

XXV JORNADES CATALANES DE DRET SOCIAL.

Comunicación: “Propuestas de mejora en la protección por desempleo de la población penitenciaria y postpenitenciaria. Un análisis de conjunto”.

Ricardo Esteban Legarreta

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Autónoma de Barcelona.

Presentada a la ponencia “La vulnerabilidad de derechos de protección social. Las reformas en materia de cotización en contratos a tiempo parcial; pensión de jubilación y prestaciones por desempleo”, a cargo de la profesora Sofía Olarte Encabo.

Propuestas de mejora en la protección por desempleo de la población penitenciaria y postpenitenciaria. Un análisis de conjunto.

Ricardo Esteban Legarreta

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Autónoma de Barcelona.

0. Planteamiento.

Esta comunicación pretende abordar algunos aspectos problemáticos relacionados con la protección por desempleo de la población penitenciaria y de las personas objeto de excarcelación. 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 han sido objeto de excarcelación, sin perjuicio de que la protección por desempleo de la población penitenciaria se visibiliza fundamentalmente a través del subsidio asistencial del artículo 215.1 1) d] LGSS. Por ello en las líneas que siguen se analizarán dos grandes bloques materiales. 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 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 aunque la protección contributiva representa 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 preferente la atención, 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 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”.

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 acarrearía 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. La solución judicial deriva de la falta de previsión normativa expresa al respecto, así como por 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, excluida la prorrata de pagas extraordinarias. 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. *Ahora bien, 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 familiares*³.

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,

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 172/1989).

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”.

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 penado acredite responsabilidades familiares. En este sentido, el mantenimiento de la percepción del subsidio será de aplicación para cualesquiera 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 que concurra 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 beneficiarios puede atizar el debate a propósito del cómputo de la manutención penitenciaria como ingreso impenitivo 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) que se ha inclinado, no sin polémica, por el cómputo de la manutención a cargo de la Administración penitenciaria como asimilado a un derecho de naturaleza prestacional⁵.

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 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 la 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. Más en particular, la expresión más comprometida –bienes y derechos de naturaleza prestacional” es idéntica en ambos preceptos.

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 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, 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) 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 familiares⁶,

⁶ En su Fundamento jurídico cuarto, apartado tercero, la STS de 10 de diciembre de 2012 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

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 penitenciario⁷ (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)⁸, 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.

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.

⁷ 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.

⁸Téngase 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 periodo de percepción de las prestaciones o subsidios.

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, se suspende al ingresar en prisión. Ahora bien, para supuestos de personas en activo, el ingreso en prisión para 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. 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 sentencias⁹. 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. *Grosso modo*, 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)¹⁰ 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 deliberadamente¹¹. La cuestión que se abre a partir de la sentencia del Tribunal

⁹ 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 las 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.

¹⁰ 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”

¹¹ *Vid* al respecto, el supuesto enjuiciado en la STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2012 (AS 2012/1005).

Supremo de 10 de diciembre de 2012, 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 prisión. En tales casos, sería precisamente el ingreso en prisión lo que generará 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.

Ciertamente, el planteamiento expresado indirectamente por el artículo 215.1. 1) d) LGSS y —especialmente— el artículo 12.2 RD 625/1981 sería el de que en supuestos de extinción contractual causada por el ingreso en prisión, el posible acceso a prestaciones se va a posponer al momento de la excarcelación. Todo ello con independencia de que la extinción se vehicule a través de un despido disciplinario o no, y sin perjuicio de que la extinción sea objeto de impugnación por el trabajador. A priori, el planteamiento tiene visos de razonabilidad: se trataría de reservar la protección del individuo para cuando abandone la prisión. Sin embargo, no hemos de perder de vista que quizás, en el momento del ingreso las necesidades familiares apremien sin olvidar que en el momento de la excarcelación habría derecho, de cumplirse las condiciones legales, a acceder a la protección asistencial por excarcelación.

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 protección¹². 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

¹² 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.

generado interesantes debates en el acceso a pensiones no contributivas¹³. 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)¹⁴, lo que puede contribuir a esta desprotección de las situaciones de desempleo. Asimismo, desde una perspectiva bienintencionada cabría interpretar 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 782/2001¹⁵. En otras palabras, si los estándares de protección social en entornos penitenciarios dejan sin una cobertura tan esencial a los internos trabajadores, 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 internos¹⁶. Por lo demás, la arbitrariedad que destila la

¹³ Como ha apuntado la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre e 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”*.

