

¿SIN PERDÓN NO HAY PARAÍSO?: SUBSIDIO POR DESEMPLEO Y SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA LOS PRESOS ARREPENTIDOS DE «ETA»

Comentario a la **Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Donostia-San Sebastián, de 31 de octubre de 2014, núm. 441/2014**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

1. EL MARCO LEGAL: VOLUNTAD DEL LEGISLADOR, FIN DE LA LEY Y CONTEXTO SOCIAL

A juzgar por la más reciente actualidad, el tratamiento político-jurídico a los «*presos de ETA*» sigue siendo una cuestión irresuelta en nuestra sociedad, pese a que, afortunadamente, hace ya varios años que la violencia terrorista parece ser ya cosa de un trágico pasado. Una negra historia que nadie querría repetir y de la que la totalidad de las personas de buena voluntad abominamos. Prueba de esta resistencia institucional y social a soluciones definitivas, basadas en la justicia para las víctimas y en la apertura de una oportunidad de futuro para los victimarios arrepentidos y/o que hayan cumplido ya sus condenas, es el agrio debate sobre la excarcelación de etarras decidida por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en aplicación de una regulación comunitaria excluida, en cambio, por otra sección de la misma sala. Un conflicto interpretativo típico, de los tantos y tantos que conforman el proceloso mundo de la vida jurídica, se ha mutado en un conflicto político-institucional inaudito: el «Poder Ejecutivo» no ha escondido su indignación por la decisión de excarcelación, a través de dos de sus ministros –de Interior y de Justicia–; pero tampoco el «Poder Judicial», a través de un manifiesto firmado por la mayoría de los 18 magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo –13 concretamente–, ha querido silenciar la suya.

Como es bien sabido, el presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo convocó un pleno en el que se iba a fijar el criterio para enmendar a la Audiencia Nacional, con ocasión del recurso del preso etarra al que se denegó la acumulación de condenas, fijando definitivo criterio jurisprudencial. Este uso oportunista del recurso caldeó los ánimos de la sala, que aplazó para otro instante esa decisión y, al tiempo, decidió hacer algo inusual en nuestra historia democrática: promover un manifiesto crítico con la actitud del Gobierno, por entender quebrada la división de poderes en este caso. Lo peor es que llueve sobre mojado, pues un debate análogo se tuvo res-

pecto de la corrección en sede europea –TEHD– de la célebre «doctrina Parot», gran revés de la jurisprudencia europea para la española que la Sala Penal no quería repetir.

Por supuesto, no es fin de este diálogo con la doctrina judicial –y con la jurisprudencia, presente y futura– en el orden social entrar siquiera a enunciar los términos de tan grueso conflicto jurídico-político. Pero sí es una buena entrada y el mejor contexto para ilustrar el conflicto jurídico-social que analizamos aquí, ahora entre las entidades gestoras de la Seguridad Social y un juez de lo Social. A saber: ¿tiene derecho al subsidio de desempleo para liberados de prisión un etarra que, pese a evidenciar arrepentimiento, no ha cumplido íntegramente su «deuda civil» con la víctima? Para el Servicio Público de Empleo Estatal –SPEE– no, para la sentencia que comentamos, sí.

Para resolver la cuestión debe partirse del contenido del artículo 215.1 d) de la [LGSS](#). En él se establece el derecho de los liberados de prisión a percibir el subsidio de desempleo si se dan dos requisitos generales para todo beneficiario potencial –que haya estado más de seis meses en la cárcel y no tenga derecho a prestación–, y dos «*requisitos adicionales*» cuando se trate de ex reclusos etarras (al igual que para delitos sexuales): (1) que hayan satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando como tal la conducta efectivamente observada en orden a reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, y (2) que hayan formulado una petición expresa de perdón a las víctimas del delito. Así se estableció en la reforma hecha en tal precepto a través de la disposición final cuarta de la [LPGE para 2014](#) que, por tanto, entró en vigor el 1 de enero del 2014.

En última instancia, subyace a esa reforma legislativa una misma idea: sin que el etarra esté «*al corriente del pago de sus deudas*» con las víctimas –la *deuda económica* y también la *deuda moral*–, no ya solo con la sociedad –cumplimiento de su condena–, no hay posibilidad de reconocimiento de un subsidio de desempleo *ex* artículo 215.1 d) de la [LGSS](#) que le abra una nueva oportunidad de inserción en la sociedad española. Consecuentemente, una cuestión que es eminentemente «ética» –el arrepentimiento del victimario y el resarcimiento moral íntegro de la víctima– se convierte en determinante del reconocimiento de un derecho social a la segunda oportunidad de inserción en la vida comunitaria.

