

06 APR 2021

Revista Española de Derecho del Trabajo

2014

Núm. 167 (Agosto)

Estudios Doctrinales

5. Propuestas de mejora en la protección por desempleo durante la permanencia en prisión y tras la excarcelación. Un análisis de conjunto (RICARDO ESTEBAN LEGARRETA)

5 Propuestas de mejora en la protección por desempleo durante la permanencia en prisión y tras la excarcelación. Un análisis de conjunto^{*)}

Some proposals in order to improve unemployment protection for prisoners during the stay in prison and after leaving prison. An overall analysis

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Revista Española de Derecho del Trabajo 167

Sumario:

0. Planteamiento

I. El derecho al mantenimiento y al acceso a la protección por desempleo de los penados. Algunas cuestiones referidas a su articulación

1. Ingreso en prisión de penados perceptores de prestaciones por desempleo como supuesto suspensivo. La excepción de la concurrencia de responsabilidades familiares

2. Ingreso en prisión y acceso posterior a subsidios asistenciales de desempleo mediando responsabilidades familiares. Referencia especial a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012

3. Perspectiva de futuro a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012. Posibilidades –inciertas o muy inciertas– de acceso a prestaciones causadas durante la permanencia en instituciones penitenciarias

3.1. Dificultades en el acceso a prestaciones por desempleo causadas por el ingreso en prisión

3.2. La no protección del desempleo en el desarrollo de la relación laboral penitenciaria

II. El derecho a la protección por desempleo en situaciones de excarcelación

1. Prestación y subsidio asistencial de desempleo: propuesta de un derecho de opción

2. Cuestiones relevantes en el acceso al subsidio de excarcelación. Reformas pendientes y reformas recientes

2.1. Aspectos básicos y problemáticos del régimen jurídico del subsidio de excarcelación

2.2. La reciente introducción de medidas restrictivas en el acceso al subsidio asistencial

3. Cuestiones relevantes en materia de acceso a la prestación por desempleo en situación de excarcelación

III. Reflexiones finales

RESUMEN. En su primera parte, el artículo aborda el derecho al mantenimiento de la protección por desempleo tras el ingreso en prisión y a la extensión temporal de esta protección. A continuación se propone que la extinción del contrato de trabajo causada por el ingreso en prisión pueda constituir una situación legal de desempleo, y permita el acceso a esta protección. A ello se añaden algunas reflexiones sobre la protección por desempleo de los trabajadores de talleres penitenciarios. En su segunda parte, el artículo aborda diversas cuestiones relacionadas con la protección de personas excarceladas. De un lado, se realiza una propuesta de derecho de opción entre prestación y subsidio de desempleo, cuando se tenga derecho a ambos. A continuación se analizan los aspectos más relevantes del subsidio especial de protección de personas excarceladas, para finalizar con una referencia al derecho a la protección contributiva de desempleo en algunos supuestos de excarcelación.

PALABRAS CLAVE: desempleo, protección por desempleo penitenciario, situación legal de desempleo, trabajo penitenciario.

SUMMARY: This paper is divided in two main parts. The first one deals with the right to keep unemployment benefits after the entry in prison, and it also deals with the extent of this protection. Afterwards, the article analyses the possibility to introduce a right to unemployment protection in case of loss of employment as a consequence of the prison sentence. To finish the first part, the paper makes some proposals on the right to unemployment benefits on the grounds of a loss of a prison-workshop job. The second part of the article deals with some key issues on the right to unemployment allowance after leaving prison. It proposes the start-up of a right to choose, where applicable, between the ordinary unemployment benefit and the specific allowance for people released from prison. Following, the paper analyses some details both on the specific allowance for people released from prison, and on the right to get the ordinary unemployment benefits after leaving prison.


KEY WORDS: unemployment, prison unemployment protection; legal unemployment situation; penal work.

Fecha recepción original: 24 de Marzo de 2014

Fecha aceptación: 9 de Septiembre de 2014

0. PLANTEAMIENTO

Este artículo pretende abordar una selección de aspectos problemáticos relacionados con la protección por desempleo de la población penitenciaria y de las personas objeto de excarcelación, con el fin de proponer soluciones a algunas disfunciones que se observan en dicho tratamiento. Como es sabido, tanto el nivel contributivo como el nivel asistencial de protección por desempleo inciden en diversa medida sobre la población penitenciaria y sobre las personas que abandonan la prisión, razón por la cual en las líneas que siguen se analizarán dos grandes bloques de cuestiones. De una parte, se abordará (I) una perspectiva bastante desconocida aunque no exenta de interés como es la referida al derecho a mantener y en su caso a acceder a protección por desempleo de los penados, un apartado en el que convive un reconocimiento de derechos con cuestiones que merecerían, a todas luces, alguna reflexión y diversas mejoras.

En un segundo apartado (II), se abordarán diversas cuestiones relacionadas con el acceso a la protección por desempleo en supuestos de excarcelación. Sin duda, en este apartado cobra especial protagonismo el subsidio asistencial de excarcelación (art. 215 1. 1) d)  LGSS) aunque la protección contributiva representa también un cierto papel, como se tendrá ocasión de señalar. De hecho, la convivencia de ambos niveles de protección genera disfunciones destacadas que el

legislador no ha querido o no ha sabido resolver¹⁾. A ellas dedicaremos una atención preferente, efectuando diversas propuestas de reforma.

I. EL DERECHO AL MANTENIMIENTO Y AL ACCESO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS PENADOS. ALGUNAS CUESTIONES REFERIDAS A SU ARTICULACIÓN

1. INGRESO EN PRISIÓN DE PENADOS PERCEPTORES DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO COMO SUPUESTO SUSPENSIVO. LA EXCEPCIÓN DE LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES FAMILIARES

Como es sabido, el ingreso en prisión comporta la suspensión del contrato de trabajo (art. 45 1 g) [TRLET](#)) «*mientras no exista sentencia condenatoria*», al tiempo que con carácter general y más allá de algunas matizaciones jurisprudenciales, el ingreso en prisión para cumplir sentencia condenatoria acarreará la extinción del contrato de trabajo, bajo la cobertura de la dimisión o del despido disciplinario derivado de las ausencias injustificadas del trabajador.

Siguiendo la misma lógica, el tratamiento dispensado a las personas que eran perceptoras de prestaciones en el momento de su ingreso en prisión dependerá de que el ingreso se deba a prisión preventiva o al cumplimiento efectivo de la condena. Así, de conformidad con lo previsto en el artículo 212 1 c) [LGSS](#) se suspenderá el derecho a las prestaciones por desempleo «*Mientras el titular del derecho esté cumpliendo condena que implique privación de libertad*», planteamiento del que cabe deducir que los perceptores en situación de prisión provisional tendrán siempre derecho a mantener la percepción de la prestación y en su caso, tendrán también derecho a acceder a los subsidios del artículo 215. 1) a) [LGSS](#) o al subsidio de mayores de 55 años si durante su permanencia en prisión provisional agotan las prestaciones por desempleo.

Ahora bien, más allá de la continuidad en el disfrute de prestaciones y subsidios para las personas en situación de prisión preventiva, también para los penados la Ley matiza la solución suspensiva (arts 212.1 c) en remisión al 212.1 b)), cuando «*el titular tuviese responsabilidades familiares y no disfrutara de renta familiar alguna cuya cuantía exceda del salario mínimo interprofesional*», una excepción prevista en su día para las ya caducas situaciones de servicio militar o de prestación social substitutoria (art. 212.1 b) [LGSS](#)). La lógica de la Ley parece basarse en la idea de que el penado no va a necesitar la prestación porque ya es asistido en sus necesidades básicas por la administración penitenciaria, al tiempo que la persona privada de libertad podría trabajar si accede a un puesto de trabajo en un taller penitenciario. A mayor abundamiento, parecería que el legislador se inclina por que la prestación se retome en el momento de la salida de la prisión, de modo preferente al subsidio asistencial de excarcelación. No en vano, el artículo 215.1. d) [LGSS](#) reserva el subsidio asistencial de excarcelación a los penados que hayan sido liberados de prisión y no tengan derecho a la protección por desempleo.

En perspectiva comparativa, la suspensión de la prestación por desempleo contrasta con la solución dada a las situaciones de incapacidad temporal preexistentes al ingreso en prisión, para las que la jurisprudencia se inclina por su mantenimiento, tanto en caso de ingreso preventivo como por cumplimiento de la pena. Al respecto, la [sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2011](#) (RJ 2011, 6677) afirma el derecho incondicionado al mantenimiento del subsidio por incapacidad temporal, ya sea por contingencias comunes como profesionales. El Tribunal Supremo se basa en la falta de previsión normativa expresa al respecto, así como en la imposibilidad de trabajar que la situación de IT conlleva, sin olvidar los medios con los que la Administración penitenciaria puede verificar la persistencia de la alteración de la salud²⁾.

Volviendo a las prestaciones por desempleo, la suspensión no operará cuando «*el titular tuviese responsabilidades familiares y no disfrutara de renta familiar alguna cuya cuantía exceda del salario mínimo interprofesional*». De este modo, la Ley plantea el derecho de los penados a mantener el cobro de la prestación por desempleo en la medida en la que: a) de un lado, se acredite la existencia de responsabilidades familiares y, b) siempre que no se disfrute de renta familiar cuya cuantía exceda del salario mínimo interprofesional. Para la acreditación de responsabilidades familiares deberemos estar a lo previsto en el artículo 215.2 [LGSS](#), que exige tener a cargo al

cónyuge o a los hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, siempre que la renta de la unidad familiar así constituida, dividida por el número de miembros que la componen, se encuentre por debajo del 75 por 100 de la cuantía del salario mínimo interprofesional excluida la prorrata de pagas extraordinarias. En todo caso, matiza el 215 LGSS que no se considerará a cargo al cónyuge o hijos menores o acogidos con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, con exclusión de la prorrata de pagas extraordinarias. Eso sí, que no se considere a cargo a los familiares con ingresos superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional no significa que sus ingresos no sean tenidos en cuenta a la hora de identificar si hay o no responsabilidades familiares³. Por lo tanto, queda claro que un elemento clave e imprescindible en el mantenimiento de la protección por desempleo de los penados es la existencia de responsabilidades familiares en los términos del artículo 215.2 LGSS.