¹⁴ Se manifiesta en esta línea la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Valladolid), de 14 de enero de 2003 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”*.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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

puesta en práctica de algunos supuestos extintivos, al menos en la casuística reflejada por la doctrina judicial¹⁷, 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. Para concluir, y siguiendo a RUBIO DE MEDINA¹⁸, 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 interpretación 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 penadas e incluso, de las personas que abandonan un centro penitenciario tras finalizar la situación de prisión preventiva puede llevarse a cabo tanto por la vía de la protección contributiva como a través de la protección asistencial por desempleo. De un lado, dispondrán de la cobertura contributiva los penados que trabajen en talleres penitenciarios y sean liberados, 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 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*”. 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 en el momento de la excarcelación y fundamentadas en una extinción contractual originada en el ingreso en prisión¹⁹.

Ahora bien, más allá de esta protección contributiva dispensada a los internos que trabajen, la Ley prevé (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

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”.

¹⁷ 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.

¹⁸ RUBIO DE MEDINA, M^a.D.: “Aproximación al derecho...”, ob. cit., pág. 840.

¹⁹ A este respecto, me remito al apartado 3 de la parte II de esta comunicación.

una problemática relativamente frecuente derivada de la existencia de un 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 periodo 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)²⁰. Asimismo, puede suceder que el trabajador ha cotizado en prisión durante un periodo de tiempo que le va a permitir el acceso a la protección contributiva de desempleo durante un periodo 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

²⁰ 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.

prestación²¹. 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 otras opciones interpretativas más favorables a las personas excarceladas, --una suerte derecho a la acumulación de prestación y subsidio-- es excesiva en un contexto de equilibrio social de esfuerzos. Por lo demás, algunas sentencias -- STSJ 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 tribunales²² 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 otros subsidios asistenciales²³.

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

²¹ Debe tenerse en cuenta que buena parte del empleo penitenciario se lleva a cabo a tiempo parcial, y con unos salarios 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.

²² 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”.

²³ RUBIO DE MEDINA, D.: “Aproximación al derecho...”, ob. cit., pág. 838.

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

El subsidio 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) LGSS²⁴. 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 al subsidio como durante el periodo 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 periodo de espera de un mes antes de que se abra el periodo de quince días hábiles para solicitar la prestación. Ahora bien, 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 excarcelación²⁵, 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 periodo de encarcelamiento 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).

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 indican²⁶. A este respecto, el legislador sugiere que a partir de seis meses de privación de

²⁴ 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 es posible el paso del subsidio de excarcelación al subsidio para mayores de 55 años.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

libertad, la desconexión con el mercado de trabajo exige de un apoyo específico²⁷. De ahí que, por lo demás, los tribunales hayan interpretado²⁸ que dicho periodo de privación de libertad haya de ser continuado y sin intermitencias, por lo que no cabe sumar periodos de prisión provisional y de cumplimiento de la pena mediando interrupciones²⁹, ni tampoco periodos de privación de libertad entrecortados por incidencias diversas³⁰. Lógicamente, el carácter asistencial de este subsidio no impide su acceso a ciudadanos de otros países de la Unión Europea³¹ y según se ha sugerido, tampoco impediría el acceso al subsidio el cumplimiento de la pena en otros países³².

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 periodo 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 años³³. La segunda tiene sin duda un mayor alcance cuantitativo y social, y ha

²⁷ Sin olvidar, como subraya RUBIO DE MEDINA, M^a.D.: "Aproximación al derecho...", pág. 836 con dicho mínimo temporal "se ha pretendido racionalizar la carga económica que debe soportar el Estado en su obligación de favorecer la reinserción social".

²⁸ No obstante, COLLADO GARCÍA, L y PIQUERAS PIQUERAS, M^a.C: *El subsidio por desempleo*, ob. cit., pág. 93, defienden la suma de periodos aislados de prisión provisional y cumplimiento efectivo de la pena en base a doctrina judicial más antigua.

²⁹ 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".

³⁰ 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.

³¹ Aunque con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Coordinación en materia de Seguridad Social (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.

³² 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 me parece del todo seguro 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 periodos de prisión no se contemplan expresamente como totalizables en el artículo 6 del Reglamento 883/2004, de coordinación.

³³ 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

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 periodo 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 20.2³⁴, 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 delinquirido y se acredita su deshabituación. 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 deshabituación, 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 202/3540), es la de interpretar que es suficiente haber obtenido la suspensión de la pena y haber finalizado el tratamiento de deshabituación 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 social³⁵. El subsidio lo necesita cuando finalice con éxito el proceso de deshabituación, no cuando obtenga el

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.

³⁴ Se trata de estados de intoxicación derivados del consumo de *“bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos”*.

³⁵ 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 deshabituación 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”*.

auto de remisión³⁶, sin perjuicio de que en ocasiones –por la dificultad del proceso 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.