2. EL CASO CONCRETO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

El actor –reconocido terrorista etarra– salió de prisión el 29 de noviembre del 2013, tras haber cumplido una condena de más de 22 años, y el 2 de diciembre del 2013 se apuntó en las oficinas de Lanbide –Servicio de Empleo vasco– como demandante de empleo. Para solicitar el subsidio de desempleo esperó el mes que establece el artículo 215.1.1 de la [LGSS](#) para acceder a dicho subsidio, mes durante el cual podía haber recibido alguna oferta de empleo, de manera que solo podía solicitar dicho subsidio a partir del 2 de enero del 2014. Este ex preso de ETA, después de estar más de 20 años en prisión, se ha desvinculado de la organización, firmando un documento en el que pide perdón a las víctimas, lo que le valió la expulsión de ETA. En cambio,

no ha hecho frente a la responsabilidad civil, por cuanto ahora no dispondría de bienes para hacerlo, dado que los que tenía antes del ingreso en prisión ya fueron embargados para hacer frente a aquella responsabilidad, sin generar ingreso alguno durante el periodo de prisión. No obstante, evidencia su voluntad de hacer frente al pago de su deuda civil con una parte de lo que reciba en concepto de ayuda o subsidio social asistencial.

La representación de la entidad gestora, el SPEE, se opone al reconocimiento de este subsidio. Para ello alega que en este caso no se han cumplido los requisitos que establece la *disposición adicional sexagésima sexta de la LGSS* para poder acceder al subsidio que solicita. Esta disposición exige no solo que esté abonada de forma efectiva la responsabilidad civil derivada del delito, sino también que haya una petición expresa de perdón a las víctimas, requisitos que no cumpliría el actor. De ahí que proponga sea ratificada judicialmente la Resolución de 31 de enero del 2014, que le denegó el derecho a percibir el subsidio de desempleo, por ser conforme a Derecho. El actor impugna esta decisión administrativa porque entiende que sí cumple con ambos requisitos adicionales. El Juzgado de lo Social número 4 de San Sebastián –Donostia– asumirá la posición del actor, reconociendo el derecho y revocando la decisión administrativa. Se trata de un subsidio de 426 euros y tiene una duración de 6 meses, prorrogable por otros 12.

3. JUSTICIA DEL CASO: LAS RAZONES DE LA DOCTRINA JUDICIAL SENTADA

El juez de lo Social considera cumplidos los dos requisitos exigidos, un requisito de carácter ético, haber pedido perdón a las víctimas, y un requisito económico, haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. El primero estaría acreditado al haber mostrado su arrepentimiento públicamente, hasta el punto de granjearle la expulsión de la organización. La ley no solo exige una petición formal de petición de perdón, sino certificación administrativa de que se ha llevado a cabo. El segundo requisito, en cambio, no se cumpliría para este caso, pero, al menos en este supuesto, se revelaría claramente una obligación jurídica inexigible por ser de imposible cumplimiento:

«... no cumple con el requisito económico porque es de imposible cumplimiento, ya que durante su larga estancia en prisión no ha podido generar ningún tipo de bienes para poder hacer frente al pago de esa responsabilidad civil, y además al privarle del subsidio que solicita se le impide poder acceder a un medio de vida normalizado con el que pueda generar recursos para hacer frente al pago de esa responsabilidad civil».

Consecuentemente, el juez social, neutraliza o corrige, más bien abroga en la práctica, por su alcance generalizado, un deber legal establecido por Ley de Seguridad Social aplicando una regla civil según la cual las obligaciones de cumplimiento imposible deben tenerse por no puestas –art. 1.116 CC–. Para el caso concreto, pero realmente para la práctica totalidad de estos casos,

la solución judicial supone que no cabe exigir al actor aquello que no puede cumplir, es decir, el pago de la responsabilidad civil, pese al claro mandato legal. A fin de reafirmar esta interpretación judicial correctora –o singularmente abrogatoria– del deber legal a cargo del potencial beneficiario de la acción de solidaridad social, el juez evidencia que, para el caso concreto, el ex recluso etarra había «manifestado... su voluntad de hacer frente a esa responsabilidad mediante la aportación de parte de los recursos que pueda generar en el futuro, como se indica en la propia demanda...». En suma, ni ha cumplido ni puede cumplir en este momento, pero sí tendría firme voluntad de poder hacerlo, en la medida de sus, escasas, posibilidades, a través de la percepción de la renta social asistencial –subsidio por desempleo–.