Por lo demás, es importante señalar que en materia de prestaciones por desempleo e incluso en materia de subsidios, la excepción no suspensiva de los artículos 212.1 c) y 212.1 b) LGSS se estaría refiriendo a prestaciones causadas con anterioridad al ingreso en prisión, sin perjuicio de que el hecho causante pueda producirse pocos días antes de ese ingreso. Se trata de una precisión bastante evidente, que ha sido subrayada por la [sentencia del STS de 10 de diciembre de 2012](#) (RJ 2013, 1094), aunque precisamente esta sentencia abre la puerta a otras posibles interpretaciones, como tendremos oportunidad de señalar más adelante.

En lo que concierne a perceptores de subsidios asistenciales, el artículo 219.2 LGSS establece que les serán de aplicación las normas sobre suspensión y extinción previstas en los artículos 212 y 213 LGSS para las prestaciones por desempleo. De ahí que tradicionalmente la doctrina judicial ha admitido que se aplicará la suspensión del artículo 212.1 c) LGSS cuando en el momento del ingreso en prisión el interesado acredite responsabilidades familiares. En este sentido, el mantenimiento de la percepción del subsidio será de aplicación a todos los subsidios, ya sean subsidios condicionados en el momento de su concesión a la concurrencia de responsabilidades familiares, ya se trate de subsidios no condicionados a esta circunstancia, como sería el caso del subsidio para mayores de 55 años. Ahora bien, en el momento del ingreso para cumplir pena será necesario acreditar el requisito de responsabilidades familiares del artículo 215.2 LGSS, ya que de lo contrario el subsidio asistencial se suspendería. De este modo, queda clara la posibilidad de mantener o incluso de acceder en prisión a un subsidio asistencial – *vid infra* –, si bien la proliferación de solicitantes puede atizar el debate a propósito del cómputo de la manutención penitenciaria como ingreso impeditivo de acceso a los subsidios (art. 215 LGSS)⁴. Esta polémica ha dado lugar a diversas soluciones interpretativas en el ámbito de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez que han sido unificadas mediante la [sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010](#) (RJ 2010, 7583)⁵ que se ha inclinado, no sin polémica, por un planteamiento restrictivo, según el cual debe computarse la manutención del preso a cargo de la Administración penitenciaria como un ingreso que reduce la cuantía de la pensión no contributiva⁶. Obviamente, este planteamiento podría generar –tras la suma de todos los ingresos– denegaciones en el acceso a pensiones no contributivas pero también a subsidios asistenciales de desempleo en prisión.

A continuación examinaremos las posibilidades abiertas por la jurisprudencia al acceso en prisión a subsidios asistenciales siempre que los mismos se condicionen a la concurrencia de responsabilidades familiares.

2. INGRESO EN PRISIÓN Y ACCESO POSTERIOR A SUBSIDIOS ASISTENCIALES DE DESEMPLEO MEDIANDO RESPONSABILIDADES FAMILIARES. REFERENCIA ESPECIAL A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2012

Mucho más problemático se ha revelado el derecho a acceder en prisión a subsidios asistenciales tras el agotamiento de prestaciones por desempleo. En general, los problemas se han dado con los subsidios asistenciales del artículo 215. 1] a) [LGSS](#), que se perciben tras el agotamiento de la prestación por desempleo que le precede y que, además, está condicionado a la concurrencia de responsabilidades familiares. Pues bien, una respuesta tradicional a estas solicitudes –por todas,

● [STSJ de Asturias de 4 de noviembre de 2011](#) (JUR 2011, 394452), casada por el Tribunal Supremo–, ha sido su denegación fundamentada en razones poco convincentes. Así, esta doctrina judicial afirmaba que el artículo 212.1 c) LGSS únicamente toleraba el mantenimiento no suspensivo de prestación y subsidio causados antes de ingresar para cumplir la pena, no el acceso a los mismos en prisión. La línea judicial reforzaba la interpretación literal de la Ley basándose en que no era posible para los penados cumplir con las obligaciones del artículo 231 LGSS; a saber, entre otras, buscar activamente empleo o participar en acciones de mejora de su empleabilidad.

Este planteamiento no era unánime en la doctrina judicial, destacándose otra línea representada por la ● [STSJ de Madrid de 10 de julio de 2001](#) (AS 2001, 3726) (AS 2001/3726) que abogaba por una lectura más proclive al acceso a subsidios «de continuidad» en prisión, tesis finalmente acogida por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, a través de la interesante ● [STS de 10 de diciembre de 2012](#) (RJ 2013, 1094). El Alto Tribunal asume que la literalidad de la Ley solamente admite la no suspensión de prestaciones o subsidios causados con anterioridad al ingreso en prisión de los penados, guardando silencio respecto al acceso a subsidios asistenciales tras el ingreso en prisión. Ahora bien, el Tribunal Supremo no encuentra lógico que se deniegue el acceso al subsidio en prisión, una solución legal que critica en base a dos razones fundamentales. En primer lugar, recuerda el Tribunal Supremo que la razón de fondo de la no suspensión de prestaciones y subsidios está en las necesidades económicas de la familia a cargo del penado, de modo que no hay justificación para denegar el acceso al subsidio cuando concurren esas mismas necesidades familiares⁷⁾, única solución coherente por otra parte, con el artículo 39 de nuestra Constitución. De otro lado, el Alto Tribunal combate el segundo motivo que impide el acceso de los penados a los subsidios: la imposibilidad de cumplir con las exigencias del artículo 231 LGSS. Así, la sentencia subraya que no existe en prisión una auténtica imposibilidad de cumplir con las obligaciones exigibles a todo perceptor ya que además de la realización de acciones formativas en prisión, es posible desarrollar un trabajo remunerado; es más, la administración penitenciaria estaría obligada a proveer de puestos de trabajo a todos los penados que lo soliciten, de conformidad con lo previsto en el artículo 25.2 de nuestra ● [Carta Magna](#) y 26 de la ● [Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre](#), general penitenciaria. Por lo tanto, y en palabras del Tribunal Supremo, la Administración penitenciaria substituiría al Servicio Público Estatal de Empleo a la hora de aceptar su demanda de empleo penitenciario⁸⁾ (art. 3 ● [RD 782/2001](#)) y, en su caso, a la hora de ofrecerle acciones formativas que puedan mejorar su empleabilidad. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo recuerda una cuestión de una lógica aplastante y es que el cumplimiento de los requisitos exigibles a los beneficiarios de prestaciones y subsidios de desempleo debe producirse no solo en el momento del acceso, sino también a lo largo de su disfrute (art. 231.1 LGSS)⁹⁾, lo que es claramente flexibilizado en el caso de los beneficiarios de prestaciones y subsidios causados antes del ingreso en prisión y no suspendidos tras este ingreso (art. 212 1 c) LGSS). De ahí que el Alto Tribunal extraiga argumentos para apelar a una lectura flexible de la norma en el caso de solicitudes de subsidios tras el ingreso en prisión, máxime teniendo en cuenta que como ya se ha señalado, la administración penitenciaria puede comprobar si el penado cumple con sus obligaciones de perceptor de subsidios de desempleo.

3. PERSPECTIVA DE FUTURO A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2012. POSIBILIDADES –INCIERTAS O MUY INCIERTAS– DE ACCESO A PRESTACIONES CAUSADAS DURANTE LA PERMANENCIA EN INSTITUCIONES PENITENCIARIAS

3.1. Dificultades en el acceso a prestaciones por desempleo causadas por el ingreso en prisión

Como se ha subrayado oportunamente, la protección por desempleo mantenida –o en otras palabras, no suspendida– tras el ingreso en prisión se habrá causado antes de acceder al centro penitenciario. Es decir, estaríamos hablando de personas en situación legal de desempleo anterior al ingreso en una institución penitenciaria cuya prestación, precisamente y salvo que se acredite insuficiencia de recursos a nivel familiar, se suspende al ingresar en prisión. Ahora bien, para supuestos de personas en activo, el ingreso en prisión a fin de cumplir penas privativas de libertad será la causa de extinción del contrato de trabajo, que bajo una interpretación *pro beneficiario* podría generar el derecho a prestaciones por desempleo. Evidentemente, la incidencia de

situaciones de estas características debe ser muy menor en atención al retrato general de la población penitenciaria española, caracterizado por apreciables tasas de reincidencia penitenciaria, pobreza, drogodependencia, enfermedad mental y exclusión¹⁰⁾, que sugieren escasas trayectorias laborales normalizadas en el conjunto de la población penitenciaria, que de acuerdo con datos de 2012 alcanza la cifra de 68.904 personas¹¹⁾. No obstante, las dificultades que sin duda va a generar el ingreso en prisión en una minoría de personas previamente insertadas me ha llevado a abordar la problemática que se expone a continuación. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el ingreso en prisión de los penados no es causa de suspensión del contrato de trabajo, más allá de lo que señalen con matices algunas sentencias¹²⁾. El ingreso a fin de cumplir pena privativa de libertad sería causa de extinción del contrato de trabajo, aunque nuestro legislador tampoco se ha detenido a identificar de modo preciso cuál es la vía extintiva que opera en estos casos, teniendo en cuenta que el artículo 49 [TRLET](#) no prevé de modo expreso que las penas privativas de libertad constituyan, *per se*, una causa extintiva autónoma. A grandes rasgos, la jurisprudencia y la doctrina judicial sugieren que la extinción del contrato de trabajo podría vehicularse a través de una dimisión tácita (art. 49.1 d) TRLET) –que como es sabido no constituye situación legal de desempleo del artículo 208 [LGSS](#)–, o bien podría dar lugar a despidos disciplinario por faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo (art. 54.2 a) TRLET)¹³⁾ o incluso por transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2 d) TRLET), si la empleadora entiende que esta circunstancia debería haberle sido comunicada por parte del trabajador encarcelado y éste la ha ocultado deliberadamente¹⁴⁾. La cuestión que se abre a partir de la [sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012](#) (RJ 2013, 1094), es la de determinar si una extinción por ingreso en prisión para cumplir una pena privativa de libertad, vehiculada de forma que constituya una situación legal de desempleo del artículo 208 LGSS podría generar el derecho a prestaciones tras el ingreso. En tales casos, sería precisamente el ingreso en prisión la circunstancia que va a generar la situación legal de desempleo que, de concurrir responsabilidades familiares, daría lugar o debería dar lugar al cobro de la prestación. La razón para tal planteamiento es evidente ya que nos hallaremos en una situación muy próxima a la del acceso a subsidios por responsabilidades familiares en prisión del artículo 215.1) a) LGSS, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012.

Sin embargo y como veremos más adelante, el planteamiento expresado indirectamente por el artículo 205.3 LGSS¹⁵⁾ y –especialmente– por el artículo 12.2 [RD 625/1981\(sic\)](#) es el de que en supuestos de extinción contractual causada por el ingreso en prisión, el acceso a prestaciones se va a posponer al momento de la excarcelación¹⁶⁾, teniendo en cuenta que la liberación por cumplimiento de condena o libertad condicional constituye situación asimilada al alta¹⁷⁾ para el acceso a las prestaciones por desempleo (art. 2.1 f) RD 625/1985)¹⁸⁾. Todo ello con independencia de que la extinción se vehicule a través de un despido disciplinario o no, lo que incluiría las resoluciones fundamentadas en dimisión tácita, y sin perjuicio de que la extinción contractual sea objeto de impugnación por el trabajador. *A priori*, el planteamiento tiene visos de razonabilidad ya que se trataría de reservar la protección del individuo para cuando abandone la prisión, de manera que se garantiza que en el momento de la excarcelación se accederá a la prestación contributiva, prestación por lo general de mayor cuantía y no sometida a condición de recursos¹⁹⁾. Sin embargo, no hemos de perder de vista que muy probablemente en el momento del ingreso las necesidades familiares apremien, ante la desaparición repentina de una fuente de ingresos en la unidad familiar, por lo que no es tan simple privar de la protección por desempleo a un trabajador encarcelado y con un empleo –y consecuentes ingresos– recién perdido. En este sentido, la acreditación de responsabilidades familiares por parte del interno debería llevar a la fijación de un derecho a solicitar las prestaciones por desempleo en ese momento²⁰⁾. Al respecto, considero que hay una serie de razones de peso para abordar una reforma en este sentido, y que se exponen a continuación. De un lado, si el legislador ha asumido que el ingreso en prisión y la consecuente pérdida de empleo –sea cual sea la vía extintiva– constituyen una situación legal de desempleo con «efectos retardados», es decir, en el momento de la excarcelación, el debate se centra en reivindicar que los efectos de esa situación legal de desempleo se produzcan de modo inmediato, al ingresar en prisión y perder el empleo, siempre que se constaten necesidades de la unidad familiar en la línea del artículo 212 LGSS. Téngase en cuenta que para que ello sea viable sería necesario establecer como causa extintiva autónoma la del ingreso en prisión a los efectos del

cumplimiento de la condena²¹⁾, ya que de lo contrario, algunas situaciones extintivas podrían generar problemas de acceso a la acción protectora; en particular las extinciones vehiculadas a través de la dimisión, que no sean impugnadas por el trabajador como un despido tácito. Asimismo, sería imprescindible la consideración de los períodos de ingreso en prisión como períodos asimilados al alta, circunstancia que actualmente no está prevista en el RD 625/1985.

De otro lado, no debe olvidarse que de articularse la solución propuesta, en el momento de la excarcelación –y siempre que se hayan superado los seis meses de permanencia en un entorno penitenciario– concurriría el derecho a acceder a la protección asistencial por excarcelación, de modo que en esta segunda fase habría una mínima protección garantizada. Y francamente, no creo que este planteamiento pueda calificarse de abusivo, teniendo en cuenta que el subsidio asistencial se devenga para todos los presos por la mera permanencia de más de seis meses en un establecimiento penitenciario. De este modo, la prestación derivaría de la carrera de seguro del interesado y cubriría las necesidades de sus familiares en el momento del ingreso, mientras que el subsidio asistencial cubriría el acompañamiento posterior a la excarcelación. En fin, mantener el estado actual de cosas comporta un castigo adicional infligido por el sistema de la Seguridad Social a ciudadanos por incurrir en conductas que sin duda merecen un reproche moral, aunque dicho reproche se vehicula a través de la sanción penal. A estos efectos, debe recordarse que las muertes o incapacidades derivadas de conductas de riesgo –imprudencias temerarias laborales o extralaborales, consumo abusivo y temerario de sustancias estupefacientes–, no eximen al sistema de Seguridad Social de desplegar su acción protectora, aunque dichas conductas puedan suscitar un reproche social por la falta de responsabilidad que conllevan.

3.2. La no protección del desempleo en el desarrollo de la relación laboral penitenciaria

Un supuesto muy diferente es el referido a la posibilidad de acceder a la protección por desempleo a partir de la extinción de relaciones laborales penitenciarias, incluso mediando responsabilidades familiares del recluso/trabajador penitenciario. Más allá del supuesto de excarcelación al que más adelante nos referiremos, lo cierto es al desempleo penitenciario le está vedado el acceso a la protección de Seguridad Social sin perjuicio de que el régimen jurídico laboral penitenciario prevé supuestos extintivos que fuera de la prisión darían lugar a protección²²⁾. Al respecto, el artículo 19 del [RD 782/2001](#) subraya que la inclusión de los internos trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social se limita a «*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](#)*». Las razones de esta limitación se enmarcan en un conjunto de claves implícitas a la relación laboral penitenciaria. De un lado, es evidente que los penados no necesitan trabajar para garantizar su sustento en entornos penitenciarios, circunstancia que como ya hemos señalado ha generado interesantes debates en el acceso a pensiones no contributivas²³⁾. Asimismo, el trabajo penitenciario no se centra únicamente en el intercambio de retribución por prestación de servicios; antes al contrario, el trabajo penitenciario constituye un ingrediente fundamental del tratamiento (art 26 de la [Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre](#), General Penitenciaria)²⁴⁾, lo que puede contribuir a esta desprotección de las situaciones de desempleo. Asimismo, desde una perspectiva bienintencionada es evidente que el legislador ha optado por desplazar la protección contributiva al momento de la excarcelación, lo que sin duda tiene una mayor utilidad en perspectiva de inserción social. Además, el silencio del RD 782/2001 es perfectamente coherente con la parca y dudosa exclusión de los trabajadores penitenciarios de la protección por incapacidad temporal por contingencias comunes, expresada por el artículo 19 del RD 782/2001²⁵⁾. En otras palabras, si los estándares de protección social en entornos penitenciarios dejan sin una cobertura tan esencial a los internos que trabajan, es coherente que no disfruten de protección ante la pérdida de empleo.

Eso sí, a pesar de la exclusión de la protección por desempleo de las relaciones laborales penitenciarias las responsabilidades familiares siguen estando allí y son un factor clave en la motivación hacia el trabajo de los internos²⁶⁾. Por lo demás, la arbitrariedad y el desamparo que destila la puesta en práctica de algunos supuestos extintivos, al menos en la casuística reflejada por la doctrina judicial²⁷⁾, aconsejan algún tipo de protección teniendo en cuenta que la relación laboral penitenciaria no prevé derecho alguno a indemnizaciones por extinción del contrato de

trabajo. Otro tanto cabe señalar a propósito de la doctrina judicial recaída en materia de extinción contractual vinculada a traslados penitenciarios (art. 10.2 d] RD 782/2001), doctrina que pone en evidencia la notable vulnerabilidad del derecho a la estabilidad en el empleo de los penados²⁸⁾. Para concluir, y siguiendo a Rubio de Medina²⁹⁾, no hemos de olvidar que si las personas encarceladas «*tienen posibilidades de trabajar en el interior de la prisión, teóricamente deberían tener los mismos derechos que un ciudadano libre en solicitar las prestaciones a las que tenga derecho*». Por lo demás, para que este tipo de planeamientos sea viable, sería necesaria una lectura flexible de este tipo de situaciones, en una línea de mayor comprensión y consideración al impacto que implica el encarcelamiento en el entorno material de una persona, como la manifestada por el [TSJ de Madrid de 12 de marzo de 2012](#) (AS 2012, 1005).

II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN SITUACIONES DE EXCARCELACIÓN

La protección de las personas excarceladas puede llevarse a cabo tanto por la vía de la protección contributiva como a través del nivel asistencial de protección por desempleo. De un lado, dispondrán de la cobertura contributiva los penados que trabajen en talleres penitenciarios y sean liberados en activo, lo que comportará la extinción de su contrato de trabajo. A este respecto, el artículo 19 del [RD 782/2001](#) subraya que la inclusión de los internos trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social incluye «*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](#)*». En perspectiva de protección contributiva cabría añadir la reactivación de prestaciones suspendidas tras el ingreso en prisión, así como los supuestos de disfrute de prestaciones generadas a causa de la excarcelación y fundamentadas en una extinción contractual originada en el ingreso en prisión³⁰⁾, en consonancia con lo previsto en el artículo 205.3 LGSS, según el cual, «*También se extenderá la protección por desempleo, en las condiciones previstas en este Título, a los liberados de prisión*»

Ahora bien, más allá de esta protección contributiva, la Ley establece (art. 215.1 1) d] LGSS) la figura del subsidio asistencial de excarcelación para todas las personas que sean liberadas de prisión tras haber permanecido en ella más de seis meses, siempre y cuando no tengan derecho a una prestación de carácter contributivo. Ambas vías de protección tienen un notable interés y problemas específicos que abordaremos en sendos apartados. Sin embargo, con carácter previo es importante analizar una específica problemática derivada de la existencia de este doble nivel de protección.

1. PRESTACIÓN Y SUBSIDIO ASISTENCIAL DE DESEMPLEO: PROPUESTA DE UN DERECHO DE OPCIÓN

Como se ha señalado, el artículo 215 [LGSS](#) establece el derecho a un subsidio asistencial concebido para aquellas personas que, en el momento de ser excarceladas, no tengan derecho al cobro de prestaciones por desempleo. El planteamiento es lógico si atendemos a la preeminencia que en nuestro sistema de protección por desempleo tiene el nivel contributivo, que además cuenta por lo general con una cuantía y duración más atractivas. A mayor abundamiento, otros subsidios asistenciales y más en particular, el denominado «subsidio contributivo» del artículo 215.2 LGSS, se condicionan precisamente a no tener derecho a prestaciones por desempleo. Ahora bien, diversas sentencias han abordado el interesante debate a propósito de si siempre ha de regir el derecho preferente a la prestación por desempleo y la consecuente exclusión del derecho al subsidio asistencial por excarcelación. A este respecto, cabe señalar que la duración del subsidio asistencial por excarcelación puede alcanzar el máximo de 18 mensualidades con una cuantía homogénea de 426 euros. Ante esta cuantía y duración no es extraño que en algunos supuestos las personas excarceladas hayan solicitado el derecho a cobrar la prestación por desempleo y a continuación el subsidio por excarcelación. Este tipo de peticiones se plantean de modo especial cuando la prestación a la que se tiene derecho constituye la reactivación, por un período breve de tiempo –algunos días o semanas–, de una prestación por desempleo que quedó suspendida años atrás, en el momento de ingresar en prisión, como es el caso resuelto por la [STSJ de Extremadura, de 30 de marzo de 2006](#) (AS 2006, 1061)³¹⁾. Asimismo, puede suceder que el

trabajador ha cotizado en prisión durante un período de tiempo que le va a permitir el acceso a la protección contributiva de desempleo durante un período más bien breve –por ejemplo, 120 días–, estando en realidad más interesado por un subsidio mucho más prolongado y en una cuantía que puede ser incluso superior a la de la prestación³²). Lo cierto es que se han producido pronunciamientos diversos al respecto, destacándose en todos ellos la sensación de que el actual sistema no es satisfactorio, ya que la regla de excluir el acceso al subsidio cuando se tenga derecho a prestaciones por desempleo puede resultar humillante e incluso cruel, si tenemos en cuenta que se va a tratar mejor a quien no ha trabajado en la cárcel que a quien ha trabajado en medio penitenciario o antes de ingresar en prisión, viéndose forzado a percibir una prestación más baja y de muy breve duración. Por ello, sería necesario establecer una suerte de derecho de opción en la línea del artículo 212 LGSS, de modo que en el momento de la excarcelación, el trabajador disponga del derecho a escoger entre la prestación por desempleo o el subsidio asistencial.

Al respecto, creo que otra opción interpretativa más favorable a las personas excarceladas, –una suerte de derecho a la acumulación de prestación y subsidio– es excesiva. Por lo demás, algunas sentencias –[STSI de Galicia de 4 de junio de 2001](#) (JUR 2001, 216975)–, preconizan que será obligatorio acceder –solamente– a la prestación «*cuando al tiempo de la liberación el interesado tenga derecho a la prestación por desempleo contributivo y penda su íntegro disfrute*». De todos modos, esta solución interpretativa puede aplicarse a situaciones muy variadas y no siempre será satisfactoria para los interesados. Todo va a depender del alcance temporal del «íntegro disfrute» de la prestación que en cada caso corresponda al trabajador. Es decir, si el trabajador ha meritado el derecho a 720 días de prestación por desempleo después de muchos años trabajando en el taller penitenciario, qué duda cabe que además de «pende su íntegro disfrute» puede ser más interesante acceder a esa prestación que no a un subsidio por excarcelación de 18 meses. Ahora bien, si «pende el íntegro disfrute» de una prestación de 120 días, sin duda el trabajador excarcelado va a preferir acceder al subsidio asistencial. En todo caso, cabe advertir que no existe unanimidad en nuestros tribunales³³) ya que ciertamente, la opción del artículo 210.3 LGSS no está prevista para este supuesto. Todo ello aconsejaría abordar normativamente la clarificación de un derecho de opción que ha sido propuesto por otras voces para contextos en los que cabría acceder al subsidio de excarcelación y a otros subsidios asistenciales³⁴).

2. CUESTIONES RELEVANTES EN EL ACCESO AL SUBSIDIO DE EXCARCELACIÓN. REFORMAS PENDIENTES Y REFORMAS RECIENTES

2.1. Aspectos básicos y problemáticos del régimen jurídico del subsidio de excarcelación

El subsidio asistencial por excarcelación del artículo 215 1.1) d) de la [LGSS](#) constituye una figura subsidiaria de las prestaciones por desempleo –a las que se pudiese tener derecho–, que tendría como finalidad garantizar un apoyo básico a la reinserción de los presos excarcelados. No obstante, el subsidio de mayores de 55 años también será de acceso preferente al subsidio de excarcelación cuando el liberado de prisión cumpla los requisitos previstos a estos efectos en el artículo 215.1 3) LGSS³⁵). En tanto que dispositivo de carácter asistencial, el subsidio por excarcelación comparte con las otras tipologías el requisito de que el solicitante, a título individual, acredite unos ingresos que no superen el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional sin pagas extraordinarias tanto en el momento del acceso como durante el período de percepción. Asimismo, la cuantía será equivalente al 80 por 100 del PREM mensual vigente a cada momento. Del mismo modo, el acceso al subsidio exige un período de espera de un mes antes de que se abra el período de quince días hábiles para solicitar la prestación, lo que para este supuesto no parece de recibo atendiendo al preponderante perfil marginal de las personas excarceladas. El período de espera se iniciará cuando el trabajador decida inscribirse (art. 9.1 [RD 625/1985](#)), para lo cual la Administración parece otorgarle el plazo de un mes desde que se produzca la excarcelación³⁶), solución flexible que se me antoja razonable dadas las circunstancias que pueden acompañar a la salida de la prisión como por ejemplo, el traslado a su localidad de origen. El período de encarceramiento será acreditado mediante certificado del Director del establecimiento penitenciario en el que constarán las fechas de ingreso y de excarcelación, (art. 12.1 [RD 625/1985](#)). Como ya se ha señalado, el subsidio tendrá una duración básica de seis meses, con dos prórrogas adicionales de seis meses (art. 216.1 LGSS), lo que permite un acompañamiento

mínimamente razonable de la persona excarcelada.

Un requisito básico y específico de acceso es el de haber sido liberado de prisión *«siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses»*, privación de libertad que puede derivar tanto de cumplimiento efectivo de la pena como de prisión provisional ya que tanto la dicción literal de la LGSS como los antecedentes de la norma así lo indican³⁷). A este respecto, el legislador sugiere que a partir de seis meses de privación de libertad, la desconexión con el mercado de trabajo exige de un apoyo específico³⁸). De ahí que, por lo demás, los tribunales hayan interpretado³⁹) que dicho período de privación de libertad haya de ser continuado y sin intermitencias, por lo que no cabe sumar períodos de prisión provisional y de cumplimiento de la pena mediando interrupciones⁴⁰), ni tampoco períodos de privación de libertad entrecortados por incidencias diversas⁴¹). Asimismo, la doctrina judicial ha descartado el acceso al subsidio de los penados en régimen abierto dentro del tercer grado penitenciario⁴²), solución razonable teniendo en cuenta que aunque se produzcan salidas de prisión, la persona no ha sido liberada en sentido estricto, pareciendo más conveniente reservar toda la protección al momento de la efectiva liberación⁴³). Téngase en cuenta que de conformidad con los artículos 80 y 102.4 del Reglamento Penitenciario ([RD 190/1996, de 9 de febrero](#)), el tercer grado en régimen abierto comporta un régimen de semilibertad, no de excarcelación en sentido estricto. Por lo contrario, no cabe duda de que la noción de excarcelación incluye a la libertad condicional –mencionada todavía de modo expreso en los artículos 12.1. y 12.4 del RD 625/1985– y que puede comportar la excarcelación cuando se hayan cumplido tres cuartas partes de la pena, de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 del [Código Penal](#). Ahora bien, la libertad condicional puede ser revocada, entre otras razones, si el liberado vuelve a delinquir o incumple las reglas de conducta impuestas (art. 93 Cp), lo que sugiere la conveniencia de prever esta situación en el RD 625/1985 a los efectos que pueda decretarse la suspensión en el percibo del subsidio por desempleo⁴⁴).

Lógicamente, el carácter asistencial de este subsidio no impide su acceso a ciudadanos de otros países de la Unión Europea⁴⁵) y según se ha sugerido, tampoco impediría el acceso al subsidio el cumplimiento de la pena en otros países⁴⁶). Más problemas se dan en el acceso al subsidio asistencial por parte de personas nacionales de países no pertenecientes a la Unión Europea en situación administrativa irregular para las que, con diversos matices, la respuesta general de la doctrina judicial es la denegación del subsidio⁴⁷) ante la imposibilidad de cumplir con el requisito de inscripción y búsqueda de empleo por carecer de autorización para trabajar o de residencia permanente en España⁴⁸). A este respecto, cabe señalar que el alto porcentaje de población penitenciaria extracomunitaria permite deducir un alcance limitado del subsidio⁴⁹), lo que se refleja en que a día de hoy apenas supere el 1 por 100 del conjunto de subsidios de desempleo percibidos en España⁵⁰).

Más allá del típico supuesto de excarcelación, la reforma operada en la materia a través de la [Ley 66/1997](#), aportó dos situaciones más que podían dar derecho al subsidio asistencial de desempleo y que se reflejan en el artículo 215.1. 1) d) LGSS. La primera de ellas se refiere a la liberación de menores de centros de internamiento siempre que hubiesen permanecido en el centro durante un período superior a los seis meses a causa de la comisión de delitos, con la condición de que en el momento de la liberación sean mayores de 16 años⁵¹). La segunda tiene sin duda un mayor alcance cuantitativo y social, y ha generado problemas interpretativos de cierta entidad, lo que aconseja la introducción de reformas al respecto. En este sentido, añade la LGSS como supuesto protegido la de *«las personas que hubiesen concluido un tratamiento de deshabituación de su drogodependencia, siempre que el mismo hubiera durado un período superior a seis meses, y hayan visto remitida su pena privativa de libertad en aplicación de lo previsto en el artículo 87 del Código Penal»*. La reforma legal tiene pleno encaje en el artículo 25 de la [Constitución](#) pretendiendo garantizar apoyo económico y social a aquellas personas que en base a lo previsto en el artículo 87 del Código penal obtengan la suspensión de la pena y se sometan a procedimientos de deshabituación. A este respecto, el Código Penal prevé esta medida para aquellas personas que hayan cometido delitos a causa de su dependencia de sustancias mencionadas en su artículo 20.2⁵²), siempre que hayan sido condenados a penas privativas de libertad que no superen los cinco años. Al respecto, el Juez o Tribunal decretará la suspensión de

la pena durante un plazo que oscilará entre tres y cinco años y quedará condicionada a que el reo no delinca durante este lapso temporal y a que «no abandone el tratamiento hasta su finalización» (art. 87.4 Cp). Esta figura concluirá con la remisión de la pena si transcurrido el plazo de suspensión el reo no ha delinquirado y se acredita su deshabitación. En este terreno, el artículo 215.1 1) d) LGSS ha generado interpretaciones restrictivas que han dado lugar a la denegación del subsidio, por entender el Servicio Público Estatal de Empleo que no es suficiente obtener la suspensión de la pena y seguir un proceso de deshabitación, sino que es imprescindible que se «haya(n) visto remitida su pena privativa de libertad», de conformidad con la expresión literal del artículo 87 del Código Penal. A este respecto, la hipótesis razonable, en la línea de lo planteado por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en su [sentencia de 27 de septiembre de 2002](#) (AS 2002, 3540), es la de interpretar que es suficiente haber obtenido la suspensión de la pena y haber finalizado el tratamiento de deshabitación de más de seis meses de duración, ya que hacer esperar al reo hasta que obtenga el auto judicial de remisión de pena, exige que hayan transcurrido un mínimo de tres años, lo que no tiene sentido alguno desde el punto de vista de su acompañamiento en pleno proceso de reinserción social⁵³. El subsidio va a ser necesario cuando el interesado finalice con éxito el proceso de deshabitación, no cuando obtenga el auto de remisión⁵⁴, sin perjuicio de que en ocasiones –por la dificultad del proceso de deshabitación o su prolongación con altibajos– puede producirse la coincidencia de ambos.

