de cotizaciones, sean éstas insuficientes (menos de 1 año), o porque se haya agotado la prestación de desempleo con anterioridad.

### 3.-Trámites para su solicitud y nacimiento del derecho.

Previo a la excarcelación debe solicitarse del Centro Penitenciario certificación comprensiva del tiempo que se ha estado en prisión, la cual se acompañará en su momento con la solicitud.

Nada más producirse la excarcelación, habrá de inscribirse en la oficina de empleo correspondiente al domicilio donde se resida.

El derecho al subsidio por desempleo nace a partir del día siguiente a aquel en que se cumpla el plazo de espera de un mes establecido en el apartado 1.1 del artículo 215. Para ello será necesario que el subsidio se solicite en los 15 días siguientes a la fecha anteriormente señalada ;en otro caso el derecho nacerá a partir del día siguiente al de su solicitud.

Consecuente a lo anterior, las personas liberadas de prisión habrán de permanecer inscritas como demandantes de empleo durante al menos un mes hasta que puedan tener derecho al cobro de este subsidio asistencial.

Consideramos que en el subsidio de este colectivo no debería regir el plazo de espera de un mes para el derecho al cobro del mismo ,precisamente por la situación de necesidad y mayor protección que requieran las personas liberadas de prisión en este momento puntual, por lo que se debería instar al legisladora a introducir una modificación en tal sentido y suprimir dicho periodo de espera de un mes tal como acontece en supuestos como los de art. 215.2 LGSS ( subsidio de desempleo tras haber trabajado 3 ó 6 meses, según se tengan o no responsabilidades familiares)

### 4.- Cuantía y duración del subsidio.

La cuantía del subsidio por desempleo será igual al 75% del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, con exclusión de la parte proporcional de las pagas extras, lo que para el año 2001 significa una cuantía de 54.090 ptas.

En cuanto a su duración, será de 6 meses, prorrogables por periodos semestrales hasta un máximo de 18 meses (art. 216 LGSS), por lo que cada 6 meses hay que acudir a la oficina de empleo y presentar una solicitud de reanudación de cobro del subsidio para los siguientes 6 meses.

### 5.- Situaciones especiales.

La persona que ingresa en prisión siendo perceptora del subsidio asistencial de desempleo, verá suspendido el mismo durante todo el tiempo de privación de libertad, salvo que acredite responsabilidades familiares, en cuyo caso se continuará abonando el mismo hasta su extinción.

De no tener responsabilidades familiares, verá suspendido el subsidio, pudiendo reanudarlo tras su excarcelación, siempre y cuando presente en la oficina de empleo correspondiente solicitud de reanudación de cobro de dicha prestación dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de puesta en libertad.

De otra parte, la persona liberada de prisión a la que se la haya reconocido el subsidio asistencial de desempleo tras la excarcelación y tenga una oferta de empleo verá suspendido el cobro de dicho subsidio durante el periodo que dura la relación laboral, siempre y cuando ésta no sea superior a doce meses, en cuyo caso se extinguiría el derecho al subsidio, teniendo derecho a la prestación contributiva de desempleo que en su caso corresponda.

## III) PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA DE DESEMPLEO

### 1.- Requisitos legales

Para el nacimiento del derecho a la prestación contributiva de desempleo de la persona liberada de prisión, rigen en principio los mismos requisitos que para el resto de las personas trabajadoras, los cuales, de conformidad con el art. 207 LGSS, son los siguientes:

- a) Estar afiliado a la Seguridad social en situación de alta o asimilada al alta.
- b) Tener cubierto un periodo mínimo de cotización de 365 días dentro de los 6 años anteriores inmediatamente anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.
- c) Encontrarse en situación legal de desempleo.
- d) No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que la persona trabajadora no tuviera acreditada el periodo de cotización requerido para ello.

Así pues, la persona liberada de prisión que, bien por acreditar al menos 365 días de cotización por desempleo antes de su ingreso en prisión o bien como consecuencia de los periodos de ocupación cotizada acreditados durante el tiempo de privación de libertad, tendrá derecho a la prestación contributiva de desempleo en la cuantía y efectos que en su caso correspondan (arts. 210y 211 LGSS), disponiendo de un plazo de 15 días desde su excarcelación para presentar la pertinente solicitud ante la oficina de empleo.

### 2.- Situaciones especiales.

Uno de los supuestos de suspensión del derecho a la prestación contributiva de desempleo que contempla el art 212.c) LGSS es cuando el titular del derecho está cumpliendo condena que implique privación de libertad.

Al igual que ocurría en el caso del subsidio asistencial de desempleo, la persona que ingresa en prisión siendo perceptora de prestación contributiva de desempleo verá suspendido el mismo durante todo el tiempo de privación de libertad salvo que acredite responsabilidades familiares, en cuyo caso continuará abonado el mismo hasta su extinción.

De no tener responsabilidades familiares verá suspendida la prestación, la cual podrá reanudar tras su excarcelación siempre y cuando presente ante la oficina de empleo correspondiente solicitud de reanudación dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de puesta en libertad.

De otra parte, la persona liberada de prisión a la que le haya sido reconocida la prestación contributiva de desempleo tras su excarcelación y tenga una oferta de empleo, verá suspendido el cobro de dicha prestación durante el periodo que dure la relación laboral siempre y cuando ésta no sea superior a 12 meses, en cuyo caso podrá optar entre la reanudación de la prestación que ya tenía reconocida por el periodo que le restaba con las bases y tipos que le correspondían, o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones ( art. 210.3 LGSS)

#### **4.- PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS**

Dos son las grandes figuras del grupo de las prestaciones no contributivas: por un lado, las pensiones, tanto de invalidez como de jubilación y por otro, las prestaciones por protección familiar: prestación económica por hijo/a a cargo y las de nacimiento por tercer o sucesivo hijo/a

Todas estas prestaciones pueden ser reconocidas a quienes nunca hubieran cotizado al sistema de la seguridad social o tengan una cotización insuficiente para tener derecho a una prestación contributiva, en función principalmente, de que carezcan de rentas o ingresos en cuantía superior a los límites legalmente establecidos y de que residan o hayan residido durante cierto tiempo en España.

El hecho de que sean prestaciones de carácter subsidiario no conduce a negarles su condición de verdaderas prestaciones del sistema de la seguridad social pública, bien que desligadas de cualquier periodo de carencia, base de cotización, afiliación , alta u otras exigencias asociadas al desarrollo de una actividad productiva. Así, el art. 46 de la LGSS señala expresamente que “ las pensiones...de modalidad no contributiva de la seguridad social, tendrán..la consideración de pensiones públicas”.

No se trata pues, de ayudas asistenciales cuya concesión dependa de la discrecionalidad o disponibilidad presupuestaria de quien resuelva; si se cumplen los requisitos, una vez solicitadas deberían ser reconocidas, cosa que, como veremos más adelante no sucedió ni sucede plenamente en el ámbito penitenciario, en el que la judicatura se reviste con atribuciones de legislador e introduce nuevos requisitos y valoraciones que restringen ese derecho

La normativa aplicable a estas prestaciones se localiza en:

- Los arts. 144 a 149 ( invalidez no contributiva), 167 a 170 ( jubilación no contributiva) y 182 a 190 ( prestación familiar por hijo/a a cargo) de la LGSS.
- El Real Decreto 357/1991 de 15 de Marzo por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990 de 20.12
- El Real Decreto 1971/1999 de reconocimiento, declaración y calificación de minusvalía
- El Real Decreto 356/1991 de 15 de marzo, sobre prestaciones por hijo/a a cargo, que desarrolla la ley 26/1990
- El Real Decreto-Ley 1/2000 de 14 de enero sobre medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social
- El Real Decreto 1368/2000 de 19 de julio de desarrollo de las prestaciones económicas de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos/as y por parto múltiple.
- La Ley 13/2000 de 28 de diciembre de presupuestos generales del Estado para el 2001, que establece la actualización de las cuantías (importe de las prestaciones y límite de ingresos) a aplicar para este año.

De acuerdo con lo anterior, las prestaciones no contributivas existentes son:

#### D) PRESTACIÓN NO CONTRIBUTIVA DE JUBILACIÓN.

Requisitos:

- haber cumplido 65 años
- residir legalmente en territorio español, y haberlo hecho durante 10 años entre la edad de 16 y la de devengo de pensión, de lo que 2 deben ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud
- carecer de rentas o ingresos suficientes que superen el límite establecido (para 2001: 586.740 ptas)

La cuantía de esta pensión, para 2001, es de 586.740 ptas en 14 pagas. Si el beneficiario tiene ingresos, se deducen hasta un mínimo garantizado de 146.785 ptas anuales.

#### II) PRESTACIÓN DE INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA .

Requisitos:

- Ser mayor de 18 años y menor de 65 años

- residir legalmente en territorio español, y haberlo hecho durante 5 años de los que 2 deben ser inmediatamente anteriores a la solicitud
- estar afectado por una minusvalía o enfermedad crónica en grado no inferior al 65%
- carecer de rentas o ingresos suficientes que superen el límite establecido (para 2001: 586.740 ptas).

La cuantía de esta pensión, para 2001, es de 586.740 ptas en 14 pagas. Si el beneficiario tiene ingresos, se deducen hasta un mínimo garantizado de 146.785 ptas anuales

### III ) PRESTACIONES DE PROTECCIÓN FAMILIAR

Son de tres tipos:

- a) Prestación económica por hijo a cargo
- b) prestación económica por nacimiento de tercer o sucesivos hijos
- c) prestación económica por parto múltiple

## EXÁMEN DE LOS REQUISITOS DE ACCESO A LAS PRESTACIONES

### 1.- RESIDENCIA.

En principio, un residente puede ser español, extranjero, ciudadano comunitario o apátrida. Parece baladí el describir esta posibilidad tan obvia, sin embargo en los centros penitenciarios españoles se cuenta con un porcentaje bastante elevado de reclusos/as que no tienen la nacionalidad española y que podrían tener la posibilidad de acceder a este tipo de prestaciones.