4. TRASCENDENCIA DEL FALLO Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Es manifiesta la trascendencia, tanto jurídica como social, de esta doctrina judicial que, de momento, no es firme. En el plano jurídico, porque implica una aplicación correctora en equidad de una norma de Seguridad Social cuyos enunciados muestran una voluntad claramente restrictiva del reconocimiento del derecho al subsidio. En el plano social, porque esa interpretación o lectura socialmente alternativa de la norma legal se hace a favor de un ex recluso de ETA, lo que, una vez más, vuelve a poner en el primer plano del debate socio-político el tratamiento de los presos etarras, al ilustrar un nuevo ejemplo de trato judicial de favor a quienes la ley –reflejo de la voluntad mayoritaria de un pueblo– quiere seguir reprobando con su disfavor, pese a haber cumplido su condena penal. En esta situación se hallarían al menos una treintena de presos, por lo que la solución tiene una dimensión práctica que trasciende la justicia del caso concreto.

En el estricto plano técnico-jurídico, si bien resulta razonable el fallo para el supuesto concreto, por lo que de inmediato se dirá, son manifiestas las dificultades técnicas para la consolidación de sus argumentos como doctrina judicial firme y, en su caso, jurisprudencia. Primero, desde un estricto plano sistemático-conceptual, el juez sitúa el conflicto de leyes en un plano muy dudoso, o, sencillamente, inadecuado, pues apela a una regla del ámbito de las obligaciones contractuales condicionales entre privados –norma civil– cuando estamos en un ámbito de prestaciones públicas legalmente configuradoras. El problema no sería tanto si se trata de una condición imposible o no, sino de si es razonable o no su exigencia como requisito legal condicionante de un derecho social de prestación asistencial –presupone un umbral de pobreza o carencia de rentas mínimas de subsistencia–. El campo adecuado de juego es, pues, el relativo a la ponderación entre los bienes jurídico-constitucionales en juego, la potestad de configuración legal del derecho al subsidio del poder legislativo y el derecho a la igualdad de trato en el acceso al mismo de todos los ciudadanos *ex* artículo 14 en relación con el artículo 41 de la CE.

Segundo, y centrados ya en ese plano de interpretación legal, el plan restrictivo –fin– de la ley es manifiesto, como evidencia tanto el tenor literal de la disposición adicional sexagésima

sexta de la [LGSS](#) como su teleología y contexto social. El tenor literal dice de forma expresa que los liberados etarras de prisión –uno de los incluidos en los delitos de las letras a) o b) del art. 36 [CP](#)– «solo podrán obtener el subsidio por desempleo previsto en los apartados 1.1.d) y 1.2 del artículo 215» de la [LGSS](#) cuando, además de reunir las condiciones generales, acrediten, «*mediante la oportuna certificación de la Administración penitenciaria*» –dato formal–, que «han cumplido los requisitos exigidos en el apartado seis del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de diciembre, General Penitenciaria». Estos requisitos son rígidos pues se exige haber satisfecho de forma efectiva la responsabilidad civil derivada del delito «*conducta efectivamente observada en orden a reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales*», y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito.

Atendiendo a la finalidad de la ley y a su contexto social, debe recordarse que esta regulación es fruto de una enmienda en la LPGE de 2014 entre el PP y UPyD, para exigir al Gobierno que, tras la abrogación judicial de la «doctrina Parot», los presos de ETA que salieran «anticipadamente» de prisión no pudieran cobrar una renta social, beneficiándose de la solidaridad social, sin el perdón de las víctimas. Consecuentemente, una interpretación según el fin de la Ley avalaría una lectura restrictiva o estricta del requisito legal, que realmente no es de imposible sino de difícil cumplimiento en buena parte de las situaciones que regula, dado que se trata de una técnica de protección social asistencial, que presupone carencia de rentas, amén de una situación de falta de empleo, pese a buscarlo. En este sentido, otros jueces de lo social del País Vasco han propuesto una aplicación literal estricta, como evidencia la [Sentencia núm. 136/2014, de 8 de julio, del Juzgado Social número 1 de Éibar](#), que avala la práctica administrativa de rechazo del derecho, pues en este caso ni se habría pedido perdón a las víctimas.

