

## Al Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo n 8

PASCUAL VARELA BALAY, Abogado, que actúa en nombre y representación de la Asociación PreSOS Galiza, tal y como consta acreditado en el recurso contencioso-administrativo **P.O. nº 73/2004**, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en derecho, DIGO:

Que, por medio del presente escrito y como recurso contencioso directo, deduzco DEMANDA contra las disposiciones generales siguientes:

1.- Circular emitida el 23 de Marzo de 2001, por la Subdirección General de Plan de Acción y Programas para Personas con Discapacidad del IMSERSO, sin que hasta la fecha se haya procedido a su publicación, denominada por la demandada como “Criterio emitido por el IMSERSO con fecha 23-3-2001 y remitido a todas sus Direcciones Provinciales y órganos gestores competentes en las distintas Comunidades Autonomas”

Esta norma versa sobre la “Acreditación del requisito de carencia de rentas por solicitantes/beneficiarios de PNC que se encuentren privados de libertad en centros penitenciarios”, por lo que modifica la regulación contenida en los arts. 11 y 12 del Real Decreto 357/91, de desarrollo de la Ley 26/1990, de 20 de Diciembre, sobre prestaciones no contributivas de la Seguridad Social.

Y, en este trámite, al amparo de lo dispuesto en el art. 34 y ss. de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, anuncio la **AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA** a las disposiciones generales siguientes:

2.- Circular emitida el 8-03-01, elaborada por la Secretaria de Estado de la Seguridad Social denominada “Criterio emitido con fecha 8-03-01 por la Secretaria de Estado de S.S.” sobre derecho a pensión no contributiva de quien está internado en un establecimiento penitenciario, ya que establece la modificación del Real Decreto 357/91 sobre prestaciones no contributivas.

3.- Circular de 24 de mayo de 1993 denominada “Criterio emitido por el INSERSO con fecha 24-05-93 y remitido a todas sus Direcciones Provinciales y órganos gestores competentes en las distintas Comunidades Autónomas”

obrante en las pág. 7 y 8 del expediente administrativo, normativa que originó la primera de las impugnadas.

Concurre en el presente caso los presupuestos para la ampliación que se solicita, ya que la ampliación es consecuencia del hecho nuevo del conocimiento de la existencia de las disposiciones que no han sido publicadas, de las que se tiene noticia por primera vez con ocasión del estudio del expediente remitido, (pág.s 7, 8 y 37, 38).

Además, se ha ampliado el recurso a las disposiciones antecedentes de la norma impugnada inicialmente, existiendo por lo tanto y de acuerdo con el art. 34 de la Ley procesal, una conexión directa entre las normas, evidente tanto por la concreta materia que tratan, como la razón de ser unas antecedentes de las otras, como por su falta de publicación y similar rango formal.

Las normas recurridas versan sobre la “Acreditación del requisito de carencia de rentas por solicitantes/beneficiarios de PNC que se encuentren privados de libertad en centros penitenciarios” y tienen como idéntica finalidad: modificar los criterios de acceso de la población reclusa minusválida, al derecho a percibir la Prestación no Contributiva de la Seguridad Social, alterando el régimen contemplado en los artículos 11 y 12 del Real Decreto 357/91, sobre prestaciones no contributivas de la Seguridad Social.

La demanda y ampliación que se formulan, tienen como fundamento los siguientes

## **HECHOS**

### ***Primero.- Fines y ámbito de actuación del colectivo impugnante.***

La recurrente, Asociación PreSOS Galiza, fue fundada en la ciudad de Santiago de Compostela en el año 1991, teniendo, entre otros, los siguientes fines:

- . El respeto de los derechos fundamentales en el sistema penitenciario.
- . Intervención frente a la grave incidencia del SIDA en la salud pública.
- . Acciones orientadas a evitar los efectos discriminatorios y estigmatizantes que el padecimiento de la Pandemia supone para las personas afectadas.

Concretamente, las actividades de la recurrente se enfocan hacia:

- . La población privada de libertad.
- . Personas particularmente aquejadas de padecimientos graves e incurables como son el VIH/ SIDA, la hepatitis, la tuberculosis, etc.

### **Segundo.- Antecedentes Procesales.**

Es necesario aclarar, con carácter previo, que la presente impugnación se dirige de forma directa contra las disposiciones generales citadas, inicialmente, contra la Circular de 23 de marzo de 2001 dictada por la Subdirección General de Plan de Acción y Programas para Personas con Discapacidad del IMSERSO y por vía de ampliación frente a la Circular de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, y Circular anterior de INSERSO.

El objeto del presente recurso son directamente las normas referenciadas. Ninguna de las cuales ha sido objeto de publicación, teniendo conocimiento de las mismas el recurrente con ocasión del examen del expediente administrativo de uno de sus asociados, durante la tramitación de la impugnación de resolución denegatoria de prestación no contributiva de minusvalía. Con respecto a las normas impugnadas por vía de ampliación ocurre algo similar, se tiene conocimiento de las mismas durante el examen del expediente administrativo remitido por la demandada. El recurso se interpone pues como recurso directo.

Por otra parte, señalar que algunos de los documentos incluidos en el expediente administrativo remitido, en concreto los folios 43 a 60, no se corresponden con el presente procedimiento, al cual han sido unidos de forma indebida. Dichos documentos pudieran inducir a confusión sobre el objeto del presente procedimiento ya que se refieren a un recurso de revisión del art. 102.2 de la Ley 30/92 instado por la demandante, el cual ha dado lugar a un procedimiento diferente, seguido ante el Juzgado Central núm. 10. No cabe confusión al ser distinto lo que es objeto de recurso, la denegación de solicitud de revisión de disposición general nula, y así, a pesar de haber sido incluidos por la administración en el expediente, no deben ser considerados a los efectos del presente pleito.

### **Tercero.- Identificación de las normas impugnadas.**

La Circular emitida por la Subdirección General de Plan de Acción y Programas para Personas con Discapacidad del IMSERSO, es denominada

por la demandada como “Criterio emitido por el IMSERSO con fecha 23-3-2001 y remitido a todas sus Direcciones Provinciales y órganos gestores competentes en las distintas Comunidades Autonomas” y versa sobre la “Acreditación del requisito de carencia de rentas por solicitantes/beneficiarios de PNC que se encuentren privados de libertad en centros penitenciarios”.

La norma recurrida modifica la regulación contenida en los arts. 11 y 12 del Real Decreto 357/91, de desarrollo de la Ley 26/1990, de 20 de Diciembre, sobre prestaciones no contributivas de la Seguridad Social.

Dicha norma viene sustentada en la Circular-Criterio de la Secretaria de Estado de la Seguridad Social de marzo de 2001 y en Circular-Criterio anterior, del año 1993.

En ninguno de los casos dichas normas fueron publicadas a pesar de haber afectado a los derechos de un numeroso colectivo de personas, minusválidos pensionistas/futuros beneficiarios internos en centros penitenciarios.

Las normas recurridas afectan gravemente pues a los intereses del colectivo de afectados representado por la recurrente, lo que le confiere una especial legitimación a la recurrente y también, una especial significación a este recurso.

Las disposiciones transcritas tienen idéntica finalidad modificar los criterios de acceso de la población reclusa minusválida del derecho a percibir la Prestación no Contributiva de la Seguridad Social, por lo que lesionan en igual medida los derechos prestacionales de las personas presas y minusválidas, modificando el régimen contemplado en los artículos 11 y 12 del Real Decreto 357/91, sobre prestaciones no contributivas de la Seguridad Social.

El recurso se ha ampliado a disposiciones que son antecedentes de la norma impugnada inicialmente, directamente conectadas tanto por la cobertura que unas se prestan a otras, por la materia que tratan como por la finalidad pretendida.

Entendemos que, por las circunstancias jurídicas expuestas, concurren razones suficientes para la admisión de la ampliación solicitada y para el enjuiciamiento en un solo procedimiento de la conformidad de las mismas con el ordenamiento vigente.

#### ***Cuarto.- Las disposiciones impugnadas son materialmente reglamentos.***

Como se desprende del expediente, el organismo autónomo bajo la directriz de sus órganos superiores con potestad reglamentaria, han

establecido “criterios de interpretación” bajo la forma de circular u oficio, imponiendo condiciones y requisitos limitadores del acceso a las prestaciones a la población minusválida reclusa, emitiendo de hecho auténticos reglamentos.

Las demandadas durante casi una década han limitado el acceso de la población reclusa al ejercicio del derecho a la Seguridad Social y a percibir las Prestaciones No Contributivas y, más recientemente, han establecido “deducciones” específicas de la cuantía final de la prestación “computando al efecto los gastos de manutención los derivados de la estancia en prisión”. No cabe la menor duda que tanto el IMSERSO, y su predecesor el INSERSO, así como la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, han regulado y modificado arbitrariamente la legislación vigente en materia de pensiones no contributivas.

De lo anterior resulta que bajo la apariencia de instrucciones internas y criterios interpretativos, se esconde una auténtica actividad reglamentaria sin sujeción a control jurisdiccional.

***Quinto.- Invasión de las competencias reglamentarias constitucionalmente atribuidas al ejecutivo, extralimitación de la demanda (art. 97. de la CE).***

No se ha respetado el procedimiento, dado que las disposiciones ahora impugnadas no han sido publicadas, tramitadas, ni promulgadas conforme a derecho. Tampoco consta la emisión de los preceptivos informes preceptivos. En el mismo orden de defectos, incidir en que la demandada carece de competencia para ejercer las potestades constitucionalmente atribuidas al poder ejecutivo, siendo “unicamente” el Ministerio de Trabajo o, si acaso, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, los órganos superiores de la Administración, quienes podían ejercer la potestad reglamentaria elaborando dichas normas cumplimentando las garantías y formalidades exigidas.

Señalar que, en un estado Social, Democrático y de DERECHO, la falta de publicidad de la norma legal supone una carencia de garantías inadmisibles, lesiva para el ordenamiento jurídico, vicios que se acentúan cuando la norma “secretada” afecta a los derechos primarios de la población más desfavorecida. Es inasumible y deberá ser anulada judicialmente.

***Sexto.- Reiterado incumplimiento por la Administración del trámite de Audiencia Pública en la elaboración de disposiciones generales. Vulneración del procedimiento de elaboración de reglamentos.***

Fijado el hecho de que nos encontramos materialmente ante Reglamentos que modifican derechos fundamentales, observamos que durante su elaboración la administración prescindió del procedimiento legalmente establecido, omitiendo injustificadamente el trámite de audiencia a las asociaciones y Organizaciones Non Gubernamentales. Actuando con manifiesta impunidad y negligencia, ya que no quiso oír a los colectivos afectados como el hoy demandante. Y ello tal vez, porque preveía el rechazo frontal que despertaría el conocimiento de esta norma vulneradora del status de minusvalías, de esta arbitraria manera de establecer criterios.

***Séptimo.- Las disposiciones impugnadas vulneran el derecho fundamental de la población reclusa al trabajo y a la seguridad social Art 25.2 CE***

Para colmo, la administración demandada no se contentó con saltarse el procedimiento de aprobación de disposiciones generales, sino que, además su falta de transparencia se proyectó directamente sobre el ejercicio de derechos fundamentales de los afectados.

Esta actuación ha provocado una situación caótica y de indefensión sin precedentes en las cárceles. Así, desde el 24 de mayo de 1993 hasta el 23 de Marzo del 2001, a miles de personas presas, enfermas, afectadas de minusvalías, con falta de medios económicos y conocimientos jurídicos, se les ha denegado sistemáticamente el derecho a percibir la PNC que les correspondería. Y ello, en aplicación de un Reglamento secreto, creado ad hoc para la población reclusa discapaz.

Igualmente, desde el 23 de Marzo de 2001 hasta la actualidad, a esas mismas personas presas, “ahora” se les practica sobre su prestación final la deducción de los gastos de manutención derivados de su estancia en prisión .

Supone una muestra de la actuación “oscurantista” de la demandada el hecho de que no haya informado a los afectados de forma colectiva ni individual a cerca de la existencia o aplicación de estas disposiciones.

Los/as ciudadanos/as presos/as a día de hoy aún no se han enterado del porque de esta lesión de derechos, y en su mayoría desconocen sus fundamentos o razones. Y lo que es mas grave, es que este desconocimiento ha motivado la *indefensión* de los presos/as y la consiguiente perdida de derechos.

***Octavo.- Efectos directos e indirectos causados por las normas recurridas, a las personas presas afectadas.***

No debe pasar por alto el dato de que durante el periodo 1993-2001, como resultado de las normas impugnadas, las personas presas que dejaron de percibir la prestación a las que hacemos referencia, se encontraban aquejadas de una minusvalias superior al 65 %, provocada mayoritariamente por el padecimiento de infecciones relacionadas con el VIH- SIDA, tuberculosis, hepatitis. Por lo que razonablemente sus necesidades vitales se encontraban multiplicadas.

Por consiguiente, la aplicación de las normas impugnadas, supuso de forma directa la retirada de ingresos a las personas enfermas y necesitadas, provocando con ello, amén de un efecto directo de falta de medios económicos, una merma en su calidad de vida; ya que la precariedad económica les ha limitado el acceso a productos de primera necesidad que la cárcel no aporta o que si lo hace es de forma deficitaria, impidiendo acceder a los pluses de alimentación, solo en ocasiones disponibles en los economatos penitenciarios. En definitiva la actuación recurrida supuso mermar la exigua economía de las personas más pobres y por lo tanto mas necesitadas.

Hay que destacar que los Juzgados y Tribunales de lo Social en la practica totalidad de las contadas ocasiones en han conocido de recursos en esta materia han censurado la practica seguida por las entidades gestoras de las prestaciones, anulando las resoluciones administrativas u condenando sistemática a la Administración al pago de las prestaciones indebidamente retiradas.

En cuanto a las personas presas a las que, desde marzo de 2001 se les practica la deducción de la cuantía de la PNC descontando los gastos de manutención, manifestar que dicha deducción carece de base legal o reglamentaria ya que:

En primer lugar, los gastos de manutención objeto de descuento no pueden ser en ningún caso considerados como ingresos disponibles computables ya que, ni el preso puede disponer de los mismos, ni tampoco tienen la naturaleza de ingresos asimilables a las rentas del trabajo, pues no deriva del ejercicio de actividades retribuidas, sea por cuenta ajena o propia. Puesto que la manutención dada al preso responde a un deber que pesa sobre la administración penitenciaria, como consecuencia de la situación de privación de libertad.

Por otro lado, no se debe pasar por alto que las cantidades y conceptos descontados no se corresponden con la “realidad diaria de la económica de las cárceles por término medio”, circunstancia inexistente, dada por supuesta en las normas recurridas, en las que se parte de la presunción de que lo descontado es igual a lo consumido por cada preso.

O dicho de otro modo, el equiparar el coste medio de manutención y alojamiento de una persona presa a un ingreso computable o renta de la que puede disponer la persona presa, y que, por esa presupuesta capacidad de disposición o gasto puede ser deducido de la cuantía de la prestación no contributiva a percibir es la mayor de las aberraciones jurídicas de los últimos tiempos. La norma recurrida realiza una pirueta en el vacío jurídico, pues es evidente que una cosa son los costes que tiene la Administración obligada a la prestación de un servicio público y otra bien distinta que quien es sujeto forzoso de dicho servicio público tenga la más mínima disponibilidad sobre ese gasto.

No pueden ser asimiladas a las rentas del trabajo pues no son el resultado de una actividad voluntaria del que las recibe dirigida a tal fin, sino que son percibidas a consecuencia de la mera permanencia en tal situación de privación de libertad, sin que tengan en modo alguno una intención remuneratoria o sustitutiva, ni existe plano de igualdad entre el que lo da y el que lo recibe.

Esta parte probará en el momento procesal oportuno que la media de gastos no se corresponde con la media de consumo real y que sé esta deduciendo lo que no se ha consumido.

Como argumento que refuerza, aún más, la incongruencia de la actuación de la demandada podemos citar el hecho de que en caso de encontrarse la persona presa minusválida y beneficiaria de PNC ingresada en la enfermería de la cárcel, se le practicara un descuento mayor sobre la cuantía de la PNC que al resto de los reclusos que en las mismas condiciones



de salud se encuentren en el módulo, y todo ello por encontrarse el enfermo en un servicio sanitario que resulta mas caro a IIPP. Por lo que, se supera el absurdo, ya que si el recluso necesita una mayor asignación económica para proveerse de suplementos alimenticios deberá rechazar todo tratamiento médico en la enfermería y permanecer en él modulo. Desgraciadamente, no es esta una situación de laboratorio, si no de una situación conocida en la cárcel, por lo que la aplicación de la norma conduce en ocasiones a abandonos de tratamiento provocados por la paradoja económica.

En conclusión, estamos ante una flagrante violacion del principio de legalidad, del derecho fundamental a la Seguridad Social de los penados, situacion que se debe valorar teniendo siempre presente la gran trascendencia que la norma ahora impugnada tuvo para con los derechos de toda una comunidad indefensa que se encuentra sometida bajo relacion jerarquica de especial sujeción.

***Noveno.- El reglamento impugnado, como norma creadora de un estatus de discriminación de los penados.***

Es evidente que la norma aprobada procede a regular la creación de un nuevo status de discriminación, un nuevo castigo, vulnerando con ello el principio non bis in ídem.

Dicha finalidad o resultado doblemente punitivo carece de amparo legal. La condena penal impuesta agota las finalidades de prevención general o especial impuestas, no siendo admisible un “plus punitivo” como el diseñado por la Administración en el presente caso.

Las normas recurridas deben ser anuladas por cuanto encierran, sin justificación válida, un estatus de discriminación de los penados, al imponer un “plus” de restricción de derechos, dirigido expresamente a las personas minusvalidas presas, a las que se impone una abdicación de derechos fundamentales.

Y, en definitiva, con las disposiciones reglamentarias recurridas se deja fuera de las cárceles los legítimos derechos sociales de las personas minusválidas presas que, de esta forma, pasan a ser ciudadanos de segunda sometidos a la economía sin ley.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

#### **.-Jurisdicción, competencia y procedimiento.**

La naturaleza de la disposición inicialmente impugnada de 23 de Marzo de 2001, y teniendo presente que el órgano autor de la misma se corresponde con la administración central del estado, determinan que el conocimiento de la presente impugnación reside en la Jurisdicción contencioso-administrativa.

En cuanto a la competencia objetiva, funcional y territorialmente corresponde al Juzgado Central de Lo Contencioso conforme a lo previsto en el art. 9 de la Ley 29/98.

Concurre ampliación del Objeto del presente recurso, alegada en el hecho ordinal tercero de esta demanda, incluyendo ahora las Disposiciones de fecha 24 de Mayo de 1993, aprobado por el INSERSO (pagina 8 y 9 del expediente) y a la disposición general elaborada por la Secretaria de Estado de la Seguridad Social (pag 37,38 expediente) con fecha 8 de Marzo de 2001.

Por ello, entiende la demandante que la competencia de ese Juzgado Central deberá ser revisada, inibiéndose necesariamente conforme a lo dispuesto en el art 11 de la Ley procedimental en la Audiencia Nacional, quien conocerá en única instancia de los recursos que se deduzcan contra disposiciones generales de los Ministros y Secretarios de Estado.

Asimismo el procedimiento deberá ser tramitado por los cauces del procedimiento ordinario regulado en los artículos 45 y SS del mismo texto legal.

## II

### **.-Legitimación.**

La Asociación demandante ejerce la defensa de los derechos fundamentales de la población reclusa conforme a lo dispuesto en el Artículo 19.1 de la LJCA 29/1998 de 13 de Julio.

La legitimación que ostenta la Asociación recurrente es pues, amplia, deriva de los fines y objetivos que motivaron su creación y siguen estando presentes en la actividad diaria de la misma, directamente relacionada con la lucha frente toda problemática relacionada con los derechos fundamentales de los penados, especialmente lo dispuesto en el art. 25 de la CE.

Nuestra legitimación deriva del trabajo cotidiano realizado, sobradamente conocido y reconocido. Existen numerosas resoluciones de la Administración demandada que reconoce explícitamente la legitimación del actor. Así pues, la Asociación recurrente, en cuanto parte del Movimiento Ciudadano Antisida, tiene sobrada y amplia legitimación para reaccionar en defensa de los intereses colectivos e individuales, de las personas enfermas, frente a las normas, actos, prácticas o conductas que vulneren o menoscaben sus derechos.

## III

### **.-Cuantía.-**

La cuantía del recurso es indeterminada, en función del objeto del mismo, y en atención a lo que se dispone en el artículo 42.2 LJCA.

## IV

### **.- Ampliación del objeto del recurso**

Visto el art. 36 de la Ley 29/98 Procedimental Administrativa por el que se establece la posibilidad de ampliar el objeto del recurso cuando “ antes de la sentencia, se dictare disposición o actuación que guarde con el que sea objeto del recurso en tramitación la relación prevista en el art. 34, el demandante podrá solicitar (la ampliación del recurso)”, y una vez examinado lo dispuesto en el art. 34 del mismo texto legal apartado 2 “lo serán

(acumulables) también las que se refieran a actos o disposiciones cuando unos sean reproducción y confirmación de los otros o exista entre ellos cualquier conexión directa”. Podemos considerar el Reglamento de 23 de Marzo de 2001 del IMSERSO, la Disposición de fecha 24 de Mayo de 1993, del INSERSO y la Disposición General elaborada por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 8 de Marzo de 2001, todos ellos reglamentos que guardan conexión directa y afectan en igual medida a los derechos prestacionales de las personas presas. Por lo que la pretensión de ampliación del objeto del recurso deberá ser estimada.

A los efectos de computar el plazo establecido en el art 46 de la Ley 29/98 se deberá establecer como “dies a quo” el momento desde que la demandante ha recibido traslado del expediente administrativo a fin de deducir demanda. Por tanto deberá operar el principio de buena fe que permita a la demandante superar la inseguridad jurídica dimanante de la falta de publicación formal de la norma sobre la que se quiere ejercer el control jurisdiccional citado.

V.-

### **.-Vicios del procedimiento.**

#### **V. 1- Análisis de la estructura y competencias de la administración demandada**

El Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (Imserso) es la entidad gestora de la Seguridad Social, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de la Secretaría General de Asuntos Sociales, dotada de personalidad jurídica, a la que le compete la gestión de las pensiones de invalidez no contributiva.

Creado por Decreto Ley 36/1978 de 16 de noviembre sobre gestión de seguridad social y empleo. La estructura básica del Instituto Nacional de Servicios Sociales (Insero) se reguló por Real Decreto 1888/1996 de 2 de agosto, se modificó por RD 140/1997 de 31 de enero transformando el Instituto de Servicios Sociales (Insero) por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (Imserso) adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de la Secretaría General de Asuntos Sociales.

El capítulo II del Real Decreto 140/1997 ha sido modificado por RD 238/2002 de 1 de Marzo sobre estructura orgánica y funciones del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales.

El artículo 2 del RD 238/2002 establece que el Imserso se estructurará

en los siguientes órganos.

1. De participación en el control y vigilancia de la gestión:
  - Consejo General.
  - Comisión Ejecutiva.
2. De dirección
  - Dirección general
  - Secretaría general
  - Subdirección general de planificación ordenación y evaluación
  - Subdirección general de gestión
  - Subdirección general de análisis presupuestario.

Además de los citados órganos de participación de los colectivos directamente afectados por al actividad del Instituto, son en el ámbito de las personas con discapacidad el Consejo Estatal de Personas con Discapacidad creado por Orden de 17 de junio de 1999.

El Real Decreto 238/2002 -de 1 de marzo- fija las funciones que corresponden al IMSERSO de acuerdo con la estructura mencionada en el apartado anterior. La Dirección General del Instituto asumirá las competencias de planificación, dirección, control e inspección de actividades, de ella dependerán las unidades con nivel orgánico de Subdirección General.

La Subdirección General de Gestión asume (entre otras) las competencias de: gestión de las pensiones de invalidez y jubilación en su modalidad no contributiva; la Subdirección General de Planificación Ordenación y Evaluación asume (entre otras) las competencias de elaboración de propuestas normativas en materia competencial del Instituto, la emisión de informes sobre normas y proyectos de ámbito nacional con incidencia en su área competencial. Ambas subdirecciones son herederas de la extinta Subdirección General del Plan de Acción y Programas para Personas con Discapacidad.

## **V.2- Analisis de la naturaleza de las disposiciones impugnadas, Criterios?, oficios?, consultas?? O reglamentos?).**

En cuanto a la **Disposición de fecha 24 de Mayo de 1993, emitida por INSERSO** (pag 8 y 9 del expediente), se trata a juicio de esta parte del primero de los reglamentos impugnados.

Examinemos sus antecedentes:

- El Inersero con fecha 13 de Abril de 1993, eleva consulta a la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades colaboradoras de la Seguridad Social (pag 1 y 2 del expediente) solicitando criterio de interpretación sobre la consideración de carencia de rentas en las personas privadas de libertad.
- El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con fecha 28 de Abril de 1993, contesta estableciendo criterios por medio de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades colaboradoras de la ss.ss. (pag 3 exp), realizando valoraciones de carácter material que serán rebatidas con posterioridad.
- El INSERSO con fecha 24 de Mayo de 1993, en aplicación de la consulta realizada establece los siguientes criterios
  - A) *“ dado el carácter personal e individual de las PNC, así como la finalidad a que se encuentra destinado su importe, puede establecerse la ficción de que este ultimo se corresponde con los costes de todo orden de la estancia de cada recluso en un establecimiento penitenciario, (...)”*
  - B) *“se procederá a la denegación de aquellas solicitudes de PNC en el que se produzcan estas circunstancias, fundamentando la misma en que el solicitante a tenor de la Ley 26/90 de 20 de diciembre no se encuentra en situación de necesidad protegible ya que las necesidades basicas son cubiertas por organismo público y en aplicación del art 12.2 del RD 357/91, pueden considerarse como ingresos sustitutivos cualquier otra percepción supletoria a cargo de fondos publicos y por tanto establecer que los recursos económicos del solicitante superan el limite establecido”*

Una vez examinada su naturaleza formal podemos determinar:

- Que el criterio fijado por el Inersero con fecha 24 de Mayo de 1993, sobrepasa el limite competencial del órgano directivo establecido en el RD ley 36/1978 de 16 de noviembre, ya que fija nuevos requisitos jurídicos (condiciones) para acceder a la prestación, creando una causa de denegación del derecho a percibir la PNC (ingreso en centro penitenciario). Requisitos inexistentes en la ley (LGSS) ni en el reglamento que lo desarrolla (RD 357/91), solo modificables por órganos

ejecutivos (Ministerio y Secretaría de Estado).

- El criterio establecido en 1993 por el Inverso se trata de “facto” de una reglamentación encubierta, que teniendo presente lo dispuesto en el art 24 de la Ley 50/97 del Gobierno, debería haberse tramitado por el centro directivo competente y tras los preceptivos informes haberse aprobado dicha modificación del RD 357/91 por el Consejo de Ministros.
- Es inadmisibles que pretenda justificarse esta limitación de derechos amparados en una supuesta interpretación particular del art 12 del citado RD 357/91, al considerar los gastos de manutención como ingresos supletorios a cargo de fondos públicos. Estamos por tanto ante una grave contradicción ya que se pretende asimilar dos conceptos antagónicos gastos e ingresos, con dos finalidades incompatibles cumplimiento de la pena y prestación estatal.

En cuanto al segundo de los reglamentos impugnados, se trata de la **Disposición elaborada por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 8 de Marzo de 2001**, (pag 37,38).

Examinemos sus antecedentes:

- Por el Director General del IMSERSO, Alberto Galeron de Miguel, con fecha 15 de febrero de 2001, se insta a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a la modificación del criterio de la Dirección General de Ordenación Jurídica y entidades colaboradoras (citado anteriormente) como criterio de aplicación en la gestión de las PNC.
- Por la Subdirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social se emite informe (Pag 39), estableciéndose como bienes o derechos de naturaleza prestacional la manutención de los pensionistas que ingresan en centros penitenciarios.
- Por Oficio de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 8 de Marzo de 2001, se incorpora el anterior informe “(...) *que representa el criterio de la secretaria de estado sobre el particular*”

Una vez examinada su naturaleza formal, podemos determinar que :

- La Secretaría de Estado, establece con supuesto respaldo jurisdiccional la consideración de bienes o derechos de naturaleza prestacional la manutención de los pensionistas que ingresan en centros penitenciarios.
- El citado Oficio no adecúa la actuación de la administración, sino que *“crea y modifica el articulado del RD 357/91”*, al considerar los gastos de manutención derivados del cumplimiento de una pena como *“bien o derecho de naturaleza prestacional”*. Asimismo establece de motu proprio que los gastos de manutención recogidos en la Resolución de la DGIP 26/6/99 son los que se deben computar a los efectos deducir sobre la cuantía final de la pensión, *“regulando”* así mismo los requisitos para su acreditación.
- Por lo tanto el oficio que fija criterios de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 2001 se trata en realidad de una reglamentación encubierta, que teniendo presente lo dispuesto en la Ley 50/97 del Gobierno, se debería haber tramitado obligatoriamente por el Consejo de Ministros a instancias del aludido, Secretario de Estado de la Seguridad Social, dado que se modifica el articulado del RD 357/91

En cuanto al tercero de los reglamentos impugnados, se trata a juicio de esta parte de un Reglamento aprobado con fecha de 23 de Marzo de 2001 del IMSERSO (pag 41,42)

Examinemos sus antecedentes:

- La Subdirección General del Plan de acción y Programas para personas con discapacidad, emite oficio de fecha 23 de Marzo dirigiéndolo a todas las CCAA y direcciones provinciales, sobre : *“Acreditación del requisito de carencia de rentas por solicitantes / beneficiarios de PNC que se encuentren privados de libertad”*.
- El Oficio añade el requisito de *“que con los ingresos de que pueda disponer el interesado se computará como ingreso personal los costes de manutención, cuya valoración por interno y día figura en la Resolución de la Dirección General de Instituciones penitenciarias de 26 de junio de 1999, puesto que esta valoración se establece (se según el centro penitenciario y distinguiéndose entre internos sanos , jóvenes y raciones de enfermería , con el fin*



*de acreditar el coste que de forma individual es computable como ingreso personal al solicitante”*

Una vez examinada su naturaleza formal podemos determinar que:

- La Subdirección General del Plan de acción y Programas para personas con discapacidad, va más allá de la disposición antes referida emitida por la Secretaría de Estado. Ya que no sólo establece normativamente la consideración de bienes o derechos de naturaleza prestacional la manutención de los pensionistas que ingresan en centros penitenciarios, arrogándose la potestad de establecer que el *“coste que de forma individual es computable como ingreso personal al solicitante”* (pag 42) .
- Por tanto el citado Oficio impugnado, también se trata de una disposición general sin rango de ley, que debería tramitarse previa elaboración del correspondiente expediente administrativo como modificación del RD 357/91.
- Sin embargo esta actuación excede la competencia de la Subdirección General del Plan de acción y Programas para personas con discapacidad, establecida en el RD 140/1997 de 31 de Enero, al crear *“su propio”* marco de condiciones para acceder al derecho prestacional universal.
- El IMSERSO establece la manutención como bien o derecho de naturaleza prestacional, asimilando el coste individual por preso como ingreso personal del solicitante. Lo que más que ficción se debe considerar una falacia , ya que resulta irónico pensar como asimilable la ya de por sí dura estancia en prisión con la capacidad económica de acceso al mercado de consumo de cualquier ciudadano. Si cumplir pena de cárcel provocara algún tipo de riqueza , los pobres de seguro carecerían del privilegio de ser encarcelados.

En conclusión, el *“nomen iuris”* dado por la administración a estas tres disposiciones: *“Oficio”*, *“Criterio interpretativo”* o *“consulta”* no debe dar lugar a equivocación de la verdadera naturaleza formal de las normas impugnadas. Ya que, como así queda acreditado por el análisis comparativo, nos encontramos ante la limitación del acceso a derechos, nos encontramos ante nuevos requisitos, ante un nuevo reglamento.

### V.3- Analisis diferencial ente circular como acto administrativo y la circular como disposición de carácter general

El art. 21 de la LPAC establece que, *"Los órganos administrativos podrán dirigir la actividad de sus órganos jerárquicamente dependientes, a través de instrucciones y Ordenes de servicio"* (apartado 1º). *"Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que se puedan producir, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el Diario Oficial que corresponda"* (apartado 2º).

Así pues, parecería acertado manifestar a sensu contrario de lo anteriormente razonado, que las circulares e instrucciones no son normas reglamentarias, sino disposiciones o normas internas que encuentran su fundamento en otra potestad administrativa distinta cual sería la de mando y dirección que corresponde a los órganos superiores sobre la actuación de los a ellos jerárquicamente subordinados.

Es por ello que la eficacia de las circulares e instrucciones podría ser diferente a la de los reglamentos: en principio -al menos tal es lo que se puede concluir del art. 21 LPAC- mientras que un acto dictado contra lo dispuesto en un reglamento es inválido (art. 63 LPAC), el dictado contra lo previsto en una circular es perfectamente válido. Es decir, las circulares podrían carecer de cualquier sustancia normativa, no integrando el bloque de la legalidad al que la actuación administrativa se debería sujetar.

Sin embargo, esta impresión inicial pronto debe ser descartada. Del examen de la jurisprudencia, se puede concluir que las circulares e instrucciones producen algunos efectos más allá del estricto ámbito interno de la Administración.

Esta doctrina jurisprudencial emplea como criterio calificador el establecido, por ejemplo, en la S.TS de 9 de febrero de 1995 (Ar. 1285) en relación con una circular del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas:

*"... para indagar cuando una circular es un acto administrativo o una disposición de carácter general, se puede acudir a criterios formales, no siempre fiables, y material es, es decir, analizar su contenido: de este modo, se suele afirmar que es una disposición general si la circular en cuestión crea una nueva sujeción o **garantía para** el administrado, o da reglas imperativas nuevas, o se atiene al ámbito ad intra si es acto, ad extra si es reglamento o si la decisión encierra carácter general",*

Doctrina reiterada en otra sentencia del mismo Tribunal de 5 de julio de 1995 (Ar. 5991) 28:

*"... si Las circulares tienen normalmente en **nuestro Derecho el carácter de instrucciones internas de servicio**, en numerosas ocasiones (...) no se limitan a la organización interna de los servicios dependientes del órgano del que emana la circular, sino que son, bien auténticas normas reglamentarias, por regular derechos y deberes de los particulares, bien normas interpretativas de la legislación de carácter general que vinculan desde luego a la Administración en cuanto a sus actos administrativos posteriores".*

Por consiguiente, en principio, las circulares e instrucciones que contengan reglas imperativas nuevas deben calificarse de disposiciones generales cuando tengan por destinatarios a sujetos no integrados en la organización administrativa.

Las disposiciones emitidas por el INSERSO, IMSERSO y Secretaria de Estado al haber configurado un nuevo régimen de prestaciones no contributivas para los penados, no previsto legal ni reglamentariamente (LGSS y RD 357/91) ha innovado el ordenamiento, ha limitado y contradicho normas de superior rango y, por ello, son **nulas de pleno derecho**. No pueden admitirse otros requisitos de acceso al derecho universal de las PNC que los legalmente establecidos siempre y cuando éstos, a su vez, respeten los principios y derechos constitucionales y los tratados internacionales ratificados por España.

Por definición: una Instrucción nunca podrá innovar, contradecir o limitar las disposiciones legales o reglamentarias, cuya posición en la jerarquía normativa es superior.

Tal y como determina el art. 21 de la Ley 30/92, las Instrucciones se dictan por los órganos administrativos con el fin de dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes. Así, las dictadas por la administración prestacional podrán tener eficacia "ad intra" de la propia administración pero, bajo ningún concepto, podrán repercutir en el régimen de prestaciones regulados legal y reglamentariamente en la LGSS y en el RD 357/91. Si, por el contrario, una circular, oficio o criterio invade aspectos regulados legal y reglamentariamente, constituye, un auténtico reglamento - o

incluso una ley encubierta - cuya nulidad queda fuera de toda discusión. Bajo la apariencia formal de estar ejerciendo una potestad ínsita a la jerarquía organizativa como es la de dirigir y ordenar la actividad de los órganos inferiores, se está ejerciendo, de facto, como señalan los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez (“Curso de Derecho Administrativo”, Editorial CIVITAS, 1999) junto a la mayoría de la doctrina, una auténtica potestad reglamentaria sin sujeción ni respeto a los límites formales y sustanciales que garantizan la validez de las disposiciones normativas. La diferencia fundamental entre un acto administrativo y una disposición reglamentaria radica en que el acto aplica el ordenamiento y en esa aplicación se agota y el reglamento lo innova, es fuente de derecho y no se agota en su aplicación, lo cual sucede en este caso.

#### **V.4 .-Análisis del procedimiento de aprobación de las disposiciones impugnadas.**

##### **A.- Órgano que las elabora,**

Genuinamente esta actuación administrativa ahora impugnada, con independencia del nombre jurídico que se le asigne, se corresponde con el ejercicio de la potestad reglamentaria previsto en el art 97 de la CE. De lo contrario estaríamos autorizando a la administración gestora a eludir el trámite de elaboración reglamentaria por los órganos legalmente competentes cuyo control jurisdiccional garantice la adecuación al ordenamiento jurídico y a las leyes matrices. Premiaríamos así el establecimiento de criterios internos, requisitos secretos y la invasión de competencias ejecutivas por parte de los órganos directivos de la administración.

En cuanto al órgano que elaboró las disposiciones impugnadas, el Inerser en 1993 y el Imsero en 2001, ambos carecían de la potestad reglamentaria establecida en el art 23 de la Ley 50/97 que autorizara la modificación del RD 357/91, y ello es así ya que el Inerser y el Imsero son organismos autónomos con rango de Dirección General. Por lo tanto ajustándonos a las normas de competencia y jerarquía establecido en el art 23 .3 de la citada Ley del Gobierno, las disposiciones creadas por Real Decreto serán aprobadas por Consejo de Ministros, sin que *“ningún reglamento pueda vulnerar otros de jerarquía superior”*. Siendo nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento aunque hayan sido dictadas por órganos iguales que el que lo haya

aprobado. Por tanto deberá prevalecer la llamada inderogabilidad singular de los reglamentos.

Ello no obsta a que teniendo presente el actual techo competencial de la Subdirección General de Planificación, Ordenación y Evaluación, consistente en la elaboración de propuestas normativas, la emisión de informes sobre normas y proyectos de ámbito nacional; nada impediría al Inmerso modificar puntualmente la norma matriz sobre prestaciones (RD 357/91) proponiendo a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social las modificaciones reglamentarias correspondientes, elaborando e impulsando el expediente administrativo de la disposición, y recabando informes vinculantes, conforme a lo dispuesto en el art 24 de la Ley 50/97 del Gobierno.

Sin embargo la también impugnada disposición que elaboró la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, sí que cumpliría los requisitos formales en cuanto al Organismo impulsor de la norma, ya que la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, podría impulsar la modificación del RD 357/91 conforme a lo establecido en los art 15 y 23 de la Ley 50/97 de 27 de noviembre y el 14 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. De hecho el motivo de la consulta ya citada elevada por la Dirección General del Inmerso directamente a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (pag 36) sin pasar previamente por ninguna Subdirección General, denota un indicio de tramitación normativa reglamentaria, ya que el órgano Directivo autónomo buscó el respaldo ejecutivo de su órgano superior de la administración. Por ello no le cabe duda a esta parte que la Secretaría de Estado debió reconducir la consulta elevada por el IMSERSO, de cara a la tramitación escrupulosa de un reglamento (art 24 Ley 50/97) con rango de Real Decreto.

### **B- Inexistencia de expediente.**

Como se deduce de lo manifestado anteriormente, las disposiciones aprobadas, aunque materialmente son reglamentos, formalmente carecen de todo tipo de garantía ni estructura reglamentaria. Esto es carecen de reglamento administrativo de elaboración conforme a lo establecido en la ley 50/97 del Gobierno y 30/92 del Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Así se hace a faltar junto a la memoria que inicia el expediente de elaboración del reglamento, los estudios y consultas evacuados así como las actuaciones prácticas.

### **C.- Carencia de Informes preceptivos.**

De igual manera, las disposiciones impugnadas también adolecen de los correspondientes informe preceptivos establecidos legalmente, entre los que se encuentra: el informe Técnico de la Secretaria General Técnica, el potestativo dictámen del Consejo de Estado, el necesario informe del Ministerio de las Administraciones Públicas dado que las normas afectan a las distribución de competencias entre el estado (IIPP) y las comunidades autónomas (minusvalía).

### **D.- Omisión del trámite de Audiencia: Vulneración del art.105 de la C.E., art. 24 de la Ley 50/97 de 27 de Noviembre.**

Los hechos expuestos en el ordinal octavo determinan, sin ningún tipo de duda que la demandada no realizó el obligado trámite constitucionalmente establecido, impidiendo deliberadamente las sugerencias y aportaciones de las Asociaciones de personas presas y por lo tanto, interesadas.

Por ello, es obvio que concurre una vulneración clara del mandato constitucional recogido en el art. 105 de la CE, por el que se establece la obligatoriedad de establecer “ *audiencia de los ciudadanos o organizaciones que los representen en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten* ”.

En este sentido reiterar el dato de que el propio INSERSO cuenta en su estructura básica con órganos de participación de los colectivos directamente afectados por al actividad del Instituto , que son en el ámbito de las personas con discapacidad el Consejo Estatal de Personas con Discapacidad creado por Orden de 17 de junio de 1999: órgano que tampoco ha sido consultado acerca del cambio normativo operado.

El precepto legal de obligado cumplimiento es bien claro: la administración debe “***Escuchar a aquellos ciudadanos o organizaciones que los representen, cuyos fines guarden directa relación con el objeto de la disposición que se tramite***”. La relación directa entre objeto de la norma y los fines de los colectivos no admite objeciones: se trata del derecho fundamental de los presos a la seguridad social protegido estatutariamente por la demandante.

Al respeto de a quien hay que escuchar en estos casos, nos ilustra Don Francisco González Navarro, ponente de la Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo de fecha a 29 de setiembre de 2003.

*“(... )debemos decir que la falta de audiencia a las Corporaciones que representan los intereses de los afectados (... ), vulnera el artículo 105.a, de l CE (... )y el 24, apartados b,c y d, de l Ley 50 de 1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos. (Invocando también jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con cita de las sentencias 61 de 1985,y de este Alto Tribunal, sentencias de esta Sala, de 5 de febrero de 1992,22 de enero de 1998,28 de junio de 2000 y 24 de octubre de 2001). (...)ya que establecen la audiencia los ciudadanos, bien directamente, o, través de sus organizaciones cuyos fines guarden directa relación con el objeto de la disposición en la que se les oiga.(...)”*

Citamos además, a Don Ernesto Mangas González, ponente de la Sentencia de la Sección 4 de la Sala do Contencioso de la Audiencia Nacional.

*“-La potestad reglamentaria de la Administración ha de ejercitarse dentro del cauce formal que lude el art.105, a),de l Constitución Española, que defiende la Ley l configuración de la audiencia de los interesados y de los ciudadanos, individualmente través de la información pública, o corporativamente, a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas legalmente (S.T.C.102/1995;S.T.C.21/11/1990).*

*Dicho precepto constitucional contiene un mandato general de aplicación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general, directamente o mediante organizaciones de representación de intereses, las que aun participando en el procedimiento no se les asigna el carácter de parte procedimental o interesado, pues en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales no hay interesados que tengan que ser llamados adoptar en el mismo la posición de “interesados ”, y que la audiencia de los ciudadanos, directamente o través de organizaciones o asociaciones, no constituye ni aquellos ni éstas en interesados en el sentido de partes procedimentales necesarias (S.T.C 61/1985).”*

A “sensu contrario ” cabe argumentar que el trámite de Audiencia solo podrá omitirse en tres supuestos, así recogidos en la sentencia de 28 mayo 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de la que es ponente José Antonio Montero Fernández

*“(…)Cuando graves razones de interés público, que necesariamente deberán explicitarse en resolución motivada, lo exijan; cuando las organizaciones o asociaciones mencionadas en el apartado 1.c hubieran participado en la elaboración de la disposición por medio de la evacuación de informes; cuando se trate de disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades que se refiere la Ley 50/97 o de disposiciones orgánicas ”.*

Es evidente que ninguna de las excepciones concurre en el presente supuesto, por lo que conforme reiterada doctrina la omisión del trámite de audiencia preceptiva acarrea nulidad de la norma aprobada.

### **E.- Publicación: Validez y eficacia de la norma.**

El art 24. 4 de la citada Ley del gobierno, establece como requisito para *“la entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el gobierno, requiere su íntegra publicación en el BOE”* .

Parece claro, entonces, que una circular no publicada carece de cualquier efecto jurídico ad extra, no es oponible a terceros no sometidos jerárquicamente a la Administración a los cuales, en consecuencia, tal producto administrativo no se les ha comunicado.

En este sentido la S.TC 179/1989, de 2 de noviembre, que, con relación a la falta de publicación oficial - en el Boletín Oficial de Navarra - del Reglamento del Parlamento Navarro, consideró que *“... no cabe considerar que constituya publicación suficiente la inserción del Reglamento de la Cámara en un boletín de carácter interno, sino que será necesaria su inclusión en el instrumento oficial previsto para la publicación de las normas generales de la Comunidad foral, esto es, el Boletín Oficial de Navarra”* (fundamento jurídico 4º).

Desde la óptica de la **publicación**, el carácter interno que legalmente se atribuye a instrucciones y circulares es, precisamente, el que permite que su eficacia no esté condicionada a su publicación. Por el contrario, cuando se trata de leyes y de disposiciones administrativas de rango superior (arts. 2.1 CC y art. 52.1 LRJ-PAC) la publicación de las mismas es ineludible. Así, nos encontramos con que la Instrucciones que se impugnan en el presente procedimiento no se encuentran publicadas en ningún Boletín Oficial. No



puede aceptarse que a través de una norma NO PUBLICADA, se modifique, limite y contradiga lo legal y reglamentariamente dispuesto.

### **F.- Tutela judicial efectiva. El problemático control jurisdiccional de las circulares e instrucciones del IMSERSO**

Demostrado su carácter normativo, es pacífico que las circulares pueden constituir el objeto de un recurso directo o indirecto contra reglamentos previstos en el art 26 de la LJCA.

Sin embargo, se deben advertir las especialidades que las circulares presentan frente a la generalidad de las disposiciones generales: se trata de normas (presuntamente) válidas, aunque no eficaces frente a terceros, en cuanto que no publicadas oficialmente.

Esta falta de publicación oficial constituye un problema en orden al cómputo del plazo de interposición del Recurso Contencioso-Administrativo directo, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 58.3.b) de la vigente LJCA. Para resolverlo, debe considerarse que las disposiciones no publicadas oficialmente pueden ser recurridas en cualquier momento, una vez advertida su existencia, por los titulares de derechos o intereses legítimos - incluidas aquí las asociaciones de apoyo a presos y presas -que puedan resultar perjudicados por ellas- solución que se apoya en las siguientes razones:

- Porque sería contrario a la buena fe y a la efectividad del derecho fundamental reconocido por el art. 24.1 CE, que tal plazo se computase a partir del día de la publicación oficial –inexistente en este caso-, sino de aquél en el que fueron dictadas.

- Porque a la solución indicada conduce no solo a la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 59.2 de la LJCA, sino también, de algún modo, la doctrina establecida en la ya citada S.TC 150/1994, de 23 de mayo, en especial en sus fundamentos jurídicos 5º y 6º. De acuerdo **con ella**, si - según antes se indicó - el tribunal extrae ciertos efectos del hecho de que un particular conozca una circular reglamentaria no publicada, a *contrario*, cabe afirmar que en tanto tal conocimiento no se produzca - o, conforme con el principio de buena fe, no se pueda demostrar que se produjo -permanece abierto el plazo para la impugnación directa. Resumidamente, el día inicial

para el cómputo del plazo de dos meses fijado en la LICA será aquél en que el recurrente haya conocido la existencia y el contenido de la circular.

En el presente litigio concurre asimismo vulneración de los derechos individuales de los afectados, vulneradores también de la tutela judicial efectiva. Así esta parte probará que por la administración demandada se ha omitido de forma general el (obligado) proceso de revisión de actos propios Art 102 de la Ley 30/92 como efecto primero y directo de la aplicación de la disposición que aquí se impugna, así como una falta de comunicación al interesado/a de la aplicación del Reglamento que ahora se impugna.

## **VI.- Fondo del Asunto.**

### **VI.1 Vulneración del Artículo 25 de la CE, derecho fundamental de los/as presos/as al disfrute de las prestaciones de la seguridad social..**

El Art 25.2 Constitución Española establece “ *Las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo a excepción de los que se veán limitados en el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá **derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad social (...)***”

Frente a la pretendida justificación material realizada por la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades colaboradoras de la Seguridad Social amparándose en el artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LO. 1/1979) –(Exp. Adm. Pág. 3) así como en el 5.3 del Reglamento Penitenciario, manifestar que por parte de la administración se obvian las siguientes cuestiones :

Que no estamos ante el disfrute de un derecho de carácter ordinario, sino ante el ejercicio directo de un Derecho Fundamental Indisponible por la administración y irrenunciable por los administrados. Opinión esta avalada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo –Sala 4ª- de 12-XI-1996 “*que el derecho del recluso interno a un trabajo remunerado “es un derecho de aplicación progresiva cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza su total exigencia de forma inmediata*

*(SSTC 172/1989 –19/X- y STC 17/1993 –18-I-) destacándose por la jurisprudencia unificadora que 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 solo de la privación de libertad, que les 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”.*

Que la obligación del estado es proporcionar trabajo a los presos y en su defecto derechos de seguridad social.

Por ello lo argumentado por la demandada (pag 4 del expediente) acerca de que en las prestaciones contributivas se presume el estado de necesidad y sin embargo en las prestaciones no contributivas este estado ha de demostrarse, supone invertir la carga de la prueba de la necesidad, grabando al sujeto que precisamente goza de ese derecho subjetivo con rango fundamental. Es al revés, incumbe al estado demostrar porque no ha facilitado un puesto de trabajo o una prestación contributiva al ciudadano durante su estancia en prisión. El incumplimiento del mandato constitucional antes citado determina que la prestación no contributiva sea un remedio mínimo que palie esa carencia. Sobre esta naturaleza mínima no caben mas descuentos.

## **VI.2.Vulneración del art 14 de la CE , por generar discriminación la aplicación de criterios limitadores a una población específica.**

El art 14 de la Constitución Española establece: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*

La legalidad ordinaria en materia de prestaciones no contributivas esta regulada y reconocida como derecho en el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social (RDLeg. 1/1994) que recoge lo dispuesto con anterioridad en L26/1990 regulando el derecho subjetivo de todos los ciudadanos a percibir una Pensión -de Invalidez, Jubilación o Prestación por hijo a cargo- cuando no hayan cotizado nunca o no hayan completado el tiempo suficiente para alcanzar una prestación de nivel contributivo.

Este derecho subjetivo **de todos los ciudadanos** comprende: la percepción de una renta económica, la asistencia médica y farmacéutica y los servicios sociales complementarios.

Los requisitos exigidos en el TRLGSS para percibir una pensión no contributiva son los siguientes:

- A) No alcanzar cotizaciones para la protección del nivel contributivo.
- B) La residencia del beneficiario en el territorio nacional, independientemente de su nacionalidad.
- C) Insuficiencia de recursos.
- D) Encontrarse en el tramo de edad de 18 a 65 años para la pensión de invalidez.
- E) Encontrarse aquejado de una minusvalía superior al 65 % , conforme a lo previsto en el RD 1971/99.

La cuantía de las pensiones se fija anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Pues bien, la administración demandada a través de los reglamentos materiales impugnados ha restringido el derecho recibir prestaciones no contributivas de forma selectiva, al añadir un nuevo requisito, no encontrarse cumpliendo condena en un Centro penitenciario.

La nueva condición impuesta restringe los derechos de una parte específica de la ciudadanía a recibir la protección universal de las pensiones, vulnerándose con ello el principio de igualdad.

### **VI.3. Vulneración del art 15 de la CE, por afectar el impago de la pensión a personas con minusvalía y graves afecciones físicas a su derecho fundamental a la integridad física.**

Las personas a las que se les ha aplicado los Reglamentos Impugnados, ostentaban la doble condición de reclusos/as y enfermos minusválidos. Por ello los efectos perniciosos de la aplicación de la norma impugnada, no son solamente de carácter económico, sino que han afectado y mermado las necesidades básicas de las personas minusválidas afectando con ello a su capacidad de supervivencia.

No exagera esta parte, al manifestar que la diferencia de acceso a alimentación y medicamentos que supone la percepción de una prestación en un centro penitenciario, resulta vital para la persona enferma.

Es notorio que la cárcel no aporta los mínimos imprescindibles para garantizar la calidad de vida del preso. Como ejemplo manifestar que aquellas personas que cuentan con medios económicos suficientes y cuentan con recursos económicos accedan a una manutención y servicios de mayor calidad que la recibida generalmente por un preso sin recursos. En la cárcel la diferencia económica puede suponer la diferencia entre la vida y la muerte.

La norma impugnada lesiona potencialmente el derecho a la integridad física constitucionalmente amparado en el art 15 de la CE. A esta protección constitucional de la integridad física debemos sumar el estatus de minusvalido y la presunción de discriminación positiva que ello implica, conforme a lo dispuesto en el RD 1971/99 y la L.I.S MI .

Por tanto la protección de la integridad física y de los derechos sociales de las personas presa, enferma y minusvalida debería suponer una prioridad absoluta para la administración y si acaso un aumento de derechos por discriminación positiva. Y no una discriminación negativa que recorta el estatus de protección que debería otorgar.

La administración obra en sentido contrario a la finalidad y principios que esgrime, ya que, al afirmar el respeto de los derechos en realidad se dedica a recortárselos a una población que ya de por sí los tiene mermados.

Por ello,

**SOLICITO AL JUZGADO** que teniendo por presentado este escrito, lo admita a trámite y, en su virtud, tenga por deducida en tiempo y forma **DEMANDA** contra la Circular emitida el 23 de Marzo de 2001, por la Subdirección General de Plan de Acción y Programas para Personas con Discapacidad del IMSERSO; y al amparo de lo dispuesto en el art. 34 y ss. de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, **SOLICITO** la **AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA** a las disposiciones que se citan por medio de Otrosí; a fin de que en su día y previo recibimiento del pleito a prueba, se dicte sentencia por la que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto, tanto por los motivos de forma como de fondo alegados, declare que las

disposiciones impugnadas son contrarias a Derecho por infringir los art 9,14, 15 y 25.2 de la CE y demás normativa citada, declarando que las Disposiciones en su totalidad son **NULAS DE PLENO DERECHO** por incurrir en causa del artículo 62.2 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre con expresa imposición de costas. Por ser ello justo.

Fdo.



**OTROSI DIGO I** :En atención a lo dispuesto en el artículo 42.2 de la LJCA se estima la cuantía del recurso como indeterminada, al estarse impugnando una disposición general.

Mismo lugar y fecha



**OTROSI DIGO II**: Para interesar que se acuerde la ampliación de la demanda a las siguientes disposiciones:

- Circular emitida el 8-03-01, elaborada por la Secretaria de Estado de la Seguridad Social denominada “Criterio emitido con fecha 8-03-01 por la Secretaria de Estado de S.S.” sobre derecho a pensión no contributiva de quien está internado en un establecimiento penitenciario.
- La Circular de 24 de mayo de 1993 denominada “Criterio emitido por el INSERSO con fecha 24-05-93 y remitido a todas sus Direcciones Provinciales y órganos gestores competentes en las distintas Comunidades Autónomas”

**OTROSI DIGO III:** Esta parte interesa el recibimiento del pleito a prueba, proponiendo seguidamente los puntos de hecho sobre los que la misma versará:

.Falta de participación en el trámite de Audiencia de los colectivos de afectados.

.Tramitación de las disposiciones carentes de informe preceptivo y expediente.

.Efectos perniciosos para la economía y la salud de la población penitenciaria, derivados de la perdida o reducción de la PNC.

.Concurrencia de discriminación de la población reclusa en el disfrute de derechos sociales.

. Falta de notificación expresa y sistemática de los efectos de las disposiciones impugnadas a la población reclusa. Incumplimiento del trámite de revisión extraordinaria establecido en el art 102 de la Ley 30/92.

. Cuantificación global de la población reclusa afectada por la norma.Efectos “ad extra”.

Solicito su admisión pertinente y práctica

Mismo lugar y fecha

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name or set of initials, possibly 'F. Rosal', written in a cursive, somewhat abstract style.

**OTROSI DIGO IV :** Que a tenor de lo dispuesto en el Artículo 57 de la Ley Jurisdiccional,expresamente intereso que se conceda el trámite de vista y en su defecto, conclusiones escritas.

Solicito así se acuerde.

Mismo lugar y fecha.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the name 'Rosa' or similar, written in a cursive style.