El art. 7.3 de la LGSS afirma que “ estarán comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en territorio nacional” , y el mismo artículo, en el apartado 5 establece “ los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español, se equiparan a los españoles a los efectos de lo dispuesto en el nº 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países, se estará a lo que se disponga en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida”.

De esta forma se comprueba como se establece dos grandes grupos:

1.- Con los países con los que España mantiene tradicionales vínculos, equiparándolos a los españoles/as.

Obviamente, los ciudadanos comunitarios, resultarán también beneficiarios de estas prestaciones no contributivas, así como los apátridas, en virtud de la introducción que realiza el Reglamento de la CEE 1247/92 de 30 de Abril respecto a

lo dispuesto en el Reglamento CEE 1408/71 de 14 de junio ( artículo 4, apartado 2 bis y Anexo II bis D letra c), ampliándose a los Estados no miembros de la Unión Europea de acorde con lo dispuesto en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2.05.92

2.- Con el resto de los extranjeros, debiendo acudir en cada caso concreto al convenio o tratado correspondiente, aunque la situación se complica al entrar en juego la L.O. 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración social, modificada por L.O.8/2000 de 22 de diciembre, que en el art. 10 establece que “los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta ley Orgánica y en las disposiciones que lo desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como el acceso al sistema de la Seguridad Social de conformidad con la legislación vigente”. Y el art. 14 de la Ley que establece “**1.** Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la seguridad social en las mismas condiciones que los españoles. **2.** Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles. **3.** Los extranjeros cualesquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”.

De esta forma, una ley orgánica viene a consagrar por lo menos inicialmente, un derecho de acceso de los extranjeros, antes restringido a lo que dispusieran los convenios o tratados.

## 2.- NECESIDAD ECONÓMICA

La mencionada necesidad económica se concreta en dos puntos: la Unidad Convivencial, y los Ingresos o rentas computables.

### 2.1. La Unidad Convivencial.

Viene determinada por la convivencia efectiva de un beneficiario con otras personas unidas entre si por lazos de parentesco de consanguinidad o adopción hasta el segundo grado; ello excluye a los parientes por afinidad, parejas de hecho, etc.. (art. 144.4 LGSS y art. 13 del R.Decreto).

La unidad convivencial no depende de la convivencia física, ha de interpretarse en un sentido más amplio cuando por causas ajenas a la voluntad u otras, uno de los familiares no puede estar en el núcleo familiar de forma física, entendiéndose la jurisprudencia que situaciones como la de hijos ingresados en un centro de desintoxicación ( STJS MADRID de 24.4.97, y S T SUPREMO de 14.10.99) , o hijos mayores de tres años que ya no pueden según la norma penitenciaria convivir con la madre en el centro penitenciario ( STSJ ANDALUCIA de 23.02.2000), forman parte de la unidad convivencial.

### 2.2. Los Ingresos o Rentas computables.

Inicialmente la administración central y la autonómica, habían establecido por medio de acuerdos de carácter interno, entre otros, por convenio de fecha 20.6.91 ( BOE 17/9/91), el criterio de denegar las solicitudes de prestaciones no contributivas a las personas presas, en base a que el solicitante no se encuentra en situación de necesidad protegible dado que sus necesidades básicas se encuentran cubiertas por un organismo público, en aplicación del art. 12.2 del R.D. 357/91 de 15 de marzo.

La jurisprudencia, por su parte, ofrecía una gran disparidad de criterios lo que determinó la necesidad de pronunciamiento del Tribunal Supremo para unificar posiciones. Pero esta materia no es pacífica ni en ese alto Tribunal, y ha sido y es objeto de la posición enfrentada de los magistrados del Supremo, Sala de lo Social, dictándose dos sentencias recientes dictadas en Unificación de Doctrina , la de 21 de diciembre de 1999 y la de 20 de diciembre de 2000, siendo ponentes respectivamente los Excmos. Sres. D. Fernando Salinas Molina y D. Antonio Martín Valverde , la última con voto particular del primer ponente referido a consecuencia del cambio de orientación que experimenta la interpretación jurisprudencial.

Así, la Sentencia de 20 de diciembre de 1999, se establecía el criterio de que el requisito de carecer de rentas o ingresos suficientes no dejaba de concurrir por el simple hecho de que el beneficiario ingresara en un centro penitenciario, ya que no comporta para el beneficiario ningún tipo de ingreso el hecho de que la administración le proporcionara alojamiento y comida.

Por contra, la sentencia de 21 de diciembre de 2000, modifica esta opinión puesto que lo decisivo para reconocer o mantener una pensión no contributiva es la insuficiencia y no la carencia total de ingresos o percepciones del pensionista, incluyendo la manutención y alojamiento como ingreso del pensionista.

Esta última sentencia, en su fundamento de derecho cuarto, señala que las cuestiones resueltas en la sentencia de 1999 y la de 2000 son compatibles en cuanto que la del año anterior se refería a la consideración o no como miembro de la unidad económica de convivencia a efectos del cómputo del límite de acumulación. Es decir, intentaba salvar la aparente contradicción señalando que la Sentencia de 1999 resolvía algo muy distinto a la del 2000. No obstante, el buen hacer, de varios magistrados y en concreto del Sr. Salinas Molina, en voto particular a esta última sentencia, advierte que esta supuesta compatibilidad no es tal puesto que la sentencia de 1999 se dilucidaba también la cuestión de si el requisito de carecer de rentas o ingresos suficientes exigido por el art. 144.1.d) de la LGSS dejaba de concurrir cuando el beneficiario ingresaba en centro penitenciario en el que se le suministraba alojamiento y comida. La Sentencia de 1999 y el voto particular en la segunda, llegan a la conclusión de que alojamiento y comida no constituyen ingresos que determinen ni tan siquiera una reducción de la cuantía de la prestación no contributiva; se trata de “un deber que pesa sobre la administración penitenciaria como consecuencia de la situación de privación de libertad en que se encuentra el que la recibe, que en nada guarda relación con las denominadas rentas de trabajo, sean en metálico o en especie, pues no son el resultado de una actividad voluntaria del que las recibe dirigida a tal fin; se perciben como consecuencia de la permanencia en tal situación, sin que tengan una intención remuneratoria o sustitutiva ni existe plano de igualdad entre el que lo da y lo recibe”.

El Tribunal Supremo, en la sentencia del año 1999, reconoce el derecho al trabajo remunerado de los presos supeditando su efectividad a la disponibilidad presupuestaria, pero excluye de forma tajante la alimentación y alojamiento como renta o ingreso de ningún tipo, indicando que no cabe considerar el coste de internamiento como renta o ingreso del interno, lo que ni siquiera se han atrevido a efectuar en otros ámbitos las más rígidas normas fiscales, como tampoco lo efectúan las normas de seguridad social. Máxime que si se llegara a considerar la alimentación o alojamiento como un ingreso, podríamos llegar a determinar la posibilidad de disposición por el interno de los mismos (por ej. se podría permitir al interno la venta de su ración de comida)

Como señala Faustino Cavas Martínez en “Doctrina de unificación del T.S. Aranzadi Social , dic.2000), otra interpretación distinta de la anterior, llevaría a concluir por analogía que al perceptor de una prestación de este tipo en libertad si lo ingresaran en un hospital, debía interrumpírsele la pensión.

Pero como antes apuntamos, la sentencia de 20 de diciembre 2000, como criterio de la Sala general llega a la conclusión contraria: así, parte de que la pensión no contributiva tiene como finalidad atender a las necesidades individuales de las personas sin recursos suficientes y no las de sus familiares; los ingresos computables para medir el nivel de ingresos que no pueden llegar a alcanzar incluyen, además de las rentas de trabajo y capital, cualesquiera bienes o derechos de naturaleza prestacional, lo que trae de la mano que la manutención de los presos se incluya en este ingreso , acudiendo para ello a los arts. 20 y 21.2 de la Ley General Penitenciaria ( recordemos que el art. 20 se refiere a la ropa que le facilite el establecimiento si el preso no tiene, y el 21.2 a la alimentación adecuada y agua potable) Lo único que nos queda, frente a una sentencia tan “elaborada”, es señalarle que se han olvidado de incluir otros gastos de la administración: calefacción, televisión, funcionarios al cuidado del pensionista...

En consecuencia, nos parece rechazable el cambio operado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al cómputo de ingresos, y que tendremos que seguir trabajando y pensando en el tema para intentar forzar un replanteamiento de la misma.

Mientras tanto, tenemos que estar atentos/as en la práctica, a que en la cuantificación de la alimentación dada al preso que realiza la administración no lo hagan por la cuantificación alimentación / día de preso enfermo si en la práctica a la persona le están dando la alimentación normal.

### 3.- La MINUSVALÍA en la Prestación de Invalidez no contributiva

La minusvalía que se requiere para tener derecho a una prestación de invalidez no contributiva, conforme se indica en el art. 136.2 LGSS consistentes en “deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las

padecen”, han de alcanzar en la persona afectada un grado igual o superior al 65% (art. 144.1.c LGSS) El concepto de minusvalía es absoluto, no depende de una previa capacidad laboral ni desempeño de actividades productivas del futuro o actual beneficiario, al contrario de la situación anterior que disponía el R.D. 383/1994.