Ahora bien, es manifiesto que el problema interpretativo no se ha terminado aquí. Según el conocido artículo 5.1 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(LOPJ\)](#), con relación a los artículos 9, 24 y 117 de la [CE](#), los jueces han de aplicar las leyes de acuerdo a una interpretación conforme a la máxima efectividad de los derechos y los principios constitucionales, entre los que ocupa un especial lugar, claramente, la garantía de una igualdad de trato en el acceso a un derecho prestacional con formulación en el plano constitucional, como es el del artículo 41 de la [CE](#) –que incluye necesariamente la protección por desempleo–. En el caso analizado, parece manifiesto que exigir la satisfacción absoluta de la deuda civil, la responsabilidad civil con la víctima, para una situación claramente expresiva de una prestación asistencial, que presupone la carencia de rentas por debajo de un umbral –75 % del SMI–, resulta desproporcionado, además de contraproducente, pues se cercenaría una posibilidad de acceder a una renta mínima que habilitara un cumplimiento, siquiera parcial y muy progresivo, de esa deuda. No creo que haya mucha duda en torno a esa limitada razonabilidad o desproporción del requisito exigido, el problema surge en torno, una vez más, a quién es el juez adecuado para dilucidarlo. Una aplicación estricta del artículo 5.2 de la [LOPJ](#) llevaría a plantear una cuestión de inconstitucionalidad al juez de Donostia, mientras que una interpretación sistemática y teleológica del artículo 5.3 de la [LOPJ](#), también por economía procesal *ex* artículo 25 de la [CE](#), sí habilitaría al juez *a quo* para hacer una interpretación correctora en el caso, dado que existe una vía interpretativa que posibilita la acomodación de la ley al ordenamiento constitucional.

En efecto, en el caso concreto, la víctima ha evidenciado su voluntad de pagar la deuda, a partir del descuento de una cantidad de la renta social que perciba. Precisamente, lo que la legislación penitenciaria exige no es el pago pleno de la deuda sino atender a la conducta «efectivamente observada», y parece claro aquí esa voluntad orientada al cumplimiento dentro de sus, reducidas, posibilidades, puesto que se ve abocado a pedir la renta social, por no tener rentas suficientes, ni empleo. Consecuentemente, el juez social puede hacer esa lectura o interpretación correctora del tenor literal de la ley, sin necesidad de inaplicarla, ni de acudir al Tribunal Constitucional. Una lectura de esta ley a la luz de los tratados internacionales de carácter social y de las normas comunitarias también avalaría esta interpretación correctora. Argumentos de índole normativo y práctico-social que, sin embargo, no parecen persuadir al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que, por lo que me consta, en breve se pronunciará sobre los dos recursos de duplicación suscitados al efecto, planteando cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, difiriéndole la solución.

La tensión, judicial y política, pues, está servida. Ahora bien, conviene aprender de la experiencia general en esta materia. En realidad, la reforma de la LGSS se orientó claramente por un enfoque «ético-moral», tanto en lo que a la petición de perdón se refiere como a la relativa al «pago de las deudas económicas y morales», pues aquí hay otro requisito ético, el que exige a todo incumplidor de las normas de convivencia mantener en todo momento una conducta ético-social si quiere tener una oportunidad de reinserción. Por lo tanto, quien no pague todas sus deudas, tenga o no bienes materiales para hacerlo, incluso por impedírsele determinadas reglas legales extremas, no podría nunca beneficiarse de una renta social, pues no cabría ser solidario con quien no paga de forma puntual su deuda, en el plano moral también. En suma, la norma ético-social de un Gobierno se apropia del sentido de la decisión jurídico-normativa, con lo que se desandaría la modernización llevada a cabo dos siglos antes con la separación entre Moral y Derecho.

Pero la cuestión, una vez más, no es ética, aunque hoy en día alcance esta dimensión una renovada actualidad –desde el rey al presidente del Gobierno, pasando por muy conocidos personajes relacionados de un modo u otro con episodios de corrupción, probada o posible, entienden que con pedir perdón los problemas de incumplimiento de deberes legales ya están resueltos, eximiéndose de responsabilidad, o limitándola– sino jurídica. Y, cómo no, incluso de rango constitucional. Imponer requisitos adicionales tan severos y difusos como los que se fija para el subsidio de desempleo por excarcelación para determinados colectivos, en especial para los etarras que ya han cumplido su pena –con la Ley y con la Sociedad–, supone restringir el derecho a la igualdad de trato en la ley *ex* artículo 14 en relación con el artículo 41 de la CE, promoviendo interpretaciones odiosas de preceptos que, a la inversa, deberían propiciar o favorecer la reinserción normalizada de estas personas en la vida comunitaria. Perpetuar, a través de este tipo de normas odiosas, la «condena moral» de la sociedad a personas que han cumplido sus penas, por execrables que fueran –y que son– sus crímenes, no es propio de un Estado Constitucional de Derecho, menos de un Estado Democrático.