En último término, de abordarse una revisión del régimen jurídico de la protección por desempleo de la población excarcelada, no estaría de más regular este extremo de modo más claro, omitiendo toda referencia a la remisión de la pena ya que la opción de la interpretación literal mina la eficacia del subsidio en el acompañamiento de los exreclusos y su reinserción social⁵⁵.

2.2. La reciente introducción de medidas restrictivas en el acceso al subsidio asistencial

La [Ley 22/2013 de 22 de diciembre](#), de Presupuestos Generales del Estado para 2014 (disposición final cuarta, apartado octavo, mediante la que se aprueba la disposición adicional sexagésima sexta de la [LGSS](#)), ha introducido modificaciones que tienen como pretensión impedir el acceso al subsidio de excarcelación a grupos de personas liberadas de prisión, siempre que concurren determinadas condiciones, una opción legislativa que pretende resaltar el reproche moral hacia una determinada tipología de delitos, al tiempo que se exige la efectiva reparación del daño causado a las víctimas. Se trata de una media que se limitará al subsidio asistencial, ya que su aplicación al nivel contributivo no encajaría adecuadamente con la lógica de ese último nivel.

Así, de una parte y para los supuestos de personas encarceladas por delitos cometidos en base a los artículos 36.2 a) y b) del [Código Penal](#) –delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, así como delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal– se condiciona el acceso a los subsidios a que se cumplan los requisitos del artículo 72 de la [Ley orgánica 1/1979](#), general penitenciaria. Es decir, deberá indemnizarse a las víctimas y abandonarse los fines y medios terroristas, además de colaborar con las autoridades⁵⁶. De otra parte y para los casos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años (art. 183 Cp) así como para los delitos de corrupción y prostitución de menores de los artículos de los artículos 187 y ss del Código Penal, se exigirá para acceder al subsidio asistencial que los autores hayan satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito así como que formulen una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito. Por lo demás, parece razonable que el sistema module la concesión de subsidios en determinados casos atendiendo a la gravedad de los delitos y a la actitud de la persona tras su excarcelación. Ahora bien, sobre esta reforma planea la duda de su constitucionalidad teniendo en cuenta que parecería más una respuesta en caliente a la desautorización de la «doctrina Parot» por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁷, que a una reforma fruto de un sereno y reposado debate, aconsejable siempre en estas materias.

3. CUESTIONES RELEVANTES EN MATERIA DE ACCESO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN SITUACIÓN DE EXCARCELACIÓN

Como se ha indicado, bajo el cumplimiento de determinadas condiciones las personas excarceladas pueden acceder a las prestaciones por desempleo, que en su caso serán preferentes al subsidio de excarcelación y a las que se tendrá derecho por diversas vías.

La primera de ellas sería la reactivación de una prestación suspendida en el momento de acceder a prisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 212.1 c] [LGSS](#). En segundo lugar y para aquellas personas que desempeñen una actividad laboral en prisión, la excarcelación supondrá la extinción del contrato de trabajo (art. 10.2 a] [RD 782/2001](#)), circunstancia que abre el derecho a prestaciones, de conformidad con la específica situación de desempleo reflejada en el artículo 19 del RD 782/2001⁵⁸), sin olvidar que también podría accederse a prestaciones en supuestos de trabajo penitenciario finalizado con anterioridad a la excarcelación⁵⁹).

Además, como se ha apuntado, el conjunto regulador del acceso a prestación por desempleo de personas liberadas de prisión contiene una interesante regla según la cual, las personas excarceladas tendrían también derecho a prestaciones por desempleo incluso sin haber trabajado en prisión, siempre que *grosso modo* el contrato de trabajo del interno liberado se hubiese extinguido como consecuencia de su ingreso en prisión⁶⁰. Así, en tal caso, cabrá acceder a la prestación por desempleo teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas en los seis años inmediatamente anteriores al ingreso en prisión (art. 12.2 [RD 625/1995\(sic\)](#)), siempre y cuando dichas cotizaciones no hubiesen sido consumidas para otra prestación⁶¹). Ahora bien, cuando la persona haya desarrollado actividad cotizada en prisión, en el momento de su excarcelación, se tendrá derecho a computar no solamente las cotizaciones realizadas en entorno penitenciario sino que se reconoce el derecho a computar cotizaciones efectuadas fuera de la prisión dentro de los seis años inmediatamente anteriores al ingreso (art. 12.2 RD 625/1985), en el bien entendido que de ese período de seis años se descontaría el período trabajado y cotizado en prisión.

El trabajador acreditará la situación de desempleo mediante certificado del Director del centro penitenciario en el que deberá constar en su caso, además de la fecha de ingreso y de excarcelación, el período de ocupación cotizada durante el tiempo de permanencia en prisión (art. 12.1 RD 625/1985). Téngase en cuenta que el RD 625/1985 (art. 3) establece la obligación de solicitar prestaciones en el plazo de 15 días hábiles sin que conste en la norma el plazo de flexibilidad de un mes concedido para la inscripción en el caso de solicitantes del subsidio asistencial de excarcelación.

Ahora bien, más allá de la existencia de un régimen jurídico que sin duda facilita el acceso a prestaciones de una cierta extensión temporal, son necesarias algunas mejoras. Así, como ya se ha indicado, desplazar el disfrute de la prestación hasta el momento de la excarcelación parece la mejor opción desde el punto de vista del acompañamiento a la población excarcelada, pero impide la protección de las familias cuando el interno ingrese en prisión. Por esa razón, se ha insistido a propósito de que quepa acceder a la prestación por desempleo tras haber ingresado en prisión, en el bien entendido que concurren necesidades familiares que así lo justifiquen.

Asimismo, cabe destacar que ni la LGSS ni el RD 625/1985 dan una solución clara a supuestos en que la persona percibe prestaciones por desempleo que se suspenden por el ingreso en prisión, y posteriormente lleva a cabo un período de actividad laboral penitenciaria que comporta cotizaciones de al menos 360 días. Para tales supuestos, la solución más razonable, aunque no tan ventajosa, consistiría en aplicar la lógica del artículo 213.1 d] LGSS, de manera que el interno liberado pueda escoger entre retomar la prestación suspendida en el momento de ingresar en prisión o bien acceder a la prestación causada por el trabajo en prisión y la posterior excarcelación. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que se trata de una aplicación analógica del artículo 213.1 d] LGSS ya que en el supuesto problemático planteado, la primera prestación se suspende por ingresar en prisión sin que concurren cargas familiares, no por desarrollar una actividad de duración superior a un año, que es el supuesto suspensivo/extintivo previsto en el artículo 213.1 d] LGSS⁶².

III. REFLEXIONES FINALES

Tras el análisis general llevado a cabo, una de las conclusiones principales apunta a que el legislador no tiene suficientemente en cuenta las necesidades familiares de los penados que vean extinguido su contrato de trabajo a causa del ingreso en prisión. En este sentido, la opción preferente consiste en desplazar el grueso de la protección al momento de la excarcelación, lo que no siempre es adecuado a los artículos 39 y 41 de la [Constitución](#). A este respecto, se me antoja más razonable permitir el acceso a la protección por desempleo en prisión, siempre que concurren necesidades familiares en la línea de lo previsto en los artículos 212.1 c) y d) [LGSS](#). A mayor abundamiento, esta propuesta iría en la lógica de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012, que preconiza de modo muy razonable el acceso en prisión a «subsidios de continuidad» tras la extinción de prestaciones por desempleo causadas antes del ingreso en prisión y percibidas parcialmente tras el mismo. De otra parte, aunque hoy en día pueda parecer una cuestión secundaria y de muy difícil asunción social, no debe olvidarse la reflexión a propósito de la desprotección de situaciones de desempleo generadas en entornos penitenciarios sin que vengan acompañadas de excarcelación. La frágil estabilidad en el empleo de las relaciones laborales penitenciarias, aconseja repensar la protección de las situaciones de desempleo que se generen sin ir de la mano de situaciones de excarcelación, de modo muy especial, cuando concorra la dependencia económica de familiares. Además, en el contexto de la excarcelación, la posibilidad de que pueda cumplirse simultáneamente con los requisitos para acceder al nivel contributivo y al nivel asistencial, exige abordar la regulación de un derecho de opción en manos del trabajador excarcelado. Al respecto, la fijación de una preferencia incondicionada por las prestaciones de desempleo (art. 215. 1) 1 d) LGSS), constituye una solución arbitraria e injusta, que puede resultar humillante cuando la prestación pendiente de percibir sea de escasa duración.

El acceso al subsidio de excarcelación en supuestos de remisión de la pena privativa de libertad por la vía del art. 87 del [Código Penal](#), hace necesaria una mejor redacción de la LGSS (art. 215.1) 1 d]), a fin de que se subraye que el requisito básico de acceso ha de ser la suspensión de la pena, no su remisión ulterior. Es lógico y coherente que el subsidio se perciba tras superar el programa de deshabitación, si bien la redacción de la Ley sugiere la necesidad de esperar a que se produzca la efectiva remisión de la pena. En fin, se ha de subrayar que las reglas dirigidas a potenciar el acceso al nivel contributivo en el momento de la excarcelación, mediante el aprovechamiento de cotizaciones efectuadas antes de ingresar en prisión constituye una buena iniciativa que puede mejorar sistemáticamente la protección de la población penitenciaria, lo que se ha de destacar de un modo especial para los casos en que no concurren responsabilidades familiares en el momento del ingreso en prisión.

FOOTNOTES

1

Como ha señalado Rubio de Medina, M^a. D.: «Aproximación al derecho de los individuos ingresados en prisión y de los excarcelados a la protección por desempleo», La Ley, Tomo núm. 3, 1995, pág. 840, lo primero que llama la atención del conjunto normativo es «*la imprecisión técnica de la Ley*».

2

Precisamente, la [sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2011](#) (RJ 2011, 6677) subraya un argumento en el que posteriormente insistirá la sentencia de 12 de diciembre de 2012; no es posible denegar o cuestionar el mantenimiento de una prestación en prisión en base a la «imposibilidad de trabajar» en ámbitos penitenciarios, teniendo en cuenta que una larga batería de disposiciones normativas derivadas del artículo 25.2 de la Constitución, indican todo lo contrario; a saber, que los penados tienen el

derecho subjetivo a exigir un puesto de trabajo, más allá de que se trate de un derecho de aplicación progresiva, tal y como matiza la [sentencia del Tribunal Constitucional 172/1989, de 19 de octubre](#) (RTC 1989, 172).

3

Como señalan Collado García, L. y Piqueras Piqueras, M^a. C.: *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Madrid, Trotta, 1997, pág. 76, la interpretación «lógica y coherente con la finalidad de mínimo de subsistencia que posee el subsidio por desempleo es la de computar todas las rentas de todos los miembros de la unidad familiar, aunque hayan sido previamente rechazadas como tal por percibir rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional».

4

Como es sabido, los artículos 215.2 y 3 [LGSS](#) determinan cómo calcular si el solicitante cumple con el requisito de carencia de rentas, para lo cual se tendrán en cuenta «cualesquiera derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional», requisito que deberá cumplirse en el momento del hecho causante, en el de la solicitud del subsidio y en el de sus prórrogas.»

5

Posteriormente, el Tribunal Constitucional mediante su [sentencia 189/2012, de 29 de octubre](#) (RTC 2012, 189), denegó el amparo solicitado por el solicitante por vulneración del derecho a la igualdad. Para el Tribunal Constitucional no hay término de comparación que posibilite apreciar el recurso ya que al parecer este criterio es de aplicación generalizada a los beneficiarios de pensiones no contributivas en prisión, no pudiendo aplicarse la comparación con quienes no son perceptores de pensiones no contributivas..

6

La sentencia, dictada en casación de doctrina por la Sala General, se pronuncia en un supuesto en el que debía de valorarse la posibilidad de que la manutención penitenciaria computara para descontar una porción de la pensión. La Sala de lo Social se inclina por asimilar la manutención penitenciaria a una suerte de ingreso prestacional en especie. El voto particular formulado por un grupo de siete integrantes de la Sala de lo Social rechaza la asimilación de las manutención penitenciaria a un ingreso prestacional, todo ello teniendo en cuenta entre otras consideraciones, que la manutención penitenciaria se concede con independencia de los ingresos del preso. El debate suscitado es fácilmente trasladable al ámbito de los subsidios asistenciales por desempleo si tenemos en cuenta que las expresiones recogidas en sede regulatoria de la invalidez no contributiva (art 144.5 [LGSS](#)) son muy similares a las que aparecen en el artículo 215.3 LGSS. En particular, la expresión más comprometida «bienes y derechos de naturaleza prestacional» es idéntica en ambos preceptos.

En su Fundamento jurídico cuarto, apartado tercero, la [STS de 10 de diciembre de 2012](#) (RJ 2013, 1094) apunta a que «(...) si el ingreso en prisión del beneficiario comporta para el legislador la suspensión del derecho –ya reconocido– a las prestaciones o al subsidio por desempleo, salvo que el beneficiario tenga responsabilidades familiares, caso en el cual se mantiene la percepción del derecho [arts. art. 212.1. c) y 219.2 [LGSS](#)], no ofrece duda alguna que la razón de ser a que responde la excepción es precisamente la de proteger elementales necesidades económicas de la familia que está a cargo del beneficiario, por lo que si esta misma situación de necesidad concurre en la fecha de la solicitud de reconocimiento, por lógica tal causa –«ratio»– ha de operar igualmente en el sentido de no obstar la declaración del derecho, habida cuenta de que el bien que se pretende proteger [la subsistencia familiar] no es razonable que pueda quedar al albur de que la condena sea anterior o posterior al reconocimiento del derecho; entender lo contrario significaría –para quienes estén a cargo del trabajador– admitir una suerte de azar jurídico, en el que la fecha de la sentencia condenatoria o de la efectividad de la condena sería la que determinase la existencia o inexistencia de medios para atender sus más elementales necesidades».

Rubio de Medina, D.: «Aproximación al derecho...», ob. cit. pág. 839 había remarcado ya en su día que «si bien su ingreso en prisión determina su pérdida de derecho a permanecer inscrito como demandante de empleo, éste no pierde su capacidad de trabajar ya que puede ejercer actividades por cuenta ajena en el interior de la prisión».

Téngase en cuenta que el artículo 231 [LGSS](#) subraya las obligaciones de solicitantes de prestaciones de desempleo, pero también de los beneficiarios, de modo que como señala la STS de 10 de diciembre de 2012 las exigencias formales se prolongarían durante todo el período de percepción de las prestaciones o subsidios.

Luque Reina, M. E.: «La reincidencia penitenciaria» en Cerezo Domínguez, A. I. y García España, E. (Coordinadoras): *La prisión en España, una perspectiva criminológica*, Granada, Comares, 2007, pág. 222, señala que la tasa de reincidencia según datos de 2005 era en España del 37,4 por 100, sin que se detecten grandes oscilaciones a los largo de los años. Clarifica la autora que «La reincidencia penitenciaria se mide mediante el porcentaje de excarcelaciones que vuelven a reingresar en la prisión por un un nuevo delito». Un retrato ilustrativo de los colectivos integrantes de la realidad penitenciaria española en Balot, J.: *La injusticia entre rejas*, Barcelona, Cristianisme i Justícia, Cuaderno núm. 116, 2002.

La cifra es la suma de la población penitenciaria registrada en las prisiones catalanas (10.348) y en el resto de España (58556 personas). Las cifras se han extraído de: Secretaría de Estado de Instituciones Penitenciarias , *Informe General*, 2012, pág. 17, y de los Descriptores estadísticos de los servicios

penitenciarios de Cataluña: http://www.gencat.cat/justicia/estadistiques_serveis_penitenciaris/8_pob.html, consultados el 10 de marzo de 2014.

12

En esta línea destaca de modo muy especial la [sentencia del TSJ de Madrid de 12 de marzo de 2012](#) (AS 2012, 1005) y el voto particular de la [sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de mayo de 2006](#) (AS 2006, 3180), en los que bajo una línea de equidad en la aplicación de la norma al caso concreto se opta por soluciones suspensivas en casos de condenas a penas privativas de libertad relativamente breves, cuando el trabajador acredite una antigüedad apreciable en la empresa. El planteamiento judicial es plausible ya que mediante este expediente interpretativo lo que se pretende es asegurar el retorno de los trabajadores a sus puestos de trabajo, a fin de facilitar precisamente su reintegración en la sociedad en la línea del artículo 25.2 de la [Constitución Española](#). Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.: *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Barcelona, Atelier, 2013, pág. 135, abogan también por una solución suspensiva, que sin duda y para bastantes casos sería lo más razonable.

13

Como ha apuntado la [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de mayo de 2006](#) (AS 2006, 3180), en su fundamento jurídico tercero, «(...) esas ausencias pueden interpretarse como un incumplimiento contractual grave y culpable sancionable con despido, en aplicación del artículo 54 del [ET](#), dado que la condena penal firme, partiendo de la voluntariedad del hecho delictivo determinante de la misma, deja sin justificación la ausencia al trabajo incluso anterior, de forma que si en el momento actual de la notificación de la sentencia ya no es preciso el ingreso en prisión, sin embargo, por ser condenatoria, permite que ausencias motivadas por la detención o prisión provisional anteriores, como evidentemente las derivadas del efectivo cumplimiento de la condena, se consideren injustificadas, permitiendo al empresario acudir a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente, incluido el despido, así como a prescindir de adoptar decisión extintiva alguna, interpretando que la ausencia al trabajo del interesado, por su reiteración en el tiempo y voluntariedad, supone un abandono en los términos del artículo 49.1º apartado d) del ET». Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.: *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, ob. cit., págs. 132 y 133 llevan a cabo una interesante reflexión al respecto, recordando que cabe cuestionarse si las ausencias continuadas son la vía extintiva disciplinaria más adecuada, considerando si realmente existía «una clara voluntad de incurrir en faltas de asistencia al trabajo», por esta razón los autores se inclinan por la utilización de la transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2 d) TRLET como vía extintiva más adecuada para la extinción en tales casos, más allá de la reserva que expresan sobre las soluciones extintivas.

14


Vid al respecto, el supuesto enjuiciado en la [STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2012](#) (AS 2012, 1005).

15

El artículo 205.3 [LGSS](#) señala, enigmáticamente, que «También se extenderá la protección por desempleo,

*en las condiciones previstas en este Título, a los liberados de prisión». Ahora bien, el artículo 208 LGSS no recoge la excarcelación como un supuesto específico de situación legal de desempleo. De todos modos, como ha señalado Fernández Márquez, O.: *La situación legal de desempleo*, Oviedo, 2005, Universidad de Oviedo, pág. 100, la mención a la excarcelación en el artículo 205.3 LGSS significa «que la excarcelación es por sí misma (...) causa de la situación protegida, sin que sea necesario que concurra simultáneamente alguna de las hipótesis enumeradas en el artículo 208 del TRLGSS».*

16

Al respecto, el artículo 12.1  [RD 625/1985](#) sugiere claramente a la excarcelación como situación legal de desempleo, lo que permitiría aprovechar cotizaciones anteriores al ingreso en prisión. Es más, Fernández Márquez, O.: *La situación legal de desempleo*, ob. cit., pág. 165 subraya incluso que «un excarcelado que reúna los períodos de ocupación cotizada requeridos, y cuyo contrato se hubiera extinguido con participación de su voluntad antes de ingresar en prisión, pongamos por caso, estará en situación legal de desempleo en el momento de su liberación si quiere emplearse».

17

Barrios Baudor, G. L.: *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Elcano, Aranzadi, 1997, pág. 336 subraya cómo «es la liberación de prisión y no, curiosamente, la mera permanencia en ella, la que recibe, a los solos efectos de la prestación contributiva por desempleo la consideración de situación de asimilada a la de alta».


18

Rubio de Medina, D.: «Aproximación al derecho...», ob. cit. pág. 838, subraya la necesidad de probar la estancia en prisión, de la que deriva la acreditación de la situación de asimilada al alta para el acceso a la protección por desempleo.

19

Barrios Baudor, G. L.: *Las situaciones asimiladas al alta...*, ob. cit., pág. 336 coincide con este planteamiento al señalar que «se trata de amparar económicamente en el momento de su puesta en libertad a quien, habiendo sido trabajador por cuenta ajena, encuentra especiales dificultades para acceder a un empleo».

20

La  [sentencia TSJ de Castilla y León de 11 de noviembre de 2004](#) (JUR 2004, 108746) deniega prestaciones siguiendo la aplicación estricta de la Ley y subrayando que la denegación de prestaciones en el momento de acceder a la prisión va a garantizar una mejor protección tras la excarcelación.

21

Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.: *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, ob.

cit., pág. 134 proponen con una finalidad aclaratoria, la fijación de una causa extintiva específica en el artículo 49 del [TRLET](#). Sin duda, tal planteamiento tendría una utilidad de interés en aras a acceder a la protección por desempleo.

22

A título de ejemplo, el artículo 10 del [RD 782/2001](#) refleja supuestos extintivos que con carácter general se encuentran incuestionablemente cubiertos por la protección por desempleo. Son ejemplo de ello la terminación de la obra o servicio, la ineptitud sobrevenida o la fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo.

23

Como ha apuntado la [sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010](#) (RJ 2010, 7583) en su fundamento jurídico sexto, *«es importante subrayar que, como consecuencia de los deberes de prestación de la Administración penitenciaria en orden a la cobertura de las necesidades básicas del interno durante el cumplimiento de las penas de privación de libertad, estas necesidades pueden considerarse atendidas al menos al nivel mínimo de protección que constituye el objetivo de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social»*.

24

Se manifiesta en esta línea la [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León \(Valladolid\), de 14 de enero de 2003](#) (AS 2003, 276) en el contexto de la determinación de los mínimos salariales aplicables a la relación laboral. Señala la resolución (FJ 3º) que la especificidad de la relación laboral especial *«(...) nace del hecho básico, de que el trabajo prestado por los penados aunque tenga un resultado útil o productivo, no se integra en el general y ordinario, fin productivo empresarial, sino que tiene un componente reeducativo o de reinserción social, y como tal forma parte del tratamiento aplicado a quienes se han apartado de los parámetros de convivencia social, permitiendo alcanzar otros beneficios que los meramente económicos, en orden al cumplimiento de la pena, por ello el Estatuto Laboral no cumple respecto de tales trabajos una función normativa supletoria, sino integradora del ordenamiento específico penitenciario»*.

25

La exclusión fue criticada en su día por el Dictamen del Consejo Económico y Social de 10 de enero de 2001 sobre el Proyecto de Decreto regulador de la relación laboral penitenciaria (Madrid, CES, 2001, ejemplar en versión electrónica), pág. 9, apuntando a que *«Tanto si se trata de un olvido como si es voluntad del legislador su exclusión el Consejo estima que carece de justificación y que además podría resultar contrario a la Ley General Penitenciaria»*. Más comprensivo se muestra el Dictamen 353/2001 del Consejo de Estado, de 31 de mayo de 2001 (ejemplar fotocopiado), al señalar que *«en muchas ocasiones el tratamiento, que utiliza como instrumento el trabajo (que es un deber para el interno), comporta la posibilidad de que realice trabajos sujetos a esta relación especial quien padece una enfermedad (baste con pensar en los muchos y graves casos de drogadicción). Incluir esa contingencia podría desnaturalizar seriamente la propia entidad del trabajo penitenciario»*. De cualquier modo, no parece razonable que esta circunstancia pueda justificar una

exclusión generalizada de la incapacidad temporal.

26

En el estudio de Miguélez, F. y otros: *Trabajar en prisión*, UAB/Icaria, 2007, pág. 57, se subraya la presencia en medio penitenciario de un grupo de internos especialmente interesados en trabajar. Se trataría de los «presos que no solo no cuentan con recursos económicos, sino que tiene más necesidad, a menudo para mantener o ayudar económicamente a la familia».

27

Por todas: [STJ de Madrid de 23 de mayo de 2006](#) (AS 2006, 1784) y [STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 2006](#) (JUR 2007, 94780). En general, en materia de extinción del contrato en entornos penitenciarios: Gil Plana, J.: «Vicisitudes del trabajo penitenciario: suspensión y extinción», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011 y Fernández Artiach, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs.. 524 y ss.

28

El artículo 10.2 d) [RD 782/2001](#) prevé como causa extintiva el traslado del interno trabajador a otro establecimiento penitenciario por un período superior a dos meses, lo que genera consecuencias harto discutibles en algunos casos. Son una excelente muestra de todo ello, por un lado, la [sentencia del TSJ de Castilla y León de 14 de febrero de 2005](#) (AS 2005, 299), en la que la prolongación de un traslado temporal lleva a una extinción del contrato, en un contexto en el que la administración penitenciaria no hace el más mínimo esfuerzo por mantener el vínculo contractual, teniendo en cuenta que el trabajador no podía controlar la prolongación del traslado en modo alguno. De otra parte, la [sentencia TSJ de Castilla-La Mancha 2 de diciembre de 2004](#) (JUR 2005, 29727) (PROV 2005, 29827), refleja una actuación plenamente arbitraria de la administración penitenciaria que, tras la concesión de un traslado que tardará más de seis meses en ejecutarse, extingue el contrato de trabajo de modo inmediato, pudiendo haberlo mantenido hasta que se hiciese efectivo el traslado, en coherencia con el RD 782/2011. Llamativa es también la ligereza con la que ambas sentencias abordan la resolución de los recursos planteados.

29

Rubio de Medina, M^a. D.: «Aproximación al derecho...», ob. cit., pág. 840.

30

A este respecto, me remito al apartado tercero de la parte II del artículo. La extinción de la relación laboral penitenciaria con anterioridad a la excarcelación también podría dar acceso a la protección en el nivel contributivo.

31

En el supuesto, se plantea un caso en el que el trabajador, en el momento de la excarcelación tiene derecho a escasamente 15 días de prestación por desempleo que le quedaban para percibir cuando ingresó en prisión. Para este supuesto la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura señala que *«La finalidad y el sentido que tiene la previsión del art. 215.1.1.d) de la [LGSS](#) resulta incompatible con la denegación del subsidio a quien al tiempo de extinguir la condena privativa de libertad no es que tenga derecho a la prestación de desempleo, sino que meramente le resta una mínima parte de su percepción. Y es que, a partir de aquel precepto, no cabe dejar con una inferior protección –realmente en una desprotección– a quienes han generado desempleo contributivo con su trabajo previo, y por las circunstancias ya cuasi agotado, que a aquellos otros que nunca han trabajado ni lo han generado, haciéndolos de peor condición sin causa justificada, siendo así imperativo garantizar al menos el mismo nivel de protección a unos y otros»*. Este planteamiento es seguido de muy de cerca por la [STSJ de Galicia de 4 de junio de 2001](#) (JUR 2001, 216975), supuesto en el que al actor le correspondían escasamente dos meses de prestación.

32

Debe tenerse en cuenta que buena parte del empleo penitenciario se lleva a cabo a tiempo parcial, y con unas retribuciones por lo general inferiores a la cifra del salario mínimo interprofesional. Así se deduce del estudio de Miguélez, F. y otros: *Trabajar en prisión*, ob. cit., págs. 101 y ss. Si además, tenemos en cuenta que la cuantía de las prestaciones por desempleo se va a calcular teniendo en cuenta la jornada y salarios percibidos, es lógico esperar una cuantía muy baja.

33

Este es el caso de la [sentencia del TSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2002](#) (JUR 2002, 28482) en la que se viene a defender, desde una perspectiva poco flexible y formalista que *«El derecho de opción que la sentencia dice, no es aplicable en este caso, primero por no haberse creado esta figura para estos casos y en segundo lugar porque no existen dos derechos a la vez, sino que el derecho del subsidio nace al agotarse la prestación contributiva y no antes»*.

34

Rubio de Medina, D.: «Aproximación al derecho...», ob. cit., pág. 838.

35

Obsérvese que la [LGSS](#) exige que el trabajador tenga cumplida la edad *«en el momento de reunir los requisitos para acceder a un subsidio de los supuestos contemplados en los apartados anteriores o cumplirla durante su percepción»*, lo que comporta que también sea posible el paso del subsidio de excarcelación al subsidio para mayores de 55 años.

36

La guía «Otros subsidios por desempleo» publicada por el Servicio Público de Empleo Estatal, señala que para el acceso al subsidio asistencial de excarcelación, «el plazo para inscribirse como demandante de

empleo es de un mes desde la fecha de excarcelación». Documento publicado en www.sepe.es, consultado en el mes de febrero de 2014.

37

Diversos autores llaman la atención a propósito de la consolidación de una expresión genérica «liberados de prisión» bien diferente a la anterior al [RDL 3/1989](#) que precisaba como titulares del derecho «a los liberados de prisión por libertad condicional o cumplimiento de la pena». Al respecto, Collado García, L y Piqueras Piqueras, M^a.C: *El subsidio por desempleo*, ob. cit., págs. 90 y 91 o Rubio de Medina, M^a. D.: «Aproximación al derecho...», ob. cit. págs.. 235-236.

38

Sin olvidar, como subraya Rubio de Medina, M^a. D.: «Aproximación al derecho...», pág. 836, que con dicho mínimo temporal «*se ha pretendido racionalizar la carga económica que debe soportar el Estado en su obligación de favorecer la reinserción social*».