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 2013 (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 y político 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 a las prestaciones asistenciales, ya que su aplicación al nivel contributivo no encajaría adecuadamente con la lógica de ese nivel. 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.

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, la indemnización a las víctimas y el abandono de fines y medios terroristas y colaboración con las autoridades³⁷. 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

³⁶ En el mismo sentido, TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El nivel asistencial...*, ob. cit., págs. 68-69.

³⁷ 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*”

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.

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

Como se ha señalado, en determinadas circunstancias las personas excarceladas tendrán derecho a prestaciones por desempleo, que serán de acceso preferente al subsidio de excarcelación y a las que se tendrá derecho por diversas vías. De un lado, en el momento de la excarcelación sería posible retomar 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 hayan desempeñado 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 782/2001. En tales supuestos, el trabajador acreditará la situación de desempleo mediante certificado del Director del centro penitenciario en el que deberán constar en su caso, además de la fecha de ingreso y de excarcelación, el periodo de ocupación cotizada durante el periodo 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. Por lo demás, el conjunto regulador del acceso a prestaciones de personas liberadas de prisión contiene una interesante regla según la cual, las personas excarceladas tendrían derecho a prestaciones por desempleo, tanto si han trabajado en prisión como si no lo han hecho, siempre que *grosso modo* el contrato de trabajo del interno liberado se hubiese extinguido como consecuencia de su ingreso en prisión³⁸. Así, en tal caso y cuando no se haya trabajado en prisión cabría acceder a la prestación por desempleo teniéndose en cuenta las cotizaciones efectuadas en los seis años inmediatamente anteriores al ingreso en prisión (art. 12.2 RD 625/1995), siempre y cuando dichas cotizaciones no hubiesen sido consumidas para otra prestación. Ahora bien, cuando la persona haya desarrollado actividad en prisión, en el momento de su excarcelación, se tendrán derecho a computar no solamente las cotizaciones realizadas en entorno penitenciario sino que también cabría la posibilidad de computar cotizaciones efectuadas fuera de la prisión dentro de los seis años inmediatamente anteriores al hecho causante (art. 12.2 RD 625/1985), en el bien entendido que de ese periodo de seis años se descontaría el periodo trabajado y cotizado en prisión.

³⁸ 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.

En todo caso, más allá de la existencia de un régimen que sin duda facilita el acceso a prestaciones de una cierta extensión temporal, son necesarias algunas mejoras. Así, como ya se ha indicado en su momento desplazar el disfrute de las prestaciones hasta el momento de la excarcelación parece interesante a fin de facilitar un mejor acompañamiento a la población excarcelada, pero impide la protección de las familias cuando el interno ingrese en prisión.

Finalmente, cabe destacar que ni la LGSS ni el RD 625/1985 dan una solución clara a los casos en que la persona percibía prestaciones por desempleo, que se suspenden por el ingreso en prisión, y posteriormente se produce un periodo 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. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que se trata de una aplicación analógica del artículo 213.1 d) LGSS. Nótese que la primera prestación se suspende por ingresar en prisión sin concurrencia de cargas familiares, no por desarrollar una actividad de duración superior a un año que es el supuesto previsto en el artículo 213.1 d) LGSS.

III. Conclusiones.

Primera. En materia de acceso y mantenimiento de la protección por desempleo en entornos penitenciarios, se concluye que el legislador no tiene suficientemente en cuenta la concurrencia de necesidades familiares de los penados. 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.

Segunda. Aunque hoy en día pueda parecer una cuestión secundaria y difícilmente asumible socialmente, no debe olvidarse la reflexión a propósito de la desprotección de situaciones de desempleo generadas en entornos penitenciarios sin que vengan acompañadas de excarcelación.

Tercera. La posibilidad de que en algunos supuestos de excarcelación quepa acceder al nivel contributivo y al nivel asistencial de protección por desempleo, exige abordar la regulación de un derecho de opción, que debería quedar en manos del trabajador excarcelado.

Cuarta. 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, exige una mejor redacción de la LGSS, a fin de que se subraye que el requisito básico de acceso ha de ser la suspensión de la pena, no su remisión ulterior.

Quinta. Las reglas dirigidas a potenciar el acceso al nivel contributivo en el momento de la excarcelación, mediante el aprovechamiento de cotizaciones efectuadas en un momento anterior, constituye una buena iniciativa que puede mejorar sistemáticamente la protección de la población penitenciaria.

IV Bibliografía:

COLLADO GARCÍA , L. y PIQUERAS PIQUERAS, M^a.C.: *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Madrid, Trotta, 1997

MIGUÉLEZ, F. y otros: *Trabajar en prisión*, UAB/Icaria, 2007

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

TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El nivel asistencial de protección por desempleo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.