

VI. TRABAJO EN CÁRCELES

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

VI. Trabajo en cárcel. Introducción

Considerado por este organismo un tema prioritario, las condiciones en que se accede, desarrollan y finalizan las relaciones laborales de las personas privadas de libertad durante su detención han merecido una actividad extendida a lo largo del año en análisis.

Así y partir de reuniones coordinadas entre áreas y con la presencia del Procurador Penitenciario, se consideró que la promoción y efectivización de los derechos laborales al interior de las cárceles federales exigían por parte de la PPN una actividad dirigida bajo tres líneas diferentes de acción: *a)* incidencia a nivel individual y/o colectivo en las causas judiciales; *b)* promoción del derecho humano al trabajo a partir del contacto directo con la población detenida; y *c)* pretensión de incidir en la comunidad académica.

Las actividades desarrolladas tuvieron la pretensión de encaminar una línea de acción a ser proseguida en los próximos períodos. Que las primeras medidas hayan tenido como objetivo la discusión sobre descuentos en las remuneraciones (*peculio*) considerados ilegales e inconstitucionales, no significa considerar que dicha problemática agote el cúmulo de vulneraciones al derecho al trabajo vivenciadas al interior de las cárceles federales.

La vulneración al derecho a una retribución justa (Art. 14 bis Constitución Nacional) dentro de las cárceles federales –que debe ser incluida dentro de una vulneración y análisis mucho más amplio- obedece a una doble razón: *a)* prácticas penitenciarias que se alejan de los presupuestos reglamentaria y legalmente establecidos; y *b)* reglamentos y leyes que se contradicen con normas nacionales e internacionales de superior jerarquía.

a) Incidencia a nivel individual y/o colectivo en las causas judiciales

A lo largo del año 2008, en virtud de la gran cantidad de demandas recibidas relacionadas con los descuentos realizados sobre las remuneraciones, se dispuso elaborar una serie de modelos de intervención judicial en calidad de *amicus curiae*.

La razón de confeccionar diversos modelos obedecía a la existencia de varias situaciones clasificables en: *a)* internos procesados; *b)* internos condenados a

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

disposición de juzgados nacionales de ejecución penal; c) internos condenados a disposición de juzgados federales con radicación fuera de la Capital Federal.

En primer lugar, la situación procesal de la persona define el régimen legal que le es aplicable (vgr. Ley 24.660, Dec PEN 303/96). Asimismo, fundamentos que pueden ser argumentados, criticados y disputados en el caso de los condenados, nos referimos principalmente al fin resocializador de la pena, carecen de asidero en una discusión judicial que se plantee ante una persona privada de libertad en carácter de procesado.

Por otra parte, la discusión judicial difiere al tratarse de un condenado a disposición de la justicia nacional de ejecución penal, toda vez que la inconstitucionalidad del descuento estipulado por el artículo 121.c Ley 24.660 –parte integrante de la discusión, pero que no la agota- ha quedado reconocida por Resolución Conjunta de los JEP N° 1, 2 y 3.¹

Por último, si la presentación era efectuada ante la Cámara Nacional de Casación Penal, se consideraba pertinente insistir en la postura tomada por este organismo sobre la necesidad de que se zanjara por medio de un acuerdo plenario la posición encontrada entre aquellas Salas que consideraban conforme a derecho el artículo precedente, y las que declaraban su inconstitucionalidad (CNCP Sala I. “M, C. A.”, Causa N° 7.268, 25/8/06; CNCP Sala IV. “A., M. A.”, 31/10/06; Sala II: “M., A. s/ recurso de casación”, Causa N° 7.222, 08/03/07; “T., J. M. s/ recurso de casación”, 08/03/07; Sala III: “I., B. D. s/ recurso de casación”, Causa N° 7.010, 06/11/06; “B., L. L. s/ recurso de casación”, Causa N° 7.258, 01/12/06; “M., C. A. s/ recurso de casación”, Causa N° 7.422, 23/11/06).

El primero de los argumentos fundamentales que se tuvo en cuenta a la hora de elaborar las presentaciones en cuestión fue la necesidad de que toda norma infraconstitucional no puede fijar derechos laborales por debajo de los estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos (principio de prelación de normas). Por ello, tanto el Reglamento General de Procesados como la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad encuentran el norte a seguir en la

¹ “Dado que la opinión de dichos magistrados (pertenecientes a la Cámara Nacional de Casación Penal) – a favor de la inconstitucionalidad del inc. ‘c’ del art. 121 DE LA LEY 24.660- es la que hoy resultaría mayoritaria si el superior se expidiera en acuerdo (sic) plenario sobre la cuestión... RESUELVO I) DISPONER se acredite en el fondo de reserva de los internos cuya ejecución de pena es controlada por estos Juzgados Nacionales de Ejecución Penal, el monto correspondiente a los descuentos que se les hayan efectuados (sic) en aplicación de lo previsto en el inc. ‘c’ de la ley 24.660. II) ABSTENERSE en lo sucesivo, de efectuar el mencionado descuento en los haberes de los condenados a disposición de estos Juzgados de Ejecución Penal”.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en nuestro país.

En segundo lugar, la necesidad de cambiar el prisma bajo el cual se ha analizado históricamente la cuestión, pasando de la situación de *los presos que trabajan a los trabajadores que se encuentran privados de libertad*. Cambio necesario para que nuestras soluciones se acerquen al plexo de Derechos Humanos, mientras se aleja de cuestiones y excusas de seguridad.

Por ello se vuelve necesario ampliar el objeto de discusión. No se limitará ya a la constitucionalidad o no del artículo 121.c de la ley 24.660, sino que la disputa incluirá todas aquellas normas que permitan que los trabajadores que se encuentran privados de libertad perciban remuneraciones inferiores a las que percibirían por las mismas tareas en el *afuera*.

Así el régimen de peculio es atacado por una triple vulneración: a) los artículos 121.c ley 24.660 y 109 Dec PEN 303/96, en tanto establecen un descuento del 25% para todo condenado o procesado por *los gastos que causare en el establecimiento*; b) el artículo 120 ley 24.660 en tanto establece la posibilidad *excepcional* –que la administración penitenciaria vuelve regla absoluta- de privar de una cuarta parte del SMVM a los condenados; y c) la utilización del SMVM como base de cálculo y no el salario convencional (art. 120 ley 24.660 y 109 dec PEN 303/96). Esta triple vulneración, tanto por el régimen normativo como por la práctica penitenciaria existente, es analizada con más profundidad en el trabajo que se reproduce al final de este capítulo.

Consideramos en definitiva, y así lo planteamos judicialmente, la necesidad de tachar de inconstitucional el *régimen de peculio* vigente. Ello, al contraponerse:

- al artículo 18 CN, de entenderse que la reducción a $\frac{3}{4}$ partes del SMVM del peculio de los condenados tiene su fundamento en que sea el interno quien costee parte de su manutención pese a ser ésta una obligación íntegra en cabeza del Estado (120 ley 24.660). Por tener mismo fundamento, es inconstitucional la retención del 25% estipulada en los artículos 121 “c” ley 24.660 y 109 dec 303/96;

- al artículo 28 CN, por reglamentar de manera irrazonable la manda constitucional precedente -interpretado dinámicamente-; y por cuanto la *vaguedad* de los artículos 120 y 121.c ley 24.660 y 109 dec. 303/96 dificulta reconocer cuál es la causa de tales restricciones;

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

- al artículo 16 CN, por diferenciar discriminatoriamente las remuneraciones de los internos –según el destino de los bienes o servicios producidos-, de las correspondientes a trabajadores *extramuros*; por establecer discriminatoriamente diferencias entre los trabajadores con acceso al trabajo y sin él; y al interior del colectivo de trabajadores privados de su libertad también (al diferenciar por situación procesal). Ello, de analizar el régimen de peculio sistemática y conjuntamente, principalmente artículos 120, 121 y 126 ley 24.660, y 109 dec. 303/96;

- al artículo 17 CN por cuanto, analizado el *régimen de peculio* en su conjunto, estipula una doble restricción al goce de la propiedad por una misma causa, la cual por si fuera poco presenta una vaguedad manifiesta; y la remuneración sufre disminuciones de tal entidad, que hacen plausible calificarlas como confiscatorias;

- al artículo 14 bis, toda vez que el régimen de peculio afecta la *garantía de condiciones equitativas de labor* y el *derecho a la retribución justa*;

- al artículo 75.22, toda vez que las reducciones y retenciones en las remuneraciones que debería percibir el trabajador privado de libertad, producen efectos perjudiciales y contrarios al principio de resocialización (entendido como la necesidad de impedir en la mayor medida posible, los efectos perniciosos de la *prisonalización* decidida por el Estado).

En ese orden, desde este organismo, y en calidad de *amicus curiae*, se ha intentado incidir en la agencia judicial tanto en Capital Federal como en las distintas provincias, e inclusive a nivel de tribunal de alzada (J.E.P N° 1, “C, S. J.”, 7/11/08; “C, S. E.”, 7/11/08; “D F, G. J.”, 07/11/08. J.E.P N° 2, “B.E, V.”, 08/10/08; “P., J. L.”, 24/09/08, “R. D., A. A.”, 07/11/08. T.O.F de Corrientes, “S., R. C. L.”, 07/11/08. T.O.F de Mendoza, “B.E, R. D.”, 12/09/08. CNCP Sala IV, “B.E, R. D.”, 24/10/08 y “L.A, L. P.”, 20/11/08). Los resultados obtenidos han tenido más sombras que luces.