A efectos de esa determinación del grado de deficiencia, ese porcentaje del 65% se obtendrá mediante la aplicación de un baremo, donde se valoran factores múltiples ( físicos, psíquicos y sociales). El referido baremo y su regulación, está actualmente en el REAL DECRETO 1971/1999 de 23 de Diciembre relativo al procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

Por su dimensión en el ámbito penitenciario, vamos a señalar únicamente los problemas que plantea este Real Decreto en las prestaciones de invalidez no contributiva de afectados de VIH.

Este R.D. 1971/1999, que viene a sustituir a una Orden Ministerial de 8/03/84, prima la hospitalización y la adhesión al tratamiento médico oficial como elementos de medida de la minusvalía, e impide observar los criterios de valoración de los factores sociales complementarios en aquellos porcentajes inferiores al 25%.

El hecho de condicionar el porcentaje de minusvalía a la cantidad de ingresos hospitalarios por año, es contrario con la clasificación que realiza la OMS y el CDC de Atlanta de 1993 y que vincula a España .

El Real Decreto dice textualmente “ la actual clasificación de la situación clínica en la infección por VIH se realizará de acuerdo con los criterios de los CDC definidos en 1993. La actual clasificación de la infección por VIH está basada en circunstancias clínicas muy heterogéneas y en marcadores inmunológicos indirectos, el más importante de los cuales es el recuento de linfocitos CD4 positivos. Es frecuente que en una misma categoría clínica e inmunológica estén incluidos enfermos con grados de discapacidad muy diferentes: por ejemplo, la categoría C3 de adultos infectados se refiere tanto a enfermos que han sufrido enfermedades definitorias de SIDA curables ( tuberculosis pulmonar, candidiasis esofágica) como a enfermos con ceguera por retinitis debida a citomegalovirus o enfermos hemipléjicos por una encefalitis por Toxoplasma: Por tanto el grado de discapacidad incluido en cada clase en la infección por VIH es el atribuible a la enfermedad índica y dependerá de sus secuelas, si las hubiera, o de su cronicidad. Por este motivo, en el caso de la infección por VIH no se combinará el porcentaje de discapacidad atribuible a ésta con el derivado de la enfermedad índice de las categorías clínicas” No obstante como esta interpretación nos abocaría al absurdo de tener enfermos que no llegarían a alcanzar el grado mínimo de minusvalía (33%), se les atribuye a los adultos cuyas cifras de CD4 sean menores de 50, el porcentaje mínimo del 33%

Una de las conclusiones a las que llega la Comisión SIDA y Cárcel de la CSPP en Zaragoza,1/5/2001, señala que” el Ministerio realiza una distinción clave: el SIDA curable ( TB...) y el SIDA discapaz (hemiplejía, toxoplasmosis,..) Provocando una situación a todas luces incoherente, ya que atribuye la definición de “curable” a

una enfermedad que figura como una de las primeras causas de mortandad entre personas de 25 a 35 años en España. No existe el SIDA curable, ni existe una discapacidad superior ; sí existen padecimientos y secuelas distintas, así, la disfunción física claramente apreciable en el caso de la retinitis, es asimilable a la disfunción inmunológica y funcional en el caso de la tuberculosis. Si el CDC de Atlanta apreciara dos tipos de VIH, elaboraría dos tipos de clasificaciones y se establecerían dos tipos de medicaciones y dos tipos de servicios de atención”. “Esta reforma, por motivos políticos de control del gasto y políticas de ahorro sanitario, nos dejan, recién estrenado el siglo XXI, con la irónica situación de que, según estos nuevos criterios de valoración, un paciente con 190 T4 (defensas) y una tuberculosis pulmonar y sin ninguna hospitalización en el último año, sería considerada una minusvalía inferior al 25% y por lo tanto, no se le podrían sumar los factores sociales (familia, barrio, prisión,..) Y sufriría la desprotección social, todo ello por no hospitalizarse “ más a menudo”.

Por ello, asumimos la reivindicación de modificación del Real Decreto en lo relativo a los criterios para los enfermos de VIH. ; La práctica nos ha enseñado que a lo único que está conduciendo en a una agravación de la ya deteriorada salud del enfermo de VIH, que llega a interrumpir el tratamiento para “ empeorar”, que lo bajen al hospital y mantener el nivel de ingresos hospitalarios que le de derecho a la pensión.

Mientras tanto, recordaros dos frentes en la defensa de las personas a las que por este nuevo baremo, se le deniega o se les revisa la pensión que venían cobrando:

1.- Atención a las consecuencias psicológicas de las patologías y de las medicaciones que viene tomando: al menos el Galicia nos ocurre que en la primera resolución administrativa no las viene valorando, y hay que solicitar ya en la reclamación previa la toma en consideración de dichas alteraciones (de sueño, de comidas, de capacidad de concentración,...)

2.- La solicitud luego al Juez/a de lo Social de la asimilación a efectos del “ nº de ingresos hospitalarios”, de los ingresos en enfermería o de las asistencias médicas en el centro penitenciario por enfermedades provocadas por la carencia de defensas de la persona presa.

3.- Muchísima atención a si se trata de una situación posterior al Real Decreto o de una minusvalía que ya reconocida con anterioridad a la entrada del R.D. de 1999 y se trata, por tanto, de una revisión del grado de minusvalía, ya que en este último supuesto existen sentencias que consideran que si con anterioridad a la entrada en vigor del R.D. la persona tenía reconocida una minusvalía igual o superior al 33%, no es posible la revisión salvo en casos de mejoría, según la disposición Transitoria Única del RD en relación al artículo 11 de la misma norma. Os adjuntamos, Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela de 29.11.2001 en autos 387/2001, sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña en Autos 517/01 de 1.12.2001, y Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela de 17.01.2002 en Autos 206/2001, cuyo Fundamento de Derecho Único, os traducimos:

*“ UNICO.- La primera causa alegada por la actora para impugnar la Resolución de valoración de la minusvalía radica en determinar si con la revisión de dicho grado la demandada incumplió lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única del RD 1971/99 de 23 de diciembre en relación con lo dispuesto en el artículo 11 de la misma norma. La referida Disposición Transitoria única dispone la exención de nuevo reconocimiento para los declarados minusválidos en un grado igual o superior al 33% con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Real Decreto, con arreglo al procedimiento establecido en el real Decreto 1723/1981 e 24 de julio, los cuales no precisarán de un nuevo reconocimiento. Del tenor de dicha norma se desprende que queda excluida de la necesidad de un nuevo reconocimiento las situaciones de minusvalía superiores al 33%, recibiendo un reconocimiento automático, algo así como una homologación sin mayores requisitos, sin duda atendiendo a su gravedad. Alega la demandada que debe tenerse en cuenta que el inciso final de la disposición transitoria señala” ello sin perjuicio de las posibles revisiones que, de oficio o a instancia de parte, sean procedentes realizar posteriormente”. La correcta comprensión de esta norma, a nuestro juicio, supondría que: con la entrada en vigor del RD 1971/1999 automáticamente se homologan las declaraciones de minusvalías superiores al 33% realizadas al amparo del RD 1723/1981 de 24 de julio. Consolidado este reconocimiento, cabe la revisión de estas valoraciones en los supuestos y siguiendo el procedimiento previsto en el RD.1971/1999, y por lo tanto, y de acuerdo con el artículo 11.1 del mismo, cuando se prevea una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento. Esto significa que conculca las normas citadas la revisión que de oficio hace la administración tras la entrada en vigor del RD 1971/1999 pues en realidad no se trata de revisar por mejora de las circunstancias un grado de minusvalía consolidado en base a lo dispuesto en la Disposición Transitoria, sino de la aplicación del nuevo baremo retroactivamente, y por lo tanto incumpliendo la homologación y consolidación dispuesta , equiparando el tratamiento de las minusvalías de grado inferior y superior al 33% y dejando sin efectividad lo dispuesto en la Disposición Transitoria. Que esta fue la actuación de la Administración se comprueba si se observa que en su actividad revisora no intenta justificar que existió una mejora de las circunstancias que permita la aplicación del artículo 11 del RD, limitándose a aplicar las categorías del nuevo baremo desde la entrada en vigor de éste como si los antiguos reconocimientos de minusvalía superiores al 33% no gozaran del amparo de la Disposición transitoria. Se considera que esta actuación constituye un fraude a lo dispuesto en la norma, al suponer la aplicación retroactiva del baremo a supuestos excluidos de esta eficacia retroactiva y en consecuencia, se trata e un acto administrativo sin amparo legal (...) Resulta dramático que en estas circunstancias la administración se atreva a aseverar que existe una mejora global de la situación del enfermo aplicándole un baremo más restrictivo que el que en su día valoró su situación médica y social, con los efectos desocializadores y desestructuradores al privarle del derecho a percibir*

*una prestación que le ayude a sobrellevar tal angustiosa situación vital. Esta juzgadora no va a dar amparo a tal actuación administrativa, por las razones legales expuestas, y por un profundo rechazo a acoger tan injusta decisión con efectos socialmente tan dañosos.(...)”*

## **5.- AYUDAS ASISTENCIALES EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.**

La CIRCULAR 8/1998 de 20 de Abril, sobre ayudas económicas a internos y liberados, aunque se escapa a nuestro tema de estudio, hemos considerado interesante incluirla, puesto que como un otro punto nos hemos referidos, el subsidio de desempleo para el liberado de prisión viene condicionado al mes de espera.

Esta Circular recoge ayudas y prestaciones que se pueden otorgar a los internos, a los liberados condicionales y a las familias de unos y otros para favorecer su reinserción social.

La dotación presupuestaria determina el límite de estas ayudas hasta donde llegue) y el órgano gestor el el O.A. Trabajo y Prestaciones penitenciarias.

Dichas ayudas son:

1.- Ayudas asistenciales a liberados condicionales, reclusos y familiares de ambos, cuando los servicios oficiales no se hubieren podido hacer cargo.

Son ayudas puntuales que no pueden exceder de las 50.000 pesetas

2.- Ayuda a liberados condicionales o definitivos en el momento de la excarcelación. ( art. 17.4 LOGP)

Puede incluir: dinero para pernoctar si fuera necesario, dinero de bolsillo, con límite de 3000 ptas, coste del medio de transporte y coste de gastos extraordinarios de asistencia personal

3.- Ayuda de gastos funerarios de reclusos y liberados condicionales fallecidos sin recursos, y que la familia no pueda hacerse cargo de los gastos funerarios.

Límite máximo de esta ayuda es de 175.000 ptas.

4.- Ayuda para la gestión de documentación a todos los internos/as que carezcan de ella ( DNI o pasaporte).

Se exige que se carezca de la documentación y de peculio suficiente. Cubre el costo de los documentos y fotografías.

5.- Ayuda a los gastos de matriculación o académicos para enseñanza, siempre que no estén cubiertos por sistema de becas de las administraciones públicas

y siempre que respondan a programas priorizados por el organismo autónomo. Se abonarían los gastos académicos y complementarios de la enseñanza ( certificados, seguros,..) y los gastos de estudio de la no reglada.

6.- Ayuda a los que no perciben subsidio, tanto internos como liberados condicionales, para realizar cursos o actividades de formación e inserción laboral

De todas estas ayudas debemos señalar que el requisito imprescindible es que existan fondos suficientes, y que son hartos discrecionales.

El sistema para solicitarlas por la persona presa, es el de cubrir un modelo que, se supone, existe en los centros penitenciarios: hecha la solicitud y previo informe de los Servicios sociales penitenciarios, decide sobre su concesión el Director de cada centro.

## **6.- SEGURIDAD E HIGIENE EN PRISIÓN.**

Desde que en el año 1995 se aprobara la Ley de Prevención de Riesgos Laborales por el Estado Español, trasponiendo directivas europeas, han pasado seis años, un largo periodo en el que sucesivamente se fueron añadiendo normativas de desarrollo: Reglamento de los Servicios de Prevención 1997, Reglamento de Lugares de Trabajo, Reglamento sobre equipos de trabajo, Reglamento de Adaptación a la administración de la normativa preventiva, etc.

Pero aún existiendo estos Reales Decretos persistían múltiples interrogantes a la hora de intentar aplicar la normativa preventiva en el campo de la Administración y mucho más en el ámbito específico de la Administración Penitenciaria, puesto que el Real Decreto de Adaptación a la administración (1998) no menciona la situación de las personas presas.

La peculiaridad del trabajo desarrollado en la cárcel implica numerosos problemas y dudas a la hora de desarrollar una planificación preventiva dirigida a los presos que desempeñan una tarea productiva en las prisiones en las que cumplen sus condenas. Y aquí empieza el primer problema: qué tareas, de las desarrolladas en las cárceles son las incluidas en el ámbito preventivo; se incluyen sólo los talleres remunerados o todos los que de algún modo son productivos, los destinos, se incluirían también dentro del ámbito normativo.

Como regla general y ateniéndonos a lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL art. 3, ámbito de aplicación), se exigen para considerar la inclusión en la normativa “ relaciones laborales reguladas en el Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores” y la relación laboral que tratamos SI está incluida en el E.T., puesto que se trata de trabajadores que prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominado empleador o empresario. Esta inclusión implica otra consecuencia importante para el ámbito penitenciario que estamos analizando y es

que los servicios realizados en prisión en los llamados talleres no productivos o en destinos que no sean remunerados quedarían , por la falta de remuneración, excluidos de la aplicación de la normativa preventiva. Serían presos que estarían, en este sentido, desprotegidos dentro de sus actividades.

Ahora bien, debe recordarse que al estar custodiados por la Administración, ésta les debe una obligación general de protección y sería responsable de cualquier accidente que sufrieran en el desempeño de tareas en prisión.

Por lo tanto, a partir de ahora nos ceñiremos a presos que trabajen (en sentido legal) dentro de las cárceles, en talleres de los denominados productivos por la Administración penitenciaria.

Una vez delimitado los sujetos pasivos de la relación analizamos cual será el sujeto activo, el considerado en este caso empleador o empresario. Esta era una de las trabas que nos encontrábamos al intentar pedir responsabilidades por el incumplimiento. Lógicamente la dirección del trabajo penitenciario y atendiendo a la organización administrativa de este sector, recaería sobre el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, creado precisamente para dirigir esta faceta dentro de la administración. Pero, en sentido estricto, no existía norma alguna que manifestase esta responsabilidad, lo cual se soluciona con la publicación del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, que regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de seguridad social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

Resulta fundamental este Real Decreto, como veremos más adelante, a la hora de hablar de prevención dentro de las cárceles. Al leer el art. 2 del R.D. 782/2001, encontramos que “...empleador será en todos los casos el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias y Órganos Autonómicos equivalentes”.

Hemos definido un segundo punto, el organismo obligado a proteger a los trabajadores “presos” frente a los riesgos laborales será el O.A. Trabajo y Prestaciones Penitenciarias.

Tercer punto a definir: **MODELO DE ORGANIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PREVENTIVA.**

Los distintos tipos de organización de la actividad preventiva aparecen desarrollados en el R.D. 39/97 de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Según este Real Decreto, el empresario podrá optar por distintas modalidades que serían:

**A) ASUMIR EL EMPRESARIO LA ACTIVIDAD PREVENTIVA. Art. 11.**

Optar por esta modalidad supone que el empresario desarrolle habitualmente su labor en el centro de trabajo donde va a implantar la actividad preventiva y que la empresa no cuenta con más de seis trabajadores, además de tratarse de actividades no

incluidas en las enumeradas en el ANEXO I del Decreto. Ninguno de los dos primeros requisitos están presentes en el supuesto que estamos estudiando. El O.A.T.P.P. con sede central, no podría hacerse cargo de la totalidad de la actividad preventiva de sus centros penitenciarios y además todos ellos, aunque fueran considerados individualmente, superan con creces, los 6 trabajadores.

**B) DESIGNAR A TRABAJADORES QUE PUEDAN REALIZAR TAREAS PREVENTIVAS EN LOS DISTINTOS CENTROS DE TRABAJO. Arts. 12 y 13 R.D. 39/97**

Para la adopción de esta modalidad los trabajadores habrán de estar formados adecuadamente (las funciones y niveles de cualificación están especificados en el Capítulo VI del mismo Real Decreto). Trasladando estas exigencias al ámbito penitenciario, los distintos centros habrían de contar en sus talleres con presos designados (hablando siempre en términos de voluntariedad) con la formación preventiva adecuada al trabajo que en ellos se desenvuelva, los medios y el tiempo adecuados para llevar a cabo una correcta planificación de la actividad preventiva. Todo ello supondría un PLAN FORMATIVO diseñado en función de las actividades que se realicen en cada taller productivo y una inversión en medios muy elevada para lograr una correcta implantación de esta modalidad.

**C) CREACIÓN DE UN SERVICIO DE PREVENCIÓN PROPIO Art. 14.**

Este modelo resulta obligatorio para empresas que cuenten con plantillas de más de 500 trabajadores, por lo tanto, estaríamos en este supuesto. Pero si designar trabajadores que desempeñen la actividad preventiva deriva una fuerte inversión, el organizar un servicio de prevención propio implica una multitud de exigencias: contar con al menos dos técnicos en dos de las especialidades previstas en el art. 34 del Reglamento; medicina del trabajo, seguridad del trabajo, higiene industrial, y ergonomía y psicología aplicada, contar además con equipos, instalaciones, incluido el deber de superar una auditoría acerca del buen funcionamiento del sistema preventivo cada cinco años.

D) La última de las modalidades admitidas en el Reglamento de los Servicios de Prevención (Art. 16) como adecuadas en la organización preventiva de las empresas, sería la de contratar servicios de prevención ajenos.

Pero la elección entre estas modalidades queda limitada por lo dispuesto en el reciente Real Decreto que regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios; en su capítulo VI dedicado a la Organización del Trabajo, art. 11.5ª dispone “...en el caso de que el trabajo se organice en colaboración con personas físicas o jurídicas del exterior éstas vendrán obligadas a asegurar que se cumplan las obligaciones de evaluación de riesgos y planificación de la prevención en el trabajo conforme a la ley de prevención de riesgos laborales”.

De esta previsión legal se deriva que la administración penitenciaria y en concreto el O.A.T.P.P. deriva sus obligaciones preventivas como empleador a las

empresas con las que colabora. Además, y como ya advertimos, únicamente el R.D. contempla la relación laboral especial existente entre el OATPP y los internos que desarrollen una actividad laboral en los talleres productivos o...quienes cumplan penas en beneficio de la comunidad. qué ocurre con el resto de los talleres que existen en nuestras cárceles y que no son remunerados o talleres meramente formativos. Teniendo en cuenta además que la actividad que desarrollan comprenden en general cierta peligrosidad puesto que se ocupan de tareas tales como carpintería, molduras, encuadernaciones, etc.. Que ocurre con los destinos que cumplen muchos de los presos en cocinas, limpiezas de distintas zonas, mantenimiento,..

Excluye específicamente el art. 1 del R. Decreto “ relación laboral de internos en régimen abierto, diferentes modalidades de ocupación no productiva, estudio y formación académica, ocupaciones que formen parte de un tratamiento, prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento, artesanales y artísticas.”

Por lo tanto, y como conclusión, en cuanto al tema organizativo, aunque el real Decreto deriva obligaciones, sus obligaciones, dudamos mucho que esto suponga derivar responsabilidades. Como ya se disponía en la normativa base, LPRL, art.95, no se han tenido en cuenta las especificidades del sector a que nos estamos refiriendo, quedan ámbitos vacíos de protección y de espaldas a la Ley.

Una vez elegido el modelo organizativo habrá que observar si en la práctica este modelo funciona, si existe una correcta planificación preventiva. Este es uno de los principios básicos que ha de contener toda acción preventiva. Planificación, art. 15 LPRL supone buscar un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales, y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.

En sentido estricto, QUÉ DOCUMENTOS Y ACCIONES CONCRETAS comporta este deber general:

#### 1º) EVALUACIÓN DE RIESGOS LABORALES. Art. 16 LPRL.

Aunque en este sector sea un deber que ha de cumplir la empresa exterior, ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la actividad, el lugar donde se realiza y aquellos trabajadores que por sus características especiales estén expuestos a riesgos especiales. Se tiene realmente en cuenta el carácter especial del colectivo de presos. Además habrán de hacerse controles periódicos de la efectividad de las evaluaciones.

#### 2º) EQUIPOS DE TRABAJO Y MEDIOS DE PROTECCIÓN. Art.17 LPRL

Estudiar si suponen riesgos específicos para la seguridad y salud de los trabajadores y entregar, en su caso, equipos de protección individual a los presos.

#### 3º) INFORMACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES. Artículo 18.

Supone éste un deber general de las empresas que han de comunicarse habitualmente con sus representantes de personal. En nuestro supuesto éstos no existen y por ello la LPRL alude a que a falta de representantes de los trabajadores, la información, consulta y participación ha de realizarse con todos los trabajadores individualmente.

#### 4º) FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES. Art.19 LPRL

El empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica suficiente y adecuada en materia preventiva.

#### 5º) MEDIDAS DE EMERGENCIA .Art.20 LPRL

#### 6º) RIESGO GRAVE E INMINENTE. Art.21 LPRL

#### 7º) VIGILANCIA DE LA SALUD. Art.22 LPRL

Es importante incidir aquí puesto que la Ley dispone que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con la salud.

#### 8º) COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES. Art.24

#### 9º) PROTECCIÓN DE TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A DETERMINADOS RIESGOS. Protección de la maternidad. Art. 26 LPRL

De lo anterior debe llegarse a la conclusión de que el Real Decreto 782/2001 se revela insuficiente a la hora de orientar la actividad preventiva dentro de la prisión. Lo que suponía acabaría con el vacío normativo en este campo concreto deriva las obligaciones preventivas a las empresas que contraten en el OATPP el desempeño de determinadas labores profesionales. Y resulta incorrecta esta delegación porque la propia Ley de Prevención de riesgos Laborales dejaba clara la responsabilidad irrenunciable del empresario principal; tanto si se contrata o subcontrata con otra empresa, reafirmando esta opción incluso cuando se trata de empresas de trabajo temporal en relación a sus empresas usuarias.

Con esta delegación de responsabilidades se marginan las tareas realizadas por los presos en talleres no remunerados o en los distintos destinos. Estas actividades quedan absolutamente desprotegidas.

Al decidir la delegación de las tareas preventivas (para nosotros no ajustado a la normativa) se omite la opción por un modelo organizativo preventivo, que en el caso de las prisiones pasaría por la creación de un servicio de prevención propio. Consideramos que esta sería la opción más ajustada a la realidad penitenciaria española, con gran número de talleres productivos en nuestras cárceles que previsiblemente aumentarían (el volumen de facturación del conjunto de los talleres

en el año 94 fue de 1.564 millones de ptas, según datos de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios.)

Además debería planificarse adecuadamente la política preventiva con un plan formativo para los presos-trabajadores, sólo así se conseguiría trazar de modo adecuado un modelo de gestión de la prevención para este colectivo tan específico.

## **7.- ASISTENCIA SANITARIA Y PRESTACIÓN FARMACÉUTICA EN PRISIÓN:**

Como sucede siempre que nos enfrentamos al análisis de cualquier aspecto de la vida dentro de prisión, y aún cuando dicho análisis se realice desde un punto de vista técnico-jurídico, no cabe obviar una realidad que todo jurista que conozca aunque sea superficialmente la prisión constata empíricamente: la dura confrontación entre realidad y legalidad y lo que es más triste, la frecuente prevalencia de la realidad de la visión represiva que impregna la vida en la cárcel frente a las normas que pretenden conferir iguales derechos en materia de Sanidad y Asistencia farmacéutica al preso/a que al ciudadano en libertad. Y si esta constatación es triste para un jurista que sólo pisa durante unas horas la prisión y sin hallarse sometido a ese simpático eufemismo legal que es la relación jurídica penitenciaria, tenemos que suponer que para el preso y sobre todo para el “preso enfermo” esta confrontación y prevalencia implica un nuevo mecanismo de sumisión a la institución y algo más que un mero tema de debate entre juristas: una cuestión de supervivencia.

Por ello, antes de entrar en el análisis de la normativa de aplicación a la asistencia sanitaria y la prestación farmacéutica en prisión, no debemos olvidar que, como ha expuesto de forma magistral el profesor Rivera Beiras, los derechos de los presos/as se configuran como derechos devaluados, derechos que dibujan un estatuto de un ciudadano de segunda categoría; devaluación que deviene de la propia normativa, así como de su posterior aplicación. En este sentido, no va a ser una excepción a tal estatuto de “ciudadano de segunda” el derecho a la asistencia sanitaria y la prestación farmacéutica.

La normativa básica en materia de asistencia sanitaria y prestación farmacéutica es la que sigue:

LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA: art.36 a 40.

REGLAMENTO PENITENCIARIO: arts. 207 a 226

CIRCULARES, normas frecuentes en el medio penitenciario. Por no ser materia específica de análisis no haremos consideraciones acerca de la legalidad o ilegalidad de tales normas “no publicadas”, remitiéndonos al excelente trabajo en esta materia del profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, D. Carlos Aymerich Cano, publicada como separata en el anuario de dicha Universidad. Se citan así: CIRCULAR 11/98 sobre higiene

alimentaria, 12/98 sobre historial clínico, y otras instrucciones varias. Algunas de ellas de especial interés en materia de prestación farmacéutica.

Otras normas de aplicación son la LEY GENERAL DE SANIDAD 14/86 de 25 de Abril, y Ley 25/90 de 20 de Diciembre del Medicamento.

Antes de entrar en las cuestiones concretas a analizar no podemos dejar de ofrecer una visión general del estado sanitario de la población reclusa. Y ante el oscurantismo tradicional de la Administración Penitenciaria el instrumento a acudir no puede ser otro que el libro “MIL VOCES PRESAS” de los profesores Ríos Martín y Cabrera Cabrera.

En dicho informe (cuya fiabilidad es directamente proporcional al interés desmedido que mostró la Administración Penitenciaria en silenciarlo y deslegitimarlo) se dibuja una visión de conjunto del estado de la salud dentro de los muros de la prisión que se puede sintetizar en los siguientes puntos:

- a) el 60% de los presos objeto de la encuesta dice tener la salud en una situación mala, muy mala o regular.
- b) El 26% del total de la muestra dicen tener enfermedades “serias”. El 59% de ellos, a su vez, se refiere al hablar de enfermedad seria al “SIDA”.

Así mismo, el “Informe técnico sobre la situación de las cárceles”, elaborado por la Asociación Pro Derechos Humanos revela que más de la mitad de la población reclusa está gravemente enferma. Se señalan los siguientes datos, extraídos de una pregunta parlamentaria formulada por el diputado Sr. Aymerich Cano (Grupo Mixto, BNG), datos reflejados en dicho informe:

Enfermedades Pulmonares	7%
Enfermedades cardiovasculares	2%
VIH-SIDA	26%
Hepatitis	17%
Enfermedades Mentales	6%

Por no extendernos en demasía, baste decir que esta pregunta parlamentaria fue objeto de contestación por el Gobierno negando la certeza del informe.

No corresponde en todo caso a estas notas un análisis ni siquiera cuantitativo de la salud dentro de prisión. Basta lo expuesto para centrar la cuestión y situarnos ante la dura realidad de la salud de las personas privadas de libertad.

De forma más sistemática, abordamos ahora los aspectos objeto de análisis en estas líneas en relación a la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica en prisión:

#### I. EL MODELO DE ASISTENCIA SANITARIA. LA INTEGRACIÓN EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

El art. 209 del Reglamento Penitenciario define el modelo de atención sanitaria: “ La atención primaria se dispensará con medios propios de la Administración Penitenciaria “. Traducido del texto reglamentario, la atención primaria, los médicos y ATS que la prestan son “medios propios” de la Administración Penitenciaria; esto es, desde el punto de vista profesional, funcionarios y funcionarias integrantes de cuerpo funcional de sanidad penitenciaria (funcionarios del Ministerio de Interior) y por ello, obviamente, no son profesionales del servicio nacional de salud o del autonómico correspondiente.

Podría estimarse que el análisis del modelo de atención primaria peca de “burocrático”, de mera cuestión técnica y que carece de relevancia práctica. Que se trata de una opción meramente administrativa, todo lo mas por cuestiones presupuestarias. Pero es absolutamente incierto. Hasta las normas “aparentemente” más técnicas, carecen de dicha presunta neutralidad, y se dibuja tras de ellas intereses económicos, de poder o control. Y la opción por integrar por un modelo de atención sanitaria desgajada del sistema nacional de salud y, en concreto, de la atención primaria presentada por médicos funcionarios de Instituciones Penitenciarias no va a ser la excepción.

Se postula, por tanto, la integración de la sanidad penitenciaria en el sistema nacional de salud.

Muchas son las razones que se invocan para tal integración. Se acompaña como muestra de ello, sendas comunicaciones en las Jornadas Nacionales de Sanidad Penitenciaria de Don Rafael Calvo y Don Pablo Saiz de la Hoya.

Pero como los redactores de estas líneas trabajamos en la defensa (quizá, si se nos permite la paráfrasis en la reivindicación jurídica) de los derechos de los presos/as nos interesa sobremanera destacar la gran ventaja que tendría la integración de la sanidad penitenciaria en el sistema nacional de salud: acabar con el carácter corporativo de los médicos de prisión como funcionarios penitenciarios y desvincularlos de sus numerosas funciones regimentales.

No es esta cuestión baladí o menor; los abogados/as que han tenido que afrontar algún tema sanitario dentro de prisión saben que literalmente la relación preso/a, médico de prisión se plasma en la frase siguiente: “*Yo soy tu médico, no tu carcelero*”. Y sin dudar del compromiso ético de los profesionales de la Sanidad Penitenciaria, lo cierto es que es imposible, por mor de la propia redacción legal y reglamentaria así como de la dependencia jerárquica de estos profesionales de la Subdirección General de Instituciones Penitenciarias realizar tal esquizoide separación entre el papel de médico y el de funcionario en cometidos regimentales.

En fundamentación de esta afirmación bastaría la lectura del Reglamento Penitenciario, donde se constatan las numerosas funciones regimentales de los médicos de atención primaria de la prisión. Así, el art. 72.2 del Reglamento Penitenciario exige la visita diaria del médico en los casos de aislamiento provisional. Pero esto, lejos de ser una garantía determina la emisión de unos informes del profesional médico que con frecuencia se limitan a consignar el “*sin*

*novedad*” y que no hay riesgo para la salud del preso/a en continuar con la medida de aislamiento. La práctica es más descarnada, si cabe, que la legislación a la hora de mostrar la imposible separación del funcionario con cometidos regimentales y el garante de la salud del preso.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de A Coruña dictó Auto de 3 de Diciembre de 1999, en expediente 9108/99 en el que estimó no ajustado a Derecho la aplicación del esposamiento (en lenguaje políticamente correcto, “*medio coercitivo de sujeción mecánica*”) desde las 13 horas del día 5 de noviembre de 1999 hasta las 11 horas del día 9 de noviembre. El juez no hizo más que reconocer lo evidente: que mantener casi cinco días a una persona esposada es declarar la ley de la impunidad para la tortura en un módulo de aislamiento. Pero lo que fue evidente para el Juez y el Fiscal de Vigilancia Penitenciaria no lo fue para los funcionarios penitenciarios y médicos (garantes de la salud del preso) de la prisión en que se produjeron estos hechos que en informes firmados por funcionarios médicos el 6, 7 y 8 de noviembre recomendaron que se mantuviera la sujeción mecánica). El día 9 de noviembre se emite informe por tal profesional médico en que se dictamina que no se aprecia agresividad, o que esta es “larvada, pero menor que el de días atrás” (sic) ¿¿??. Entonces se retira la sujeción mecánica a los presos. Se les desesposa después de casi cinco días en esta situación. Esto sucedió en Galicia hace dos años, no hace treinta años.

No se pretende elevar a categoría un caso determinado. si se quiere poner de manifiesto que este mismo profesional que avaló la intolerable situación de esposamiento de tres personas durante casi cinco días es el mismo funcionario médico que debe velar por la salud de estos tres mismos presos, así como de todos los demás.

¿Posibilidad de escindir funciones regimentales de la praxis médica?. En todo caso, es manifiesto como la cultura del funcionario de vigilancia impregna la actuación de estos profesionales médicos y los citados informes que aconsejaban el mantenimiento de la sujeción mecánica iban firmados por los “SERVICIOS MÉDICOS CP” y no por un médico, ni siquiera por su número de funcionario-médico-penitenciario.

Se reitera que esto no es una crítica de contenido ético a la actuación puntual o genérica de los médicos de prisión, se trata del análisis crítico de un modelo que favorece la desnaturalización de la función del médico y ATS por la asunción de funciones represivas (o si se prefiere, regimentales) y que favorece la creación de un espíritu corporativo que limita la libertad del profesional sanitario, del mismo modo que cualquier profesional tendría que denunciar las incidencias de dicho espíritu de corporación en su quehacer cotidiano.

Otro aspecto jurídico-práctico que avalaría la bondad de un cambio de modelo sería la desaparición de la jerarquización de los médicos y su obediencia a las circulares e instrucciones de la Subdirección General de Instituciones Penitenciarias.

Por ejemplo: no se estima de recibo que exista una circular (CIRCULAR 01/2000/SA) que señale una serie de criterios uniformes para la emisión del informe médico para la aplicación del art.104,4 RP. (tercer grado por enfermedad grave). Y estimamos que no es de recibo porque supone una restricción de un profesional sanitario a la de calificar una situación patológica. Así, por ejemplo, tal circular afirma que: “ *se podrá emitir el informe en caso de infección por VIH en estadio A3, B3 o C*” (lo que por cierto, se incumple). Pues bien, circunstancias de cada paciente pueden determinar que un estadio A2 o B2 pueden presentar circunstancias especiales (difícil adherencia al tratamiento en prisión, etc...) que determinaran la conveniencia de emitir el informe para la concesión del tercer grado por enfermedad grave e incurable. No se olvide que dicha circular es vinculante para los funcionarios a los que va destinados (art. 21 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

Aunque se examinara en sede de prestación farmacéutica, las instrucciones de la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria excluyen, a veces, determinadas prestaciones farmacéuticas de su dispensación a los presos sin perjuicio de que hayan sido encomendados por el encargado de atención especializada. Pero, como ya anunciamos, volveremos a ello al analizar la prestación farmacéutica por la Administración Sanitaria Penitenciaria.

En CONCLUSIÓN: además de las numerosas razones que avalan la integración de la Sanidad Penitenciaria en el Sistema Nacional de Salud o en su correspondiente autonómico (en Galicia el Servicio Galego de Saude) de tipo económico, administrativo, burocrático, destacamos por nuestra parte:

A.- La ruptura de un modelo que favorece el sentimiento corporativo del personal sanitario como funcionario de instituciones penitenciarias.

B.- La supresión de realización de funciones regiminales por personal médico-sanitario.

C.- La eliminación de la jerarquización a un órgano político centralizado tal cual es la subdirección general de instituciones penitenciarias.

D.- Por último, y nos detendremos al analizar la prestación farmacéutica, las disfunciones que se producen al pertenecer a diferentes administraciones los profesionales de la medicina especializada y los de atención primaria, con diferentes criterios en ambas administraciones en cuanto a la dispensación farmacéutica.

Estimamos, por ello, que en tanto no se proceda a esta importante reforma el texto del art. 208 R.P. que afirma: “a todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población” no pasa de ser una mera declaración de principios.

## II .- EL ARTICULO 210 LA ASISTENCIA OBLIGATORIA EN CASOS DE URGENCIA VITAL. LA HUELGA DE HAMBRE.

No puede obviarse la referencia al art. 210 RP. Que consagra la posibilidad de intervención médico-sanitaria sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas.

La previsión del art.210 RP. Alcanza especial importancia en relación a la huelga de hambre, instrumento de resistencia en prisión frecuente. En esta materia, nos remitimos al análisis que de la jurisprudencia constitucional que se basa en este precepto realiza el profesor Rivera Beiras (la devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, Iñaki Rivera Beiras, JM. Bosch Editor 1997, páginas 277 a 282)., jurisprudencia recaída con ocasión de la huelga de hambre de los presos del GRAPO. Se admite, por tanto, la posibilidad de alimentación obligatoria en caso de huelga de hambre, con una clara invasión al contenido fundamental del art. 15 CE.

### III.- EL ART. 211. LAS INVESTIGACIONES MÉDICAS SOBRE PRESOS/AS.

El art. 211 establece que “...toda investigación llevada a cabo en prisión debe estar sometida a la aprobación de una comisión de ética o a cualquier procedimiento que garantice el respeto a estos principios (principios éticos en materia de investigación sobre seres humanos)”. Este precepto ha dado lugar a la emisión de la CIRCULAR 7/99 de 8 de Julio, sobre trabajos, investigaciones y estudios en el medio penitenciario que establece que será el Centro Directivo (DGIP) quien determine en cada caso si es necesario el concurso de dicha Comisión Ética.

Nos limitaremos a plantear dos cuestiones:

1ª.- Por qué insiste la administración penitenciaria en regular cuestiones tan sensibles por medio de circulares e instrucciones?. Estimamos que no es de recibo que sea una norma no publicada la que determine si debe intervenir o no la Comisión Ética, dejando la decisión final en manos del Centro Directivo, esto es, del control político centralizado sobre la vida en prisión, en una clara extralimitación de la CIRCULAR en relación al texto del art.210 RP.

2ª.- Por qué la preterición del garante de los derechos de los presos/as en esta materia?. Porqué, previa instrucción de expediente en que se recaben los dictámenes precisos, no se confiere al juez la decisión última sobre la autorización de estas investigaciones?. Es tan grosero el olvido del papel del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que estimamos la pregunta alberga implícita la respuesta..

### IV .- EL ART. 215. CONFIDENCIALIDAD DE DATOS CLÍNICOS.

Estimamos este punto de especial interés. El art. 215 establece una obligación de confidencialidad que obliga a los servicios médicos a equilibrios, si se nos permite la frivolidad, en el alambre, en la medida en que tengan que informar acerca de datos sanitarios. Para salvar tal difícil posición la Circular 01/2000 SA, sobre criterios para emisión de informe médico en caso de aplicación de los art. 104,4 y 196 RP. Señala que en caso de que el médico de prisión estime que el preso/a cumple los requisitos para la aplicación de tales preceptos “...el médico informará al

paciente sobre la procedencia de emitir informe médico sobre su estado de salud con vistas a la posible aplicación de los arts. 104,4 y 196,2 RP. Y salvo incapacidad del interno para ello solicitará su autorización mediante cumplimentación del 20 bis. Si el interno concede su autorización se emitirá informe...”.

Si bien formalmente se salva así la confidencialidad de datos por medio del consentimiento del interno, desde un punto de vista práctico, la prestación de dicho consentimiento es ineludible, ante la posibilidad de obtener la libertad condicional; esto es, más claramente, la prestación del consentimiento no puede calificarse de libre mas que en un sentido puramente formal.

Estimamos, por tanto, que en los supuestos del art.104,4 y 196 del Reglamento Penitenciario se salvaguarda el derecho a la intimidad del preso/a si el contenido del informe se limitara a informar que el presos/a presenta una enfermedad muy grave e incurable, sin que la Junta de Tratamiento tenga que constatar otra cuestión de tipo sanitario. Y que habría de ser el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en su caso, el que requiriera la ampliación del informe. En todo caso, ello apunta a una solución legislativa más profunda que pasaría porque en los supuestos del art.104,4 y 196,2 RP., de existir propuesta de los servicios médicos la competencia directa para la concesión del tercer grado y el consecuente inicio del expediente de libertad condicional debía ser competencia exclusivamente judicial, lo que situaría al Juez de Vigilancia Penitenciaria en una posición análoga, en estos supuestos, a la del juez o tribunal sentenciador ante la figura del art. 80.4 del código penal.

Fuera de este análisis somero del art. 215 RP., estimamos que las infracciones del principio de confidencialidad de los datos clínicos debían ser objeto de una regulación más detallada.

#### V .- EL ART. 218. LA CONSULTA O INGRESO EN CENTROS EXTRAPENITENCIARIOS.

Los párrafos 218,1 y 3 RP. a pesar de su apariencia “neutra” o meramente técnica son de considerable trascendencia. Hacen referencia al supuesto en que un preso/a requiera ingreso o consulta en centro sanitario externo. En este caso, el médico o servicios médicos lo comunicaran al Director para efectuar el traslado.

¿Qué sucede si el Médico de Atención Primaria del CP: estima que no procede la consulta en centro extrapenitenciario (normalmente consulta especializada) ¿. El art.218 RP. No prevé tal eventualidad. Se podrá decir que tampoco en el sistema nacional de salud el ciudadano/a acude directamente al Especialista sin el filtro previo del Médico de atención primaria y que este puede estimar que no es precisa la atención especializada.

Pero ello no es más que una comparación hecha fuera del ámbito carcelario. El ciudadano en libertad dispone de mecanismos variados (si bien, no los deseables) para formular reclamaciones. El médico del ciudadano en libertad no ostenta funciones regimentales y una airada discusión con el no da lugar para el ciudadano en libertad a la incoación de expediente disciplinario. Nuestro ordenamiento sanitario

reconoce la libre elección de médico (RD 1575/93, de 10 de Septiembre para la atención primaria), lo que es impensable para el preso/a. Y en definitiva, la tan manida relación de sujeción especial o relación jurídica penitenciaria a la que se recurre para justificar (eso sí, de forma implícita) las más variadas e ilegales restricciones de los derechos de los presos/as impiden considerar análoga la situación de un preso al que se niega la asistencia especializada que la de un ciudadano libre en idéntica situación.

La solución no es fácil: pasaría por la articulación de un cauce específico para interesar esta petición ante el especialista y que tomara la decisión que sería vinculante para el médico de prisión y la Dirección del CP. Esperar tal reforma reglamentaria sería una ingenuidad dado que supondría una quiebra del poder de la prisión sobre el preso/a, poder que abarca todas las esferas de su vida en la cárcel (la salud también). Y aunque el médico especialista actuara por criterios médicos no es difícil imaginar que cualquier alteración regimental que se produjera iba a ser imputada a este profesional externo. De todas formas no hay que olvidar que se trataría de un supuesto excepcional.

Con el actual ordenamiento, la posibilidad prevista es el recurso (para el que pueda costearlo) a la medicina privada (art212,3 RP). O actuaciones puntuales, como alguna de la que han tenido conocimiento esta Comisión, en que el profesional Especialista sanitario ha interesado a los servicios médicos del Centro Penitenciario la consulta especializada “motu proprio”.

#### VI.- LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA. ESPECIAL REFERENCIA A CASOS CONCRETOS DE ANTIRRETROVIRALES.

Según el art. 209,3 RP: “la dispensación farmacéutica y las prestaciones complementarias se harán efectivas por la administración penitenciaria, salvo en lo relativo a los medicamentos de uso hospitalario y a los productos farmacéuticos que no estén comercializados en empaña”.

La prestación farmacéutica, por tanto, se hace efectiva por la Administración Penitenciaria, esto es, a cargo del presupuesto de la Subdirección General De Sanidad Penitenciaria y no con cargo al presupuesto del servicio nacional de salud o autonómico correspondiente.

Pues bien, de nuevo una norma neutra da lugar a una serie de disfunciones en la efectividad de la prestación farmacéutica y niega de forma radical la bienintencionada declaración del art. 208 que afirmaba que se garantiza al preso una asistencia médico sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población. Los problemas se plantean, en las disfunciones entre asistencia especializada (ajena a la sanidad penitenciaria) y la medicación recomendada por estos profesionales externos y la efectiva dispensación farmacéutica realizada por los profesionales de la sanidad penitenciaria. Planteamos un caso concreto: por una Circular o Instrucción de Enero del 2001, (a la que hemos tenido acceso) se impone el uso de antirretrovirales diferentes de los más modernos que están dispensando los servicios

de enfermedades infecciosas de los servicios públicos de salud a las personas enfermas por infección de VIH.

Nos referimos a fármacos como determinados antirretrovirales que en su presentación farmacéutica disminuyen el número de pastillas a ingerir o bien la cápsula es de más fácil toma por ser de menor tamaño. Ello obviamente se toma por los pacientes y disminuye uno de los riesgos de fracaso de la terapia antirretroviral que es la adherencia al tratamiento, según han destacado los especialistas.

Esto es, a un enfermo en libertad el médico especialista le expedirá receta con estos nuevos antirretrovirales. Ahora bien a un enfermo en prisión una instrucción de un órgano centralizado le impide tomar tales medicamentos independientemente de que el médico especialista recomendara tal especialidad. desconocemos los motivos de la instrucción. los principios activos de las diferentes presentaciones son las mismas ahora bien, la presentación médica farmacéutica que no es equivalente para un preso enfermo que para una persona en libertad y enferma. Tal cuestión ha sido planteada en queja al juez de vigilancia Penitenciaria de Galicia, desconociéndose a la fecha la resolución de la misma.

No son estos hechos aislados: esta Comisión ha tenido conocimiento de problemas en la dispensación de complementos vitamínicos recomendados por el Médico especialista, siendo sustituidos por otro (queja planteada al Juez de Vigilancia Penitenciaria de Galicia en Agosto 2001, aún sin resolución).

No parece, por tanto, que el modelo de atención sanitaria salvaguarde la igualdad del preso co el enfermo libre en materia de prestación farmacéutica.

## VII .- EL TERCER GRADO Y LA EXCARCELACIÓN POR ENFERMEDAD GRAVE E INCURABLE: ALGUNAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS. SIDA Y CARCEL.

Es inevitable al referimos a la enfermedad grave e incurable en prisión pensar en el SIDA dentro de los muros de prisión; ya se citó anteriormente el informe técnico sobre la situación de las cárceles elaborado por la Asociación Pro Derechos Humanos que revela que padecen VIH-SIDA el 26% de la población reclusa. No es la única enfermedad (es elevadísima la frecuencia de las tuberculosis, hepatitis, etc...) pero si es cierto que el SIDA en la cárcel supone, sise nos permite “una pena de muerte” a la que la Administración Penitenciaria no está respondiendo con la premura suficiente por medio de la aplicación de los mecanismos del tercer grado y de la excarcelación por enfermedad grave.

No implica ello que la sociedad no deba asumir su responsabilidad por la ausencia de centros y casas de acogida para enfermos de SIDA, pero en todo caso, el movimiento social que la irrupción del SIDA supuso, con la creación espontánea de comités de muy diversa orientación y visión social e ideológica supone un fenómeno sin precedentes en el movimiento asociativo y que no ha tenido eco suficiente en la Administración y específicamente, en la Administración Penitenciaria.

Afrontar todas las implicaciones del SIDA en la cárcel excedería del marco de estas notas sobre la sanidad penitenciaria. por ello, por su análisis multidisciplinar, nos remitimos al dossier sida-carcel de la Coordinadora de Solidaridad Con Las Personas Presas, publicado en el nº1 de la nueva época de la revista Panoptico (Semestre 1º 2001, pags. 171 a 204).

Pero, en todo caso, no podemos dejar de afrontar en estas líneas los problemas que enfrentamos en las solicitudes de excarcelación por enfermedad grave e incurable, no sólo desde el punto de vista del fondo o sustantivo sino también en materia de procedimiento.

***A.- La vinculación de la petición del art.104,4 al plazo máximo de los seis meses para dictar resolución de clasificación.***

El art.105 RP. Establece que la clasificación se revisara “cada seis meses...como máximo”. Pues bien, en la jurisdicción del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Galicia este plazo ha sido interpretado con un automatismo absoluto, de forma que las solicitudes de clasificación presentadas en el intermedio de este plazo de seis meses, no eran analizadas por la junta de Tratamiento que dictaba acuerdo sin entrar en el fondo. Y cuando se recurría al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria dicho acuerdo era declarado ajustado a Derecho, debiendo esperarse al citado plazo máximo de seis meses. Es obvio decir que cuando se interesaba la clasificación en el interregno de los seis meses era porque existía un hecho objetivo nuevo que no había sido tenido en cuenta en la anterior clasificación. Pues bien, ello acaece también en los supuestos en que se interesa la revisión de la clasificación antes de los seis meses por los parámetros del art. 104,4 RP. Con lo cual con el deterioro que puede sufrir en su salud un enfermo en pocos meses (a pesar de las terapias antirretrovirales) se pierden unos meses en tramitación burocrática que no acertamos a explicar.

***B.- La concesión del tercer grado por la vía del art. 104.4 RP y la elevación del expediente de libertad condicional:***

La regulación de la concesión de la libertad condicional por enfermedad grave e incurable prevista en el art.196 del RP. Es notoriamente defectuosa. Parte de un a-priori absolutamente irreal: que todo preso que se halle en situación de enfermedad grave e incurable va a hallarse en situación de enfermedad grave e incurable va a hallarse clasificado en tercer grado de forma absolutamente necesaria. con lo que, la concesión del art. 196 RP se trataría de una mera aprobación del expediente, o en su defecto, el planteamiento de la queja al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para que aprobara la elevación del mismo.

Pero ello es absolutamente irreal. Por medio de esta confusión de ambas instituciones (art. 104,4 y 196 RP.) Se introducen criterios de seguridad, retribucionistas y de pura “venganza social” en la figura de la libertad condicional por enfermedad grave.

La realidad (al menos, la que conoce esta Comisión) es que el preso/a enfermo la mayoría de las veces que se halla en situación de acceder al art. 196 RP. se halla aun clasificado en segundo grado. Clasificación en segundo grado que se mantiene por la Junta de Tratamiento o por el Centro Directivo y que ha de ser previamente recurrida para alcanzar el tercer grado y posteriormente interesar la aprobación de la libertad condicional. Dicho más claro: el centro directivo o la Junta de tratamiento puede dilatar en muchos meses el planteamiento de la libertad condicional del art. 196 RP, obligando a recurrir el mantenimiento en segundo grado al Centro Directivo y luego al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Y sólo de estimarse el recurso habrá de solicitarse el art. 196 RP y en caso de denegación (que aunque ofenda a la lógica, se puede producir) nueva queja al JVP: y nuevo transcurso de varios meses. Los dos titulares anteriores del JVP de Galicia venían dando una solución de compromiso a esta situación legislativa kafkiana, por medio de una interpretación generosa del criterio 63 de los criterios unificados de Jueces de Vigilancia Penitenciaria VII, reunión noviembre de 1994, que establecía: “ En los supuestos de aplicación urgente de la libertad condicional por enfermedad grave e incurable, no hallándose el interno clasificado en tercer grado, el Juez de Vigilancia podrá acordar dicha progresión de grado, sin propuesta previa del Establecimiento de la libertad condicional” (aprobado por mayoría).

Pues bien, como decimos, una interpretación “pro reo” de este Criterio había permitido que en supuestos de deterioro grave de la salud se admitieran por el JVP peticiones de aplicación de la Libertad Condicional por enfermedad grave e incurable sin que el preso/a estuviera en tercer grado. El Juzgado no obligaba a recurrir previamente el grado, sino que acordaba la clasificación en tercer grado en mismo Auto de Libertad Condicional.

Estimamos que esta interpretación de los arts. 196 y 104,4 RP que hacían los magistrados que ejercieron sus funciones con anterioridad al titular actual del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de A Coruña era coherente con una interpretación sistemática de ambos preceptos dado que la clasificación en tercer grado del art. 104,4 RP debe ir unida, evidentemente, a la concesión del art. 196 RP, so pena de convertir las secciones abiertas de régimen abierto en auténticos “hospitales carcelarios de enfermos graves”. Y es una interpretación humanista, dado que no podemos entender que sólo sea de aplicación urgente la concesión de la Libertad Condicional cuando el tiempo estimado de vida del preso/a es de tres o cuatro meses. Por ello, una interpretación generosa de esa urgencia viene dada por la dilación inaceptable que supondría el recurso de grado en primer término y después la petición del art.196 RP.

A fecha de hoy, cuando se articula conjuntamente la clasificación en tercer grado con la concesión de la Libertad Condicional por enfermedad grave e incurable, justificando la urgencia en la gravedad del preso/a solicitante, el JVP ni siquiera entre al fondo, rechazando la petición por providencia, por no haberse agotado (por decirlo así) la vía previa al Centro Directivo.

Este criterio restrictivo del actual titular del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de A Coruña, desconociendo la realidad del atraso que acumula el

Juzgado, ha sido denunciada públicamente por la Asociación Presos Galiza y varios Comités anti-sida de Galiza.

Proponemos, obviamente, una reforma legislativa de forma que la concesión de la libertad condicional por enfermedad grave e incurable no vaya supeditada a que el preso se halle en tercer grado ( lo que desnaturaliza la función del art.196 RP al confundir requisitos de carácter humanitario con requisitos tratamentales-regimentales). Y, por tanto, que hallándose en situación de enfermedad grave e incurable un preso/a, pueda elevar directamente la petición del art.196 RP. Al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a fin de que este, previa comprobación que estime pertinente, ordene la inmediata formación de expediente de Libertad Condicional al Centro Penitenciario, y dicte resolviendo sobre el fondo del asunto. Las demás soluciones dibujan una figura jurídica (el art.196 RP) cuya principal funcionalidad es evitar la muerte dentro de los muros de la prisión (situación esta que no agrada en absoluto a la administración penitenciaria por mor de la estadística) excarcelando a los presos/as enfermos unas fechas antes de su fallecimiento.

Se plantearían más cuestiones en materia de aplicación del art.196 y 104.4 RP. Algunas ya apuntadas, como la crítica a que se marquen criterios rígidos por Circular en esta materia. Se estima, además, que es preciso dotar a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria con equipos técnicos especializados (no sólo el médico forense) o Convenios de Colaboración con los servicios autonómicos para aportar prueba pericial en estos expedientes. La necesidad que los Jueces de Vigilancia penitenciaria funden sus resoluciones en la utilización de categorías clínicas, como los criterios CDC de Atlanta en infección por VIH-SIDA o el Índice de Karnofsky. Cuestiones todas ellas que estimamos exceden de este análisis somero de la Sanidad Penitenciaria.

Concluimos: La realidad de la salud en prisión es una realidad dura que tiene a ser dulcificada por la Administración Penitenciaria. Hemos apuntado numerosas incongruencias de la normativa, pero no podemos dejar de indicar que la realidad es más cruda y descarnada que lo que estas notas pueden mostrar y sucinta profunda indignación entrar a una cárcel y comprobar el elevadísimo número de enfermos en su interior (no hemos abordado la enfermedad mental) y cuantos de ellos, aún con nuestra tímida legislación habrían de estar en libertad. Lo contrario supone una pena añadida, una pena, como ya están planteando estudiosos críticos a la versión pietista del penitenciarismo oficial corporal por la grave afectación a la salud del encierro en prisión.

En estas circunstancias afirmar que la prestación sanitaria y farmacéutica en prisión es equivalente a la del ciudadano en libertad mas que una inexactitud es un insultante sarcasmo.

Dibujando ese estatuto de un ciudadano de segunda categoría (Rivera Beiras), y sin intención de legitimar ni retroalimentar tal pésimo sistema, no podemos dejar de señalar una serie de medidas de choque en materia sanitaria:

- A).- Planteamiento serio y riguroso de una integración de la sanidad penitenciaria en el Sistema Nacional de Salud o en el autonómico correspondiente.
- B).- Separación de las funciones regimentales y sanitarias. El sanitario que asuma funciones de represión (véase, recomendar el esposamiento de una persona durante 56) no puede asumir funciones sanitarias de la población reclusa.
- C).- Creación de equipos de especialistas en medicina en el seno de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. ello, sea cual sea, el modelo de atención sanitaria.
- D).- Excarcelación de personas enfermas graves sin reparar en cuestiones regimentales o de tratamiento como la clasificación penitenciaria.
- E).- Articulación de medios de control de la actuación de los médicos de prisión por el colegio profesional. articulación de mecanismos que faciliten la prevalencia del criterio del especialista ajeno a la sanidad penitenciaria en materia de consulta externa, ingreso y prestación farmacéutica.
- F).- Eliminar el control jerarquizado de los profesionales sanitarios por la subdirección general de sanidad penitenciaria, en materia de asistencia sanitaria y prestación farmacéutica.
- G).- Ampliar el control jurisdiccional en materia como la realización de investigaciones médicas sobre presos/as.