39

No obstante, Collado García, L y Piqueras Piqueras, M^a. C: *El subsidio por desempleo*, ob. cit., pág. 93, defienden la suma de períodos aislados de prisión provisional y cumplimiento efectivo de la pena en base a doctrina judicial más antigua. Sin perjuicio de la razonabilidad de tal planteamiento me da la impresión de que no es tan simple la asimilación de período de prisión a período cotizado o de residencia. La exigencia de desconexión continuada con el mercado de trabajo es un criterio probablemente más plausible, aunque ello debería venir acompañado por un derecho a la suspensión del contrato de trabajo en el caso de permanencia en prisión inferior a seis meses.

40

[STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de mayo de 2001](#) (AS 2001, 3179), subrayándose que la privación de libertad supone el «*efectivo cumplimiento de la pena en el correspondiente establecimiento penitenciario*».

41

Tal es el supuesto enjuiciado por el TSJ de la Comunidad Valenciana en su [sentencia de 11 de marzo de 2005](#) (AS 2005, 945) en el que la intermitencia deriva de un quebrantamiento de condena causado por el solicitante del subsidio.

42

[STSJ de Aragón de 22 de marzo de 1995](#) (AS 1995, 900), dictada en reclamación de prestación contributiva de desempleo.

Por lo contrario, para el supuesto de un beneficiario del subsidio de mayores de 55 años, la [STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2000](#) (AS 2001, 1398) acepta la reactivación del subsidio cuando se pasa a régimen abierto. Ahora bien, en este caso el subsidio es «vitalicio», de modo que el disfrute a partir del régimen abierto no va a recortar la extensión de la protección cuando se produzca la total excarcelación del interno.

La STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2000 cit (nota anterior) la sugiere para supuestos de regresión de grado en el caso de beneficiarios del subsidio de mayores de 55 años en tercer grado y régimen abierto.

Aunque con anterioridad a la entrada en vigor del actual Reglamento de Coordinación en materia de Seguridad Social ([Reglamento 883/2004](#) del Consejo y del Parlamento Europeo), la [STSJ de Andalucía/Granada de 26 de enero de 1999](#) (AS 1999, 556) rechazó una solicitud del subsidio de excarcelación formalizada por un ciudadano francés que había permanecido más de seis meses en una prisión española, alegando que el ciudadano extranjero no era un trabajador, ámbito natural de aplicación del anterior [Reglamento 1408/1971](#) de coordinación. Al respecto, el argumento no es baladí y no sería sostenible con el Reglamento 883/2004, ya que el mismo se dirige a la protección de ciudadanos (art. 2), no solamente de trabajadores.

Rubio de Medina, M^a. D.: Aproximación al derecho...», ob. cit. pág. 838, señala que «*No existe determinación territorial del ámbito geográfico donde han estado privado de libertad los españoles, con lo que incluso tiene derecho los excarcelados en el extranjero, siempre que retornen a España*». Sin embargo, tal planteamiento no se me antoja del todo viable porque desde una perspectiva de territorialidad, la [LGSS](#) se aplicaría en principio a hechos causantes sucedidos en España o con una cierta conexión causal con España que en este caso no se produce. Otra cosa es que nos halláramos ante un preso que ha cumplido una parte de la condena en otro país de la UE y finaliza su pena privativa de libertad en España, aunque ciertamente los períodos de prisión no se contemplan expresamente como susceptibles de totalización en el artículo 6 del [Reglamento 883/2004](#), de coordinación.

Por todas, cabe destacar de un lado la [sentencia del TSJ de Cantabria de 28 de marzo de 2003](#) (AS 2003, 2672), que sugiere que el subsidio se deniega por carecer del permiso de trabajo no solo en el momento de la excarcelación, sino incluso en el momento de ingreso en prisión. Más beligerante se muestra la [STSI de Castilla-La Mancha de 26 de octubre de 2004](#) (AS 2004, 2949), que se inclina por no matizar y por resolver negativamente siempre que el trabajador carezca del permiso en el momento de la excarcelación.

Con carácter más ponderado se ha pronunciado la interesante [sentencia del TSJ de Madrid de 19 de octubre de 2012](#) (AS 2000, 4356), mostrándose a favor de la concesión del subsidio cuando la persona excarcelada mediante un expediente de libertad condicional deba permanecer en España hasta que se alcance la fecha del cumplimiento total de la condena.

Ciertamente, los datos a los que se ha podido acceder corresponden en general a población penitenciaria extranjera, de modo que no está claro cuánta de esta población es extracomunitaria y cuánta se encuentra en situación administrativa irregular en España. En todo caso, las cifras son evidentes ya que en las prisiones gestionadas por la Administración General del Estado, el porcentaje de población extranjera alcanzaba en 2012 un 31,3 por 100 del total, mientras que para las prisiones catalanas la cifra es todavía más abrumadora ya que para 2012 el porcentaje se movió entre un 44 y un 45 por 100. Datos extraídos de Secretaría de Estado de Instituciones Penitenciarias, *Informe General*, 2012, pág. 20, y de los Descriptores estadísticos de los servicios penitenciarios de Cataluña: http://www.gencat.cat/justicia/estadistiques_serveis_penitenciaris/8_pob.html, consultados el 10 de marzo de 2014.

Tomando datos correspondientes a 2012, el número total de perceptores del subsidio de excarcelación fue de 13.191, lo que apenas alcanza el 1,1 por 100 del total de perceptores de subsidios, que fue de 1.186.824. Datos extraídos del *Anuario de Estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social 2012*, Madrid, MESS, 2013, Ficha Prestaciones por Desempleo PRD-04, Beneficiarios del nivel asistencial.

Toscani Giménez, D.: *El nivel asistencia de protección por desempleo*» Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 68, critica la exigencia de la edad mínima de 16 años, subrayando la desprotección que pueden padecer menores de esa edad liberados. De cualquier modo, dicho límite de edad se me antoja razonable ya que al fin y al cabo la protección por desempleo está íntimamente vinculada a personas en edad laboral, sin olvidar que los dispositivos de rentas mínimas de inserción acostumbra a ser muy exigentes en materia de edad mínima de acceso. A título de ejemplo la [Ley catalana 10/1997, de 3 de julio](#), de renta mínima de inserción exige (art. 6) una edad mínima de 25 años, salvo que se acrediten menores o personas con discapacidad a cargo, así como situaciones de desamparo o riesgo social, que dadas las circunstancias serán valoradas con extrema rigidez. De cualquier modo, en este último caso el mínimo de edad de acceso será de 18 años (art. 4.1 d) [Decreto 384/2011, de 30 de agosto](#)).

Se trata de estados de intoxicación derivados del consumo de «bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos».

Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias mencionada en texto principal, en su fundamento jurídico único, «(...) *no parece que el legislador haya querido que el delincuente toxicómano rehabilitado por haber estado sometido durante más de seis meses a un programa terapéutico de deshabitación con resultado positivo, tenga que esperar un plazo no inferior a tres años para que el Estado le reconozca un subsidio con el que contribuir a su reinserción social*».

En el mismo sentido, Toscani Giménez, D.: *El nivel asistencial...*, ob. cit., págs. 68-69.

Como ha señalado Redondo Illescas, S.; Pozuelo Rubio, F. y Ruiz Alvarado, A.: «El tratamiento en las prisiones: investigación internacional y situación en España», en Cerezo Domínguez, A. I. y García España, E. (Coordinadoras): *La prisión en España, una perspectiva criminológica*, Granada, Comares, 2007, pág. 211, «*la sociedad española necesita ensartar políticas preventivas multifacéticas e integradas en coherencia con la propia naturaleza diversa y compleja del fenómeno delictivo. Sólo de ese modo será posible contener y aliviar, a medio y largo plazo, la delincuencia de presente y del futuro*».

En concreto, la Ley General penitenciarias exige «*que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades*»

Sobre el particular *vid* la noticia «UP y D atrae al PP para quitar un subsidio a los etarras excarcelados», El País de 20 de noviembre de 2013.

Téngase en cuenta que en tal caso, la situación legal de desempleo sería mixta o compuesta teniendo en cuenta la íntima conexión existente entre la extinción del contrato de trabajo y la excarcelación. Asimismo, la excarcelación sería una situación legal de desempleo que permitiría el acceso a prestaciones para

personas que hubiesen trabajado en prisión y su contrato de trabajo se haya extinguido antes de la excarcelación. La misma consecuencia cabe extraer para el caso de reclusos en tercer grado penitenciario que, en régimen abierto (art. 80 del Reglamento Penitenciario ([RD 190/1996](#)), trabajen en empresas externas y vean extinguido su contrato de trabajo antes de la excarcelación.

59

A este respecto, y como ya se ha subrayado en diversos puntos del artículo, la mera excarcelación será una situación legal de desempleo. Por ello, de cumplirse con el requisito de carencia, cabría acceder al nivel contributivo.

60

Para tales supuestos, Rubio de Medina, M^a. D.: «Aproximación al derecho...», ob. cit., pág. 837 señala que no será necesario reclamar por despido disciplinario, en supuestos en los que la empresa dé por desistido al trabajador, para poder acceder a las prestaciones por desempleo en el momento de la excarcelación. Ello es así porque la Circular 23/1985, de 11 de junio, del antiguo INEM establecía el derecho a prestaciones en el momento de la excarcelación tanto si había impugnación del despido –y con independencia de que fuese declarado procedente o improcedente, lo que en los años ochenta no era indiferente— como si no la había.

61

Barrios Baudor, G. L.: *Las situaciones asimiladas al alta...*, ob. cit., pág. 34, remarca este dato.

62

Como es sabido, el artículo 213.1 d) [LGSS](#) prevé como causa de la extinción de la prestación por desempleo la «*Realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 210 LGSS*», lo que significa que, no obstante, cabría optar por reactivar la prestación teóricamente extinguida tras haber desempeñado un trabajo de un año. En tal caso, evidentemente, las últimas cotizaciones, correspondientes a aquella prestación por la que «*no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, de nivel contributivo o asistencial*».

.

Este artículo constituye una versión ampliada de la comunicación presentada a las XXV Jornadas Catalanas de Derecho Social celebradas en el campus de la Universidad Autónoma de Barcelona los pasados días 20 y 21 de febrero, bajo la temática de la “Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores”. El título de la comunicación fue “Propuestas de mejora en la protección por desempleo de la población penitenciaria y postpenitenciaria. Un análisis de conjunto”.