Los juzgados nacionales de ejecución penal, lejos de ampliar el juego como fuera propuesto en las presentaciones de esta PPN –reconociendo la triple vulneración al derecho a la remuneración- se han limitado a insistir en la inconstitucionalidad del artículo 121.c ley 24.660 ya decidido a partir de la Resolución Conjunta de fecha 14/4/08. En aquellos pocos casos en que se ha insistido al respecto, la respuesta judicial ha sido negativa obligando a recurrir ante Casación Penal.

Ésta no ha resuelto aún ninguna de las causas en que la Procuración se ha presentado.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

Respecto a los órganos judiciales federales en las provincias, las resoluciones han arrojado resultados disímiles, aumentado las contradicciones entre las situaciones vividas por los trabajadores que se encuentran privados de libertad.

Las conclusiones que pueden extraerse de la actuación ante la Justicia hacen menester plantearse la necesidad de incidir ante la misma con carácter colectivo, por ser sistemática la vulneración y muy disímil los resultados obtenidos de parte de los órganos jurisdiccionales.

b) Promoción del derecho humano al trabajo a partir del contacto directo con la población detenida

En este punto resulta interesante insistir en el carácter crucial que reviste la recuperación de la *voz de los presos* en toda práctica que tenga por objetivo la protección, promoción y efectivización de sus derechos humanos. La importancia de que sus demandas sean tomadas en cuenta a la hora de definir la agenda de actuación de este organismo.

Es así que, a partir de las demandas planteadas telefónicamente o en audiencia en las unidades, se detectó un primer cuadro de situación vulnerador del derecho al trabajo que guió las primeras líneas de acción.

Entre ellas, se dispuso la elaboración de un tríptico informativo que reunía algunas informaciones necesarias sobre las maneras de incidir judicialmente en la búsqueda de asegurar el cese de algunas de las restricciones al peculio.

En él, se sentaba como regla que la situación laboral de todo detenido, incluido su salario, debe ser equivalente a cualquier trabajador en libertad.

Al mismo tiempo, se ponía a disposición una serie de indicativos sobre la posibilidad de reclamar el cese de los descuentos que son considerados inconstitucionales, y la posibilidad de disponer anticipadamente de las sumas que conforman el denominado *fondo de reserva*.

Por último se ponían a disposición los números telefónicos y demás vías de comunicación posibles con los asesores de este organismo.

El folleto, a la par de una herramienta de acción para las personas privadas de libertad, pretendía intercambiar la visión de la Procuración Penitenciaria sobre el cuadro de situación existente y sugerir líneas de acción.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

Pero por sobre todos los objetivos, abrir canales de comunicación, tendientes a pensar las problemáticas vivenciadas y las líneas de acción más efectivas, de manera conjunta con la población detenida. Este camino, en lo sucesivo, debería ser ampliado a partir de la organización de talleres dentro de los establecimientos carcelarios, conjuntamente con las personas allí encerradas.

c) Pretensión de incidir en la comunidad académica

La convicción en la necesidad de incidir en una mayor cantidad de operadores del sistema penal, así como sumar nuevos sujetos a la discusión -que hasta la fecha se desarrolla entre la administración penitenciaria, unos pocos jueces, representantes del Ministerio Público, y la Procuración Penitenciaria- motivó la publicación de un artículo académico que reproduzca el posicionamiento del organismo en la materia.

Así, y en pos de la búsqueda de nuevas voces y nuevos actores, el artículo fue publicado en una revista dedicada al derecho laboral². A continuación es reproducido.

Hecho este primer intento, es necesario considerar la posibilidad de proseguir con la difusión e instalación de la discusión, a partir de la organización de charlas, jornadas de debate y demás espacios de discusión, incluyendo representantes del mundo sindical, académico, ONG's y diversos poderes del estado involucrados.

Trabajo, Cárcel y Derechos Humanos
Una aproximación al estudio de los derechos laborales de las personas
privadas de su libertad en el ámbito federal*

por Ramiro Gual y Alberto Volpi

1. Introducción

El objetivo de este trabajo es describir y analizar algunos aspectos de las relaciones laborales *realmente existentes* al interior de las unidades carcelarias que conforman el sistema federal. En particular las que tienen lugar entre los trabajadores privados de su libertad y el Servicio Penitenciario Federal, en su doble carácter de empleador y autoridad directamente encargada de aplicar la normativa vigente.

Postulamos la necesidad de aportar a la discusión sobre este colectivo particular de trabajadores, habida cuenta la doble *vulnerabilidad* que les aqueja: en tanto parte

² Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, 2008 Tomo B, Abeledo Perrot.

* Documento de trabajo elaborado por los Dres. Ramiro Gual y Alberto J. Volpi, discutido al interior de la Procuración Penitenciaria de la Nación. Julio de 2008.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

débil de la relación capital/ trabajo; en tanto el rol que ocupa en la relación de especial sujeción que los une al Estado.

Tales *singularidades* motivan la caracterización de dichas relaciones sociales, según el alto grado de vulneración de los derechos que asisten a los trabajadores. Situación -anómala desde la perspectiva jurídica, aunque poco sorprendente habida cuenta el enorme *déficit* que se registra en el cumplimiento de casi todos los derechos que asisten a los detenidos- resultante de la concurrencia de dos órdenes de factores, que en la realidad aparecen estrechamente vinculados: a) el régimen normativo vigente; y, b) la aplicación errónea y arbitraria que de éste hace la administración, en su doble rol.

La relevancia de esos factores explicativos se vincularía de modo directo con la especial desprotección que resulta en general de la situación de encierro. En particular porque la condición de “*interno que trabaja*” vendría a acumularse en el caso en cuestión a los límites que todo trabajador enfrenta en el ejercicio de su libre albedrío en el marco de las relaciones laborales –*situación de hiposuficiencia*-. Según se sostiene en este trabajo, la situación general de desprotección del trabajador privado de su libertad es, en parte, un efecto de la relación de sujeción especial existente *de facto* entre la administración penitenciaria y “*sus internos*”.

Ese vínculo se caracteriza por la asimetría entre las partes. La cual se manifiesta en todos los aspectos de la relación laboral y se ve exacerbada por efecto de la secular escasez de puestos de trabajo, que funciona como un factor de *disciplinamiento* adicional de la fuerza de trabajo.

En ese contexto se explica la persistencia de un *status quo* abiertamente contrario a la normativa vigente, en que funcionan poderosos incentivos para que los trabajadores “renuncien” cotidianamente al ejercicio de sus derechos como tales.

Ese estado de cosas, a su vez, crea las condiciones de posibilidad para que la autoridad penitenciaria administre los puestos de trabajo disponibles como uno de los tantos “beneficios”, mediante los cuales se favorece la *gobernabilidad* carcelaria; en base a criterios inherentes a esa lógica característica y en detrimento de todos los parámetros normativos que formalmente regulan las situaciones de encierro.

La vigencia de dicha *lógica*, que en considerable medida rige la vida de las personas privadas de su libertad en su integridad, se sobrepone a todas las disposiciones

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

vigentes en materia de derechos del trabajador; tanto en lo relativo al acceso al trabajo (PIDESC, artículo 6.1; DUDH, artículo 23.1 y CN, artículos 14 bis y 75.22, entre otros), como al desarrollo de los vínculos laborales y a las garantías consagradas a favor del trabajador acerca de las causas y consecuencias de la extinción de la relación laboral.

La situación bosquejada amerita el interés de la Procuración Penitenciaria de la Nación, en tanto el art. 1º de La ley 25.875 establece como su objetivo fundamental, la protección de los derechos humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal, de todas las personas privadas de su libertad por cualquier motivo en jurisdicción federal, comprendidos comisarías, alcaldías y cualquier tipo de locales en donde se encuentren personas privadas de libertad y de los procesados y condenados por la justicia nacional que se encuentren internados en establecimientos provinciales.

Por ello, los autores –abogados que se desempeñan en la procuración Penitenciaria- hemos elaborado el presente documento de trabajo, cuyo fin es aportar a la discusión de la problemática propuesta, tanto en el marco institucional de la Procuración Penitenciaria, como entre otros actores vinculados con la realidad carcelaria. También nos preocupa interesar a los profesionales del derecho del trabajo, cuya perspectiva acerca de las cuestiones propuestas, cuyas ideas y miradas seguramente enriquecerán el debate que hasta ahora se ha venido desarrollando casi exclusivamente entre especialistas en “derecho de ejecución penal” y operadores del sistema penal. Por supuesto, las consideraciones y conclusiones del trabajo no necesariamente representan la posición de la institución en donde se desempeñan los autores.

Más allá de los comentarios y reflexiones que se enuncian sobre esa situación general, como muestra del mencionado estado de cosas, se formula aquí un ensayo acerca de la realidad fáctica y normativa que impera en materia de remuneraciones al interior de las cárceles federales.

Por ser nuestro ámbito de actuación habitual, analizamos puntualmente la situación al interior del sistema penitenciario federal, sin dejar de reconocer que buena parte de las observaciones que se formulan aquí resultan aplicables a la mayoría de los sistemas penitenciarios provinciales.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

Según postularemos, en esa materia rige –como en otras- un estado general de vulneración de las garantías reconocidos en la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos ratificados y plenamente vigentes en nuestro país.

Con la intención de acercar la discusión de la temática propuesta al lector poco familiarizado con las normas en materia de ejecución penal que regulan específicamente la cuestión –sin perjuicio de la normativa de jerarquía constitucional plenamente operativa a la que nos referiremos luego-, cabe señalar que el trabajo de las personas privadas de su libertad se encuentra regulado en el ámbito federal por dos cuerpos normativos relativamente diferenciados, según la situación procesal de la persona. El Reglamento General de Procesados (Decreto PEN 303/96) en sus artículos 109 al 111, que regula el caso de las personas no condenadas; y la Ley de Ejecución de Pena Privativa de Libertad (ley 24.660) en sus artículos 106 a 132, aplicable a quienes hayan sido condenados a una pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo.

En lo relativo a la cuestión específica del *peculio* –denominación que recibe habitualmente el salario del trabajador en la jerga carcelaria-, la situación de los condenados se rige por los artículos 120 y 121 ley 24.660. Que respectivamente establecen:

“El trabajo del interno será remunerado, salvo los casos previstos por el artículo 111. Si los bienes o servicios producidos se destinaren al Estado o a entidades de bien público, el salario del interno no será inferior a las tres cuartas partes del salario mínimo vital móvil. En los demás casos o cuando la organización del trabajo esté a cargo de una empresa mixta o privada la remuneración será igual al salario de la vida libre correspondiente a la categoría profesional de que se trate. Los salarios serán abonados en los términos establecidos en la legislación laboral vigente.”

“La retribución del trabajo del interno, deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social, se distribuirá simultáneamente en la forma siguiente:

- a) 10% para indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito, conforme lo disponga la sentencia;*
- b) 35% para la prestación de alimentos, según el Código Civil.*
- c) 25% para costear los gastos que causare en el establecimiento.*
- d) 30% para formar un fondo propio que se le entregará a su salida.”*

Esas disposiciones, se encuentran replicadas con escasos matices por la normativa aplicable a las personas no condenadas. El artículo 109 del Reglamento General de Procesados –Decreto PEN 303/96- dispone:

“El trabajo del interno será remunerado, salvo los casos previstos por el artículo 99- Si los bienes o servicios producidos se destinaren al Estado Nacional o a entidades de bien público, el interno percibirá el salario mínimo vital móvil debiéndose

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

realizar las previsiones presupuestarias pertinentes. En los demás casos o cuando la organización del trabajo esté a cargo de una empresa mixta o privada la remuneración será igual al salario de la vida libre correspondiente a la categoría profesional de que se trate. En todos los casos se deducirá el Veinticinco por Ciento (25 %) en concepto de reintegro de los gastos que causare el establecimiento.

Los salarios serán abonados en los términos establecidos en la legislación laboral vigente.”

Parte de la jurisprudencia, ha hecho hincapié una y otra vez –lo que puede ser motivo de discusión- del carácter de fuente que presenta el artículo 11 C.P, respecto de tales disposiciones³.

“El producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente:

- 1. A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos;*
- 2. A la prestación de alimentos según el Código Civil;*
- 3. A costear los gastos que causare en el establecimiento;*
- 4. A formar un fondo propio, que se le entregará a su salida.”*

2. Situación Fáctica. El trabajo carcelario y la lógica de la gobernabilidad

Al interior de toda relación laboral, las partes se encuentran vinculadas en diferentes posiciones de poder. El *trabajo*, respecto del *capital*, encuentra limitadas oportunidades de imponer su voluntad y hacer valer los derechos que las leyes, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos le reconocen.

En este sentido se ha dicho que “el trabajo *subordinado* supone, precisamente, entrega de libertad personal, que se manifiesta en la subordinación a los poderes de organización, dirección y disciplinario del empleador. Trilogía ésta homologable a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial que, monopolizado por una de las partes, implica en una relación bilateral el riesgo cierto de un autoritarismo extremo y, como tal, una severa negación de la libertad (ACKERMAN: 2003).

³ Piénsese por un lado, que la norma en análisis se enmarca en un contexto histórico en que el trabajo carcelario es un deber y no un derecho de las personas privadas de libertad; que a su vez, jamás podría ser causa fuente de un *reglamento para procesados*, quienes de más está decirlo, no cumplen pena; y por último, todas las críticas constitucionales que pueden esbozarse sobre el régimen de peculio vuelve necesario buscar alternativas que no repugnen nuestro sistema de derecho (tal vez, pensar en los artículos 127 y 128 ley 24.660, como aquellos que encuentran su causa fuente en el artículo 11, inciso.3° del Código Penal).

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

Tal dato de la realidad, denominado por la doctrina y jurisprudencia laboralista como situación de *hiposuficiencia*⁴, se reproduce en las relaciones de trabajo al interior de las cárceles con una virtualidad aún mayor.⁵

Resulta trascendente la implicancia que en ello tiene la *relación de sujeción especial* que vincula al interno penitenciario –en nuestro caso, como *trabajador*- con el Servicio Penitenciario Federal (y/o con el ENCOPE⁶); que cumple el rol de *empleador* como agencia del Estado al ejercer el monopolio *de facto* de la oferta de trabajo en este ámbito.

La doctrina ha sostenido que “(l)as relaciones de especial sujeción tienen como consecuencia que determinados grupos o individuos dentro de ese círculo sufr(an) restricciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Asimismo, en esa esfera la Administración, al actuar con flexibilidad y cierta libertad, ablanda el principio de legalidad, afecta a la seguridad jurídica y dificulta el control jurisdiccional de su actuación. Esta situación, que de hecho se produce, exige una aplicación de ese concepto con precauciones y restringidamente” (García Macho, R. Citado en RIVERA BEIRAS: 2005, p.112).

Dicha *relación de especial sujeción*, reproducida *de facto* al interior de las cárceles argentinas pese a contrariar la noción del *preso como sujeto de derecho*, ha sido alertada y criticada por la más distinguida jurisprudencia local e internacional (Corte IDH: *Caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay*, 2/9/04; CSJN: *Romero Cacharane, H. A. s/ ejecución penal*, 9/3/03).

⁴ CNAT, Sala II: *Arias, Ramón S v. Buenos Ayres Refrescos S.A.* 26/12/06; Sala V: *Larrivey, Gabriela B. v. Hiperbroker S.A. y otro.* 07/09/06; Sala VI: *Minutella, Ricardo R. v. Impomotor S.A.* 06/05/05; *Collini, Daniel A. v. Argencard S.A.* 27/09/06; Sala VII: *Vidaurreta, Fermín y otro v. Almirante Brown S.R.L. y otros.* 23/11/05; Sala VIII: *Bracaforte, Adriana C. v. Obra Social Empleados Textiles y Afines.* 20/07/01; *Serra, Oscar A. v. Los Cipreses S.A. s/despido.* 23/09/04; CSJN: *Murman, Gabriel L. v. IBM Argentina S.A. y otro.* 26/09/06.

⁵ Téngase en cuenta, además de los factores que se mencionan a continuación, que no existe ninguna clase de organización sindical –formal o informalmente establecida- que haya asumido la representación de los trabajadores detenidos, con la finalidad de contrapesar el poder desigual que ostenta la parte empleadora en estas relaciones.

⁶ Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal, creado por Ley 24.372 (sancionada el 1º de septiembre de 1994 y promulgada de hecho el 26 de mismo mes y año), cuyas funciones principales y organización se detallan a continuación.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

Si el *libre albedrío* de toda persona que pone a disposición su fuerza de trabajo se encuentra altamente limitado, en el caso de una persona privada de su libertad, se encuentra virtualmente eliminado.

Como se dijo, el ENCOPE –y a través de éste el S.P.F- detenta, *de facto*, el *monopolio del uso de la fuerza de trabajo* al interior de los establecimientos pertenecientes al Servicio Penitenciario Federal.

Todo preso que decida prestar tareas, recibe un salario que es liquidado y abonado por el mismo ENCOPE.

Los efectos perniciosos de todo monopolio, cuando el mismo es llevado a cabo al interior de una *institución totalizante* como es la prisión, adquieren una virtualidad inconmensurable. Situación graficada, por citar un ejemplo, en la absoluta posibilidad del empleador de imponer a los trabajadores su poder de mercado, ejerciendo la capacidad de fijar unilateralmente un precio a todos los oferentes de mano de obra, ésta siempre mayor a los puestos disponibles.

El carácter de *anomalía* –no prevista legalmente- de esa situación monopólica, se desprende claramente de la simple comparación de la realidad con las *variantes productivas* permitidas por la normativa de ejecución penal⁷, que según esa normativa debieran ser estimuladas y fomentadas por el Estado.

Dicha *anomalía* permite la existencia de dos fenómenos igualmente contrarios al espíritu de la ley. Por un lado, la promoción y autorización de formas alternativas de aprovechamiento de la mano de obra carcelaria se encuentra en cabeza de la misma institución que se beneficia de la existencia del mencionado monopolio –el S.P.F y su *agencia satélite*, el ENCOPE-; planteándose de esta manera un claro conflicto de intereses en el marco del cual, el principal beneficiario del *status quo* controla la existencia de otros empleadores; cuya presencia tendría como principal efecto,

⁷ “El trabajo y la producción podrán organizarse por administración, bajo las formas de ente descentralizado, empresa mixta o privada, por cuenta propia del interno o mediante sistema cooperativo. En cualquiera de esas modalidades la administración ejercerá la supervisión de la actividad del interno en lo concerniente al tratamiento. Un reglamento especial establecerá las normas regulatorias de los aspectos vinculados a la organización, funcionamiento, supervisión y evaluación de los entes oficiales, mixtos, privados o cooperativos. Las utilidades materiales percibidas por la administración penitenciaria se emplearán exclusivamente en obras y servicios relacionados con el tratamiento de los internos.” (artículo 119, ley 24.660).

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

justamente, afectar la posición de privilegio que ostenta la administración en este mercado de trabajo.

Por otro lado, la posición de privilegio que ocupa, le permite al ENCOPE actuar como “intermediario” entre la oferta de mano de obra –que controla en todo sentido en el marco de las relaciones de *sujeción especial* - y las iniciativas empresariales de terceros.

Tanto a través de los reconocidos “proyectos por iniciativa de terceros”, como mediante *otras* modalidades de vinculación que funcionan en los hechos sin el debido registro y formalización, el ENCOPE ocupa, al menos teóricamente, la posición de empleador en iniciativas productivas destinadas en última instancia a producir beneficios empresariales privados que, como no podría ser de otra manera, se orientan por el afán de lucro.

En ese marco, la posición de intermediario privilegiado que ostenta el ENCOPE hace posible que las remuneraciones de los trabajadores sean liquidadas *como si* los bienes y servicios producidos estuviesen destinados al Estado. Lo cual implica una extensión ilegítima de los límites fijados por la ley –como condición para la aplicación de una base de cálculo diferencial para los salarios de los trabajadores- a situaciones que no se encuentran autorizadas legalmente; ya sea que ello se haga en beneficio del propio ENCOPE o de los empresarios que se beneficiarían pagando remuneraciones por debajo de todo límite legal.

En torno de esta cuestión, corresponde aportar algunos argumentos acerca del carácter de entidad controlada o “*satélite*” que reviste el ENCOPE con relación a la Dirección Nacional del S.P.F. Al margen de lo que indica la experiencia y diversos antecedentes recogidos por la Procuración Penitenciaria en ese sentido, la existencia del vínculo en cuestión puede corroborarse a partir de la simple lectura de la ley 24.372, que crea el Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal (ENCOPE).

Esa norma, promulgada en septiembre de 1994, establece que la finalidad de dicha institución es “propender al mejor funcionamiento y la modernización de los métodos operativos de los talleres de laborterapia para los internos alojados en jurisdicción de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal.” (art. 1º).

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

Sin perjuicio de reconocerle “carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público”, la ley limita el “objeto social” del ENCOPE a una función deliberadamente subordinada: “se circunscribirá exclusivamente, a coadyuvar a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, en adelante denominado por esta Ley Dirección Nacional, a la cumplimentación de lo establecido en el Capítulo VI – Trabajo – de la Ley Penitenciaria Nacional, decreto ley 412/58, con los alcances y las limitaciones dispuestas en la presente ley.” (Art. 2).

Al margen de esa finalidad orgánica, que de por sí denota su carácter meramente auxiliar, llama la atención el conjunto de las disposiciones relativas a sus órganos de conducción. El art. 10 de la ley establece que el ENTE COOPERADOR PENITENCIARIO se integra con los siguientes órganos: A) Una asamblea de delegados; B) El consejo directivo; C) La comisión revisora.

La asamblea de delegados, regulada por el artículo 11, “se conformará en la(s) unidades con el subdirector y el jefe administrativo, y en los organismos o dependencias en donde funcionen talleres de producción, con los funcionarios que se designe la Dirección Nacional”. Entre sus competencias –establecidas en el artículo siguiente- se encuentran A) Reunirse en asamblea ordinaria por lo menos una vez al año, en la fecha y forma que establezca la reglamentación a los fines de tratar el siguiente temario; B) Memoria, balance, presupuesto de gastos y recursos e informes anuales que elabora el Consejo Directivo, elección de sus propias autoridades (un presidente un vicepresidente, un secretario general, y un secretario de actas). C) Aprobar el reglamento interno del ENTE DE COOPERADOR PENITENCIARIO (sic) a iniciativa del consejo directivo, y en su caso las modificaciones que fueran propiciadas. D) Reunirse en asambleas extraordinarias, cuando lo disponga el consejo directivo por voto de la mayoría de sus miembros, o lo solicite un número no inferior al 40 % de los delegados que conforman la asamblea. En dichas asambleas sólo se tratará el temario que haya sido de expresa mención en la convocatoria.”

El consejo directivo, por su parte, se encuentra integrado –según el artículo 13- por un presidente, quién desempeñará su representación, un vicepresidente, un secretario, un tesorero y dos vocales. Los cargos del consejo directivo, serán desempeñados por personal superior del Servicio Penitenciario Federal, designado por la Dirección Nacional, sin perjuicio de sus funciones. Compete a este órgano ejercer “la

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

administración y la representación del ENTE COOPERADOR PENITENCIARIO que incluyen las funciones emergentes a su respecto del artículo 12 anterior (sic) y las demás que emanen de la presente ley y de la reglamentación interna, que no fueran conferidas especialmente a los otros órganos.”

La comisión revisora –regulada por los artículos 15 y 16- se encuentra compuesta por el Subdirector Nacional del S.P.F y dos oficiales superiores. Le compete a esta comisión “la verificación, fiscalización del cumplimiento por parte de la asamblea de delegados y el consejo directivo de las respectivas competencias asignadas por la presente ley y el reglamento interno del ENTE COOPERADOR PENITENCIARIO, en especial: A) Que tanto la gestión económica, financiera, presupuestaria como su contabilización y registración se ajuste a la presente ley, al reglamento interno y a las directivas que eventualmente emanen de la Dirección Nacional. B) Que los procedimientos de contrataciones se celebren con sujeción a las normas y modalidades que regulen y los precios se adecuen a los valores de mercado para productos de igual calidad. C) Que el ENTE COOPERADOR PENITENCIARIO cumpla con el objeto y finalidad para los cuales se crea la presente ley. “

El artículo 17, por su parte, establece como regla que “El personal que integre cualquiera de los tres (3) órganos del ENTE COOPERADOR PENITENCIARIO lo hará sin perjuicio de sus funciones, considerándose a todos los efectos como servicio efectivo.”

Lo dicho hasta aquí basta para comprobar dos extremos. Por un lado, que el ENCOPE se encuentra formalmente organizado en base a un sistema de distribución de las decisiones análogo –entre otras- al de las sociedades civiles y comerciales. En particular, porque reconoce formalmente una distribución de tareas y facultades entre un órgano de dirección, una comisión revisora de cuentas y una “asamblea”. Por otro, que las autoridades máximas del S.P.F ejercen un *control absoluto* de todos esos órganos –a través de mecanismos directos e indirectos- que inhiben desde el inicio toda posibilidad de que los órganos de gobierno del ente funcionen de acuerdo a los criterios y finalidades que les serían inherentes en una institución razonablemente autónoma.

Ese control tiene lugar, por un lado, a través de la facultad de designar a los miembros del consejo directivo del ENCOPE, competencia exclusiva de la Dirección Nacional del S.P.F. Por otro, en el lugar que ocupa el Subdirector Nacional de la fuerza

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

en la comisión revisora de cuentas, y la integración prevista para la “asamblea de delegados”.

El carácter meramente formal de las competencias asignadas por la ley a esos órganos se hace evidente en la disposición del art. 17, que impone a todo el “personal” que integre cualesquiera de éstos, el deber general de desempeñar sus tareas de acuerdo a las obligaciones que son propias de los actos de servicios.

Es decir, la estructura de mando del S.P.F se refleja casi automáticamente en los órganos de gobierno del ente; fenómeno que se manifiesta palmariamente en la posición excluyente que ocupa el Director Nacional como último árbitro de toda decisión del ENCOPE –ya que se encuentra en condiciones de remover en cualquier momento a sus titulares- y en el rol que cumple el Subdirector Nacional, como principal encargado del control interno.

Por su parte, todos los integrantes de los órganos de conducción del ENCOPE son agentes penitenciarios, que deben su posición en el ente -en la mayoría de los casos- al cargo que ostenten en la fuerza. Y existe un deber genérico de estos funcionarios de ajustar su actividad en el ENCOPE a los deberes y obligaciones inherentes a su condición de “personal” del S.P.F, incluido por supuesto el *deber de obediencia jerárquicamente establecido*, que es inherente a la estructura de esta fuerza de seguridad, creada bajo inspiración directa de la Doctrina de la Seguridad Nacional.

A lo dicho hasta aquí debe agregarse que el artículo 8° de la ley establece expresamente que las funciones del ENCOPE en la materia que le es *propia* “no importará delegación alguna en el ENTE COOPERADOR PENITENCIARIO de la competencia, deberes, atribuciones, o facultades de la Dirección Nacional”; lo cual supone -en la práctica-, que el S.P.F mantiene bajo su órbita directa decisiones relativas a la organización del trabajo, tales como la de establecer quién accede –y quien no- al empleo.

En torno de esta cuestión, cabe aclarar que –en las unidades carcelarias del sistema federal-, la *mico* dinámica del acceso al trabajo se desarrolla aproximadamente de la siguiente forma: el interno se dirige a su celador, director o jefe de módulo, al jefe seguridad interna, o al agente penitenciario al que logre acceso, y solicita trabajo; el funcionario en cuestión, según el “perfil” del preso -en cuyas evaluación ingresan

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

consideraciones propias de la lógica de la gobernabilidad carcelaria- *media* entre el interesado y el jefe de la sección trabajo, a quien solicita o no –en una decisión que carece de controles- que se le *concede la gracia* de gozar de un trabajo; en el mejor de los casos remunerado. Similar dinámica, a la inversa, rige la extinción de las relaciones laborales.

En la misma línea, debe señalarse que –de acuerdo con lo establecido por el artículo 9 de la ley 24.372- la Dirección Nacional del S.P.F mantiene un control absoluto sobre las decisiones del ENCOPE; y en particular que “ejercerá: A) La determinación de prioridades de las prestaciones preestablecidas por el artículo 3º de la presente Ley. B) La planificación, programación y diagramación de la actividad productiva de los talleres de laborterapia y dirección de los mismos en forma exclusiva. C) El control de la higiene, salubridad y de seguridad industrial y penitenciaria y la aplicación del trabajo de lo internos a la finalidad establecida. D) El control de la gestión económica, financiera presupuestaria y contable, a través de habilitaciones de libros y registros, de un sistema de rendición de cuentas por períodos trimestrales o más breves y de realización de auditorias, inspecciones o cualquier otro operativo o procedimiento de control. E) La aprobación de la selección del personal especializado que contrate de conformidad con el artículo 3º inciso c) última parte de la presente Ley”.

Podemos comenzar por extraer de esto, dos conclusiones. Por un lado, que el ENCOPE no se encuentra en condiciones de adoptar decisión alguna sin el consentimiento siquiera tácito de la Dirección Nacional del S.P.F; de modo que la existencia del ente en cuestión no reporta beneficio alguno en términos de autonomía o especialización; al punto que puede sostenerse razonablemente que la categoría de “persona jurídica de derecho público” que le asigna la ley, constituye una mera etiqueta que oculta un recipiente vacío. Así como que esa entidad, al estar integrada exclusivamente por agentes de la mencionada fuerza de seguridad, supone un aporte nulo en término de interdisciplinariedad y especialización en esta materia.

Por otro lado, cabe señalar la manifiesta incongruencia que se registra entre *la forma de organización legalmente adoptada* para el ENCOPE -cuyas instituciones podrían hacernos suponer la existencia de controles cruzados entre los órganos de gobierno y de criterios de representación tendientes a favorecer la participación

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

igualitaria de los “miembros”, en especial a través del rol asignado a la “asamblea de delegados”-; y *el verticalismo que en la práctica gobierna* las decisiones de la institución.

El hecho de que toda posición en la estructura de gobierno del ENCOPE dependa de la dinámica institucional del S.P.F, y que la máxima autoridad sea ejercida “desde fuera” por el Director Nacional de la fuerza –por no mencionar otros-, abonan nuestra afirmación de que el ente en cuestión constituye un mero instrumento al servicio de las autoridades penitenciarias.

Ya que las probabilidades de una actuación autónoma del ENCOPE con relación a la lógica de la *sujeción especial* que promueve cotidianamente el S.P.F en su trato hacia los detenidos constituye una mera ficción –inhabilitada de antemano por la naturaleza y forma de organización del ente-, amerita que nos preguntemos acerca de la verdadera razón de ser de esta institución.

La explicación no puede dejar de tener en cuenta el mayor margen de maniobra que confiere al S.P.F la transferencia formal de las tareas inherentes a la organización del trabajo carcelario a manos del ENCOPE.

Este organismo, además de mantener todas las exenciones impositivas que benefician al Estado Nacional (art. 18), se encuentra “expresamente excluido de la aplicación de las siguientes normas: A) Del régimen de las contrataciones del Estado, en lo que atañe a las contrataciones que realice. B) De la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional en lo atinente a su gestión económica, financiera y presupuestaria (...)”; libertad de la que no gozaría el S.P.F si ejerciera en nombre propio las funciones que formalmente competen al ENCOPE.

Dado el carácter de entidad controladora que ejerce el S.P.F respecto del ENCOPE, así como la notable excepción establecida respecto de este último con relación a todos los sistemas de control previstos para los organismos dependientes del Poder Ejecutivo Nacional, no resulta aventurado calificar a este ente como una verdadera institución *off shore* al servicio del S.P.F; que permitiría a este último desempeñar las obligaciones que la ley le encomienda en materia de organización del trabajo carcelario libre de todo control externo.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

En ese contexto, no resulta sorprendente la subordinación de cualquier criterio relativo a la organización del trabajo carcelario –incluidos por supuesto el respeto de los derechos de los trabajadores- a los medios y fines que rigen el gobierno de las cárceles según la práctica histórica del S.P.F en la materia.

No podemos menos que arribar a las mismas conclusiones que han sido extraídas del análisis de otros sistemas penitenciarios: el trabajo carcelario “es un elemento utilizado sistemáticamente... como instrumento para ejercer una política de tratamiento más orientada al castigo que a su teórica finalidad resocializadora. Y que, además, lejos de respetar la legalidad vigente..., en cuanto a derechos y finalidades, obedece a intereses privados o productivos más que al objetivo de preparar a las personas presas para su entrada al mercado laboral una vez salen en libertad” (LÓPEZ BLANCO- ÁLVAREZ I ARIAS: 2003, p. 135).

Una de las consecuencias de ese estado de cosas, es la completa ausencia del concepto de *estabilidad* en el vocabulario de las relaciones laborales intramuros; pese a que el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional consagra la *protección del trabajo en todas sus formas*.

Tal ausencia podría justificarse en el hecho de que la estadía en prisión no tiene vocación de permanencia. Sin embargo, la principal afectación del derecho a la estabilidad en el empleo no obedece a esa circunstancia obvia de la vida carcelaria –que determinaría la extinción de la relación laboral por causa de la libertad del trabajador-, sino a dos prácticas que se registran durante el tiempo que el trabajador permanece encerrado. Por un lado, la subordinación del derecho a la estabilidad a cualquier valoración susceptible de ser presentada bajo el ambiguo rótulo de “*técnica penitenciaria*”. Es así que las decisiones de realojamiento de los detenidos, en muchos casos poco claras o lisamente arbitrarias, se imponen a todos los derechos de la persona, desde los que le asisten en materia de preservación de sus vínculos personales y familiares, hasta los que amparan su estabilidad en el empleo.

Por otro lado, se afecta también la estabilidad laboral al incluirse el acceso y el mantenimiento de los puestos de trabajo dentro de la lógica de intercambio particularizado, que utiliza habitualmente el S.P.F como mecanismo de *disciplinamiento*. Como se expuso antes, las relaciones de fuerza al interior del establecimiento dependen en considerable medida de la distribución de “beneficios” que

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

ejerce la autoridad penitenciaria. En ese sentido, las decisiones acerca de la obtención y pérdida de los escasos puestos de trabajo disponibles, funcionan como mecanismos de recompensa y castigo en el marco de la *lógica de gobernabilidad*.

3. Régimen de Salarios. Caso paradigmático de la vulneración de derechos laborales al interior de las cárceles. Ilegítima aplicación del Marco Normativo

El *derecho al trabajo* –concepto éste más amplio que los *derechos del trabajador*, al incluir dentro de sus prerrogativas al acceso al empleo- al interior de las cárceles sufre graves vulneraciones que afectan derechos constitucionales, desde el inicio hasta la extinción de las relaciones laborales. Tales violaciones incluyen el incumplimiento –legalmente habilitado o *de facto*- de los derechos de los trabajadores en materia de *Seguridad Social*, de *Derechos Colectivos* y de *Seguridad e Higiene* en el trabajo. Ese cuadro general se manifiesta de manera palmaria en materia de remuneraciones.

La situación del *peculio* ofrece material suficiente para comprobar nuestra propuesta general acerca de la situación del trabajo carcelario en su conjunto: manifiesta inconstitucionalidad de la normativa vigente, cuyos efectos negativos para los trabajadores se ve exacerbado debido a la arbitraria aplicación que de la misma efectúa la administración.

Ese aspecto de las relaciones laborales intramuros, a su vez, han sido materia de la mayor actividad de los tribunales, lo cual aumenta su interés desde distintos puntos de vista, abordados en los párrafos siguientes.

A su vez, el análisis de doctrina especializada nos permite reconocer que no se trata de una realidad originaria ni excluyente de nuestro sistema penitenciario (RUOTOLO: 2004 y LÓPEZ BLANCO- ÁLVAREZ I ARIAS: 2003).

Como primera cuestión, antes de introducirnos en el análisis de la normativa y práctica institucional vigentes, se reproduce a continuación un cuadro que ilustra la *situación remunerativa efectiva* –esto es conforme la aplicación que el ENCOPE hace de la normativa vigente- de todo trabajador encarcelado; tomando como ejemplo el caso de un trabajador que cumple una jornada de 200 horas mensuales –máximo reconocido por la autoridad competente- y que –aunque la aclaración parezca increíble e innecesaria- tenga acceso a una remuneración:

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

Según SMVM vigente hasta el 31/07/08 (*Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil. Resolución 2/07 BO 13/7/07*)

TRABAJADOR PROCESADO	TRABAJADOR CONDENADO
SMVM= \$980	$\frac{3}{4}$ SMVM= \$735
- APORTES S.S (14%)= \$137,20	- APORTES S.S (14%)= \$102,90
- REEMBOLSO (25%)= 210,70	- REEMBOLSO (25%)= \$158,02
TOTAL REMUNERACIÓN= \$632,10	TOTAL REMUNERACIÓN= \$474,08

Según SMVM vigente desde el 1/08/08 (*Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil. Resolución en Acuerdo Plenario de fecha 28/07/08*).

TRABAJADOR PROCESADO	TRABAJADOR CONDENADO
SMVM= \$1200	$\frac{3}{4}$ SMVM= \$900
- APORTES S.S (14%)= \$168	- APORTES S.S (14%)= \$126
- REEMBOLSO (25%)= \$258	- REEMBOLSO (25%)= \$193,50
TOTAL REMUNERACIÓN= \$774	TOTAL REMUNERACIÓN= \$580,50

(*A ello, súmese la circunstancia de que el trabajador no tiene derecho a la libre disposición de la totalidad de tales sumas, salvo por vía excepcional. Artículos 110 RGP y 127 y 128 ley 24.660*).

Conforme el marco normativo establecido por la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad y el Reglamento General de Procesados, tanto en el caso de condenados como procesados, la regla debiera ser el pago de una remuneración igual al salario en el medio libre (Conf. 120 ley 24.660 y 109 Dec 303/96).

Sólo excepcionalmente, en la medida en que lo producido por el trabajador tenga por destino *al Estado o a entidades de bien público*, el salario se verá reducido al SMVM, e incluso *podrá* ser reducido a las tres cuartas partes de aquél, si se tratare de un interno condenado.

He aquí, la primer errónea e ilegítima aplicación del marco normativo imperante. El ENCOPE, toma por regla lo que en derecho es una excepción. Aplica a todo trabajador a quien deba liquidar y abonar *peculio* las limitaciones establecidas para casos excepcionales, sin denunciar ni mucho menos comprobar que el destino de lo producido cumpla con tales *finés benéficos*.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

Pero la situación es aún más ilegítima si se tiene presente que el artículo 121 “c” no fija el salario de los condenados en las tres cuartas partes del SMVM sino que *autoriza* una disminución del mismo, fijando tal proporción como *límite mínimo*. Una vez más, el ente utiliza excepciones como regla, sin justificar ni fundar las causas de tal decisión.

A su vez, el marco normativo estipula una retención del 25%, que el ENCOPE denomina fondo de reintegro, y es deducida tanto del peculio del procesado como del condenado (Conf. Arts. 109 dec. 303/96 y 121 “c” ley 24.660).

El destino de tales fondos, funda el objeto de la segunda crítica de que es pasible la errónea e ilegítima aplicación, por parte del ENCOPE, de la legislación vigente.

Tales retenciones, conforme el texto de la norma, tienen por objeto hacer frente a los *gastos que el interno causare en el establecimiento*. Más allá de adelantar desde un principio nuestra convicción de que las mismas son inconstitucionales, ello no obsta reconocer que, actualmente, son apropiadas ilegítimamente por el ENCOPE.

Ello en tanto el porcentaje retenido, de ser constitucional, debería ser puesto a disposición de la Unidad carcelaria, a los efectos de hacer frente a los gastos que cause el interno trabajador en ella. Es decir, los descuentos no debieran beneficiar al empleador –como efectivamente ocurre-, sino al establecimiento penitenciario -en tanto encargado de proveer lo necesario para la manutención del trabajador- y por ende, al preso indirectamente.

Paradójicamente, la ley autoriza un descuento que la Constitución prohíbe; el empleador –ENCOPE- se apropia de él y no lo gira para ser aprovechado en su verdadero destino –gastos que causare el preso en establecimiento penitenciario-; a la vez que se incumple desmesuradamente la obligación de manutención encomendada legal y constitucionalmente.

Esta inconsistencia entre la *letra de la ley* y la práctica penitenciaria, parece haber orientado a una parte de la jurisprudencia a reconocer que el aporte de los trabajadores no se dirige a costear los gastos que la persona causa en el establecimiento,

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

sino a sostener económicamente el funcionamiento de los talleres productivos carcelarios y a su ampliación.⁸

Desde ese punto de vista, los descuentos de los artículos 121 inc. “c” de la ley 24.660 y 109 del *RGP*, serían aportes de los trabajadores al empleador, con la finalidad de mantener sus puestos de trabajo y crear otros nuevos. Las retenciones tendrían así, por finalidad, hacer cooperar pecuniaria y compulsivamente a los trabajadores presos en el aumento de los *puestos de trabajo y fortalecimiento de los existentes*; de modo que el sacrificio particular impuesto al asalariado resultaría una suerte de *mal menor*.

Ese análisis deberá tener en cuenta que el salario –como retribución del trabajo– es un bien sujeto a una protección especial en nuestro sistema constitucional. De modo que la hipótesis de la contribución benéfica deberá explicar satisfactoriamente por qué, si la Constitución señala la dirección contraria –*participación de los trabajadores en las ganancias de la empresa*–, los trabajadores presos del ENCOPE deben *colaborar* con parte de sus salarios al empleador.

Semejante excepción a los principios del artículo 14 bis *CN* es menos defendible aún si se tiene en cuenta que el ENCOPE carece de control por parte de los trabajadores, contra la directriz señalada también por dicha norma. Falta de control que, general para todo trabajador, alcanza límites superlativos en nuestro caso, en virtud de la relación de especial sujeción que vincula a los detenidos con el S.P.F. y a la completa superposición funcional e imbricación entre este último y el ENCOPE.

Una de las consecuencias de esa falta de control se traduce en la inexistencia de registros a partir de los cuales acreditar el *destino* de las horas trabajadas, con la consecuente liquidación indiscriminada de éstas por parte del ENCOPE, ya mencionada.

Desde una postura diferente a la nuestra, podría intentarse justificar tal *contribución obligatoria* si el *quantum* exigido resultara equitativo y proporcional respecto de *sacrificios* análogos a cargo de la contraparte en la relación laboral. Es decir, la imposición indiscriminada del descuento sobre toda la masa salarial debiera encontrar un correlato razonable en medidas de carácter empresario destinadas a hacer economía de recursos y gastos, con la misma intención –*altruista*– de generar un

⁸ CNPC, Sala IV, “A., M. A. s/ recurso de casación”. Causa N° 6.555, resolución del 31/10/2006.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

superávit que destinar a nuevas inversiones que permitan mantener o aumentar los puestos de trabajo *intramuros*.

Muy por el contrario, según ha sido reiteradamente señalado por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN)⁹, un aspecto destacable de la actuación del ENCOPE como empresario ha sido su secular ineficiencia para administrar sus recursos productivos -incluido el factor trabajo- y para obtener ganancias a partir de sus emprendimientos. En varios de sus informes se ha señalado, por ejemplo, la ausencia de las habilitaciones pertinentes en los talleres productivos, lo cual evidentemente atenta contra los ingresos de la institución en concepto de venta de su producción. También observa ese organismo que no existe un control aceptable de los ingresos y egresos de materias primas y producción de los talleres, así como otras deficiencias organizativas que permiten suponer un considerable nivel de *ineficacia e informalidad*; que en parte se sostiene a partir del aporte de los trabajadores.

Pero además de confrontar con la realidad práctica, tales argumentos carecen de sustento jurídico alguno si se tiene en cuenta que, como correlato de la noción de *riesgo empresario*, es el ENCOPE quien debe realizar los *sacrificios* propuestos por la doctrina y exigidos por la ley.

El análisis que funda las retenciones del 25% en el *aporte a los emprendimientos productivos al interior de las cárceles* adolece de una palmaria contrariedad al *principio de legalidad*, por cuanto no parece lógico desprender tal tesitura de la frase *los gastos que causare en el establecimiento*, plasmada en las normas en cuestión.

Pese a ello, al menos, presenta la considerable ventaja de reconocer que es el ENCOPE quien se beneficia del descuento compulsivo aplicado a los trabajadores detenidos; tal como lo ha reconocido expresamente ese organismo en diversas

⁹ Véanse, SIGEN, *Informe de Evaluación del Sistema de Control Interno 2004. Servicio Penitenciario Federal*; *Informe de Evaluación del Sistema de Control Interno 2005. Servicio Penitenciario Federal*; *Informe de Evaluación del Sistema de Control Interno 2006. Servicio Penitenciario Federal*. A su vez, *Informe de Auditoría. Evaluación de la Unidad N° 5 Colonia Penal Subprefecto Miguel Rocha, como Unidad Productiva del En.Co.Pe. Noviembre 2006*; *Informe de Auditoría. Evaluación de la Unidad N° 14 "Cárcel de Esquel", como Unidad Productiva del En.Co.Pe. Febrero 2007*; *Informe de Auditoría. Relevamiento de la Unidad N° 15 "Cárcel de Río Gallegos", provincia de Santa Cruz. Mayo 2007*; *Informe de Auditoría. Relevamiento de la Unidad N° 4 "Colonia Penal de Santa Rosa", provincia de La Pampa. Noviembre 2007*.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

presentaciones judiciales en que se ha opuesto y cuestionado decisiones judiciales contrarias a la constitucionalidad de la normativa citada, alegando un interés propio.¹⁰

Ello, en contraposición al otro discurso legitimante de la Cámara Nacional de Casación Penal, originario de su Sala I, donde bajo una anterior integración se argumentó que las mentadas retenciones encontraban fundamento en la *conformación de un fondo de garantía mediante el cual se puedan afrontar gastos hipotéticos o eventuales que el interno provocase en el establecimiento*, diferentes a los gastos de manutención.

Más allá de las innumerables críticas que puedan realizarse a tal argumentación -principalmente por desconocer el carácter constitucional de los derechos a la propiedad y del trabajador; la garantía de igualdad ante la ley; y los principios de *razonabilidad* y *republicano* que impedirían la creación de fondos no estipulados, restringiendo derechos *contra legem* y sin causa fundada en defensa de daños futuros y condicionales- su mayor *déficit* es, sin lugar a dudas, su *excesivo desapego* con la realidad.

No parece atendible salvar la validez de la norma a través de la formulación *ideal* de un fondo que no existe en la práctica concreta.

Tales fundamentos se contraponen con los datos sociales, al no existir en la realidad carcelaria tal fondo discriminado en concepto de *reembolso* o *reintegro*; y mucho menos, individualizado a nombre de trabajador alguno. Por supuesto, tales montos que conformarían el *fondo imaginario*, no son reintegrados a preso alguno, a no ser que reclame judicialmente, y obtenga una resolución favorable, con el riesgo que le adiciona la inexistencia de una jurisprudencia pacífica en la materia, y el tiempo resultante de tal dispendio jurisdiccional.

Más allá del *esforzado aval legitimante* que la práctica institucional establecida por el S.P.F y el ENCOPE ha recibido, como hemos visto, de parte de distintos órganos judiciales -incluida la Cámara Nacional de Casación Penal- pese a violar la normativa vigente -principalmente a través del uso indiscriminado de las excepciones-; corresponde insistir en que, aún en caso de cumplirse al pie de la letra, la normativa que

¹⁰ Para comprender más acabadamente, la *cantidad de interés* que dicho descuento representa para el ENCOPE -que analizado desde el monto mensual por interno puede erróneamente parecer escaso, y ha motivado la falacia argumentativa de la Sala IV CNCP que la ha definido como *colaboración simbólica*- simplemente mencionar que conforme información proporcionada por el propio ente a la Procuración Penitenciaria de la Nación, la partida apropiada por el ENCOPE, sólo por el mes de octubre de 2005, ascendía a \$197.120,54.

regula la materia resultaría de todos modos conculcatoria de los derechos de los trabajadores.

4. Régimen Legal de los Salarios. Inconstitucionalidad del Marco Normativo Actual

Las distintas retenciones al *peculio* establecidas en las normas precitadas violan mandatos constitucionales orientados a la protección de los derechos del trabajador; del derecho a la propiedad; a la garantía de igualdad de trato; y a la obligación de manutención del interno en cabeza del Estado. Así también, los principios de *resocialización* en la ejecución de penas privativas de libertad; y *razonabilidad*, el cual debiera ostentar cualquier reglamentación que el poder constituido establezca respecto de los derechos constitucionalmente reconocidos (artículos 14 bis, 16, 17, 18, 27 y 75.22 CN).

Antes de ingresar en el análisis de esos tópicos, vale la pena señalar que el trabajo *intramuros* no se encuentra alcanzado ni por las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo, que rige el empleo privado –Artículo 2º “a” de la Ley 20.744-, ni por la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional –Artículo 3º de la Ley 25.164-.

De ahí que, por no mediar ley de rango infraconstitucional con la que confrontar la normativa penitenciaria que ha establecido los descuentos que pesan sobre el salario de las personas privadas de su libertad, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional resulte operativo para resolver el conflicto constitucional cuya existencia se postula a continuación.

No debe minimizarse, a su vez, la crisis que se suscita entre las normas que regulan específicamente el trabajo en prisión y el marco internacional que rige la materia; máxime desde la conformación de un bloque constitucional federal de derechos a partir de la reforma del año 1994. Esa normativa, entre otras disposiciones favorables a los derechos de los detenidos que resultan de aplicación a estas situaciones, consagra el *principio resocializador* de la ejecución de la pena privativa de libertad (PIDCP artículo 10.3) y prohíbe el trabajo forzado y la servidumbre (Convenios 29 y 105 OIT; CADH artículos 4 y 23.1, entre otros).

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

Por su parte, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, reconocidas por la CSJN como *estándar internacional respecto de personas privadas de libertad* -Verbitsky, H. s/ hábeas corpus. 3/5/05-, reconocen el derecho del trabajador encarcelado a ser remunerado de una manera equitativa (76.1).

Como cuestión preliminar al análisis de los aspectos jurídicos del régimen de remuneraciones de los trabajadores privados de su libertad, conviene formular la siguiente aclaración. Hasta ahora, este debate se ha desarrollado sólo entre el reducido grupo de autores y operadores del sistema legal que se especializan –dentro de la rama del derecho penal- en la ejecución de penas privativas de libertad, o que debido a razones de competencia se han visto obligados a tomar parte de la discusión en el marco de procesos en trámite.

En ese debate se encuentran ausentes los titulares del derecho afectado –los propios presos-, quienes ejercen la profesión de abogados en forma particular; las organizaciones sindicales, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, las asociaciones que reúnen a los abogados constitucionalistas y laboristas, etc.

Los pocos actores involucrados en la discusión, en la mayoría de los casos, se involucran en la discusión de esta problemática sólo como un aspecto -poco interesante, poco urgente, poco propicio para reportar trascendencia- de la temática de su interés, o como una tarea desagradable que les impone periódicamente el lugar que ocupan en el sistema judicial.

Todo lo cual favorece una suerte de *endogamia intelectual*, que hasta ahora no ha permitido romper los estrechos límites que puede adquirir una reflexión que encare la cuestión como atinente a los “internos que trabajan”. Es decir, cuando el “objeto” de los estudios, el “sujeto” de las sentencias o la “materia” del tratamiento penitenciario, es la persona prioritaria y excluyentemente considerada en su condición de interno de una institución carcelaria.

Desde ese punto de vista, luego de enunciar fórmulas tales como “la especial situación de encierro”, se discute la problemática del trabajo carcelario sólo como un aspecto –singular- en la vida del preso.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

El trabajo del “interno” es visto, entonces, como una cuestión tangencial en el marco de una problemática más amplia y glamorosa; que a su vez –debido a la secular escasez de puestos de trabajo- sólo atañe a una minoría de los detenidos, e ingresa en la enunciación de los problemas carcelarios fundamentalmente a través de su ausencia.

En esas condiciones se desarrolla el debate sobre las remuneraciones de los presos. Y es dentro de los rígidos límites cognitivos que impone esa perspectiva, donde hasta ahora se han formulado los cuestionamientos a la constitucionalidad de la normativa. Y es también en ese reducido ámbito -en que los titulares del derecho afectado carecen por completo de voz y de capacidad efectiva de discutir las decisiones administrativas y judiciales-, donde han florecido argumentos legitimadores del *status quo* que en otros ambientes producirían aún más desconcierto.

Desde nuestro punto de vista, la cuestión de las remuneraciones de los trabajadores presos no puede ser debidamente abarcada desde la perspectiva tradicional del interno que trabaja, sino –en todo caso- desde la del *trabajador que se encuentra privado de su libertad* o la del *trabajador* a secas. La cual, según se indicará, permite obtener conclusiones coherentes entre sí, y concordantes con los principios fundamentales del Estado de Derecho.

Los elementos típicos de toda relación laboral, se encuentran presentes en toda relación de trabajo carcelario. “La ‘especialidad’ de la relación de trabajo carcelario, que lleva a considerarlo ‘asimilable’, y no idéntico, al trabajo ‘libre’, no incide, sin embargo, sobre la ‘naturaleza’ de la relación, la cual permanece esencialmente de *trabajo* con la consecuencia de que se vuelve objeto de ‘aplicación de las normas protectoras del trabajo que sean compatibles con las modalidades particulares del desarrollo del trabajo carcelario” (RUOTOLO: 2004, p. 254).

Toda persona privada de su libertad mantiene para sí el goce y la exigibilidad de todos los derechos cuya limitación no sea estrictamente necesaria, por inherente a su condición de encierro.

Así lo ha entendido la doctrina al sostener que “(l)a antigua idea de que las personas a las que el Estado priva de libertad como consecuencia de una condena penal pierden todos sus derechos y se convierten en objetos sometidos a la arbitrariedad de la

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

administración es incompatible con el moderno Estado de derecho que, precisamente, reconoce entre sus principios fundamentales aquel que indica que en la relación con los ciudadanos éste no ejerce su poder de manera arbitraria” (SALT: 2005, p. 178).

“El ingreso a una prisión... no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional”, ha sostenido nuestro Máximo Tribunal (Dessy s/ hábeas corpus. CSJN Fallos 318:1894. 19/10/95).

La Relatoría sobre los Derechos de las Persona Privadas de Libertad (CIDH) ha insistido en que “(l)as personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad” (Relatoría sobre los Derechos de las Persona Privadas de Libertad. CIDH. Resolución 1/08: *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, principio VIII).

También ha resuelto en este sentido la Organización de Naciones Unidas, al sostener que “(c)on excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas (*Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos*, AG ONU, resolución 45/111, 14/12/1990).

Por esto, no es redundante mencionar que entre los derechos que mantiene toda persona privada de su libertad, por no ser su conculcación inherente a la situación de encierro, encontramos su *derecho al trabajo* (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6.1; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23.1 y Constitución Nacional, artículos 14 bis y 75.22, entre otros), tanto en lo que hace a su exigibilidad de acceso, como a su protección.

A la luz de lo que venimos sosteniendo, es claro que –por ser las únicas que ameritan formular distinciones legítimas- sólo las cuestiones de *seguridad* y/o

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

resocialización constituyen causas posibles de restricción de los derechos de quienes se encuentran privados de su libertad.

En esa línea, se ha desarrollado una postura argumental que intenta encuadrar el régimen salarial de los trabajadores presos como una aplicación de los criterios de *resocialización*.

Esa es la posición adoptada por parte de la jurisprudencia que ha legitimado el régimen salarial previsto por los artículos 120 y 121 de la ley 24.660. Según la cual, el recto cumplimiento del principio *resocializador* de la pena privativa de libertad justificaría el régimen salarial en cuestión; que por otra parte sólo daría lugar a una colaboración “parcial” o “simbólica” por parte del preso.

La mayoría de las objeciones a esa teoría se han basado hasta ahora en su contradicción con el principio constitucional de *humanización* de las cárceles, junto con la correspondiente *posición de garante* atinente a condiciones dignas de detención que la Constitución impone a las autoridades, incluidos el Poder Ejecutivo y Judicial. La doctrina ha entendido que a través de *las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas*, se ha otorgado carácter constitucional al *principio de humanidad* que atraviesa de esta manera los muros de las prisiones limitando la aplicación de castigos, y en general imponiendo al Estado el deber de conducirse según una economía del sufrimiento.

De ahí que resultaría contrario al artículo 18 de nuestra Constitución exigir al interno que costee los gastos de su estadía en el establecimiento –aunque fuere de manera parcial o *simbólica*- por repudiar la obligación en cabeza del Estado de solventar las erogaciones que se produzcan como consecuencia de los encierros que decide a través de sus órganos de coerción criminal.

“(L) a previsión resulta inaplicable por su patente inconstitucionalidad ya que, tal como fuera dicho, la manutención integral del interno debe ser a cargo del Estado. Tal razonamiento surge de la aplicación concreta del principio contenido en el art. 18 – *in fine*- de la Constitución Nacional, del cual se desprende que la administración debe asegurar las condiciones dignas de alojamiento en los establecimientos carcelarios – vestuario, alimentación, artículos de higiene, medicación, tratamientos terapéuticos, etc.-...” (LOPEZ- MACHADO: 2004, p. 322).

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

En caso de admitirse que el *principio resocializador* puede dar lugar a obligaciones de parte del preso, de por sí dudoso, éstas no podrían *perforar* un mínimo de derechos acordados, como es el de ser mantenido integralmente por el Estado mientras se encuentre detenido. Aún cuando se considere que la *resocialización* informa la ejecución de la pena, no puede afirmarse que lo hace de modo *total*, sin ingerencia de otras consideraciones, tales como los derechos individuales de la persona sujeta a *tratamiento*.

Reconocer ese límite resulta ineludible desde la perspectiva constitucional –habida cuenta el ya citado artículo 18-, en especial si se tiene en cuenta que “con este discurso –teoría de la función de prevención especial positiva de la pena-, el estado de derecho es reemplazado por un estado de policía paternalista, clínico o moral, según que el mejoramiento sea policial biológico materialista (positivismo criminológico) o ético idealista (correccionalista). En definitiva, se trata de una intervención del estado que, en caso de ser factible –contra todos los datos sociales- consistiría en una imposición de valores en que nadie cree, privada de todo momento ético, desde que desconoce la autonomía propia de la persona” (Zaffaroni, E. Raúl: *Derecho Penal. Parte General*. 2005. Ediar. p. 63).

De modo que, si resulta dudosa en sí misma la posibilidad de un Estado de Derecho de buscar por medio de la institucionalización y la ejecución de una pena privativa de la libertad la imposición de valores tales como el *trabajo como medio de ganarse la vida*; mayor desconfianza debiera despertar el ejercicio de esa función *redentora* cuando supone un avance sobre las garantías individuales.

En mismo sentido, la jurisprudencia italiana ha reconocido que “(u)na remuneración muy inferior a la normal perjudicaría el fin reeducativo y sería contraproducente; el detenido no encontraría ningún incentivo ni interés para trabajar y, si trabajase igualmente, no tendría ningún interés de obtener una mejor calificación profesional” (Corte Constitucional Italiana, sentencia 49 de 1992 citada en RUOTOLO: 2004, p. 253).

De ahí que, aún en caso de considerar que el Estado se encuentra facultado para intentar la *resocialización* de los presos, dado que las consecuencias de ese intento pueden razonablemente afectar la vigencia de derechos constitucionales –al *reglamentar* su *ejercicio*-, correspondería a quienes sostienen la teoría del *carácter benéfico* del

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

descuento en crisis, demostrar cómo y en qué medida resulta un medio idóneo para plasmar el *fin resocializador*, indicando los mecanismos causales específicos mediante los cuales la desposesión del trabajador constituye un bien para éste y/o de la sociedad.

Tal demostración, por supuesto, resulta imposible. En especial porque quien pretendiera probar la *razonabilidad* del descuento como fórmula *resocializadora*, debería acreditar que el descuento que efectúa el Estado es preferible al uso de ese dinero por parte del interno para hacer frente al paupérrimo nivel de vida al que lo tiene sumido el propio Estado, aportar a la manutención de su familia, contar con un fondo de reserva menos escaso que le permita un mejor desenvolvimiento al momento del egreso; y en definitiva acreditar que el hecho de afrontar tales necesidades constituye para la persona concreta un bien menor con relación al aprendizaje moral que se supone le proporcione el hecho de ser despojado de porcentajes excesivos de su salario -de por sí insuficiente- para hacer frente a gastos que la Constitución no autoriza.

Si fuera cierta la explicación que proponen los partidarios del *descuento educativo*, el Estado -a través de sus agencias administrativas, judiciales, etc.- estaría obligado a hacer explícitos los motivos de su accionar, dirigiéndose a cada preso al que se aplican estas deducciones para explicarle el bien que su aporte -compulsivo- significa para la sociedad, para el Estado y para sí mismo. Y en tales casos, asentar tales consideraciones -con las formalidades del caso- en los programas de tratamiento individual en que resultaran pertinentes.

A su vez, dado que el *objetivo resocializador* es por definición individual, sólo puede evaluarse su desenvolvimiento en la persona respecto de los objetivos fijados para su caso. Para que fuera cierto lo que propone la *teoría de la resocialización* debiera poderse establecer algún vínculo concreto y comprobable entre los descuentos que se practican sobre el salario del trabajador y los gastos que el individuo cause en el establecimiento.

Es decir, sería necesario que se produzca alguna clase de cambio en los bienes y los servicios que la persona -que sufre el descuento salarial- recibe mientras permanece encarcelada, de modo que ésta pueda llegar a considerar razonablemente que su contribución afecta su realidad concreta. Si esos cambios no se producen, ni aún simbólicamente -por ejemplo a través de una declaración formal en que la autoridad reconozca que el trabajador asume una parte de su manutención-, es sencillamente

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

porque en la realidad las sumas descontadas no son aplicadas a la finalidad que presupone la teoría en cuestión, sino –como ya se expuso- a otra distinta.

Debe insistirse, sin embargo en que se encuentra fuera de toda discusión la absoluta imposibilidad de practicar descuentos informados en *principio resocializador* alguno a quien ostenta la calidad de preso preventivo, toda vez que mantiene incólume su *estado de inocencia* (artículo 18 CN).¹¹

Esa imposibilidad impone a los partidarios de la teoría legitimante basada en la resocialización una tarea nada envidiable. Les impone el deber de justificar por qué, si es el *fin resocializador* lo que funda la constitucionalidad del descuento previsto por el artículo 121 inciso “c” de la ley 24.660, esa norma se encuentra casi literalmente replicada en el Régimen General de Procesados. Los partidarios de la teoría apuntada, deberán aceptar al menos que el artículo 109 RGP contraviene la normativa constitucional, por *asimilar indebidamente* la situación de condenados y procesados, careciendo de fundamento para imponer a los segundos una limitación, carga o deber que sólo podrían intentar justificar para los primeros. O bien, encontrar otra argumentación –distinta de la *resocialización*- que permita justificar una regla igual a la que explican en base a la *resocialización*. Y en este último caso, explicar a su vez por qué la normativa estableció dos deducciones de naturaleza jurídica distinta mediante una misma fórmula o disposición.

La jurisprudencia y la doctrina han criticado la constitucionalidad de esta normativa con fundamento, también, en el art. 16 de la Constitución.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido al principio de igualdad ante la ley -Artículo 16 CN- como el *igual tratamiento a quienes se encuentren en iguales condiciones* (JA 1985-I-97; JA 1987-II-547 y JA 1996-III, entre otros).

Siguiendo a Bidart Campos, es la *razonabilidad* “la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador *puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a*

¹¹ De todos modos, algún tribunal federal ha explicado las deducciones salariales aplicadas a personas procesadas en base al *principio de resocialización*. Decisiones como esa causaron menos escándalo de lo que debieran, debido en especial a la perspectiva dominante que prioriza ante toda consideración la condición de preso, para luego –si fuera el caso- observar “*matices*” tales como si el sujeto es o no inocente.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

condición de que el criterio empleado para discriminar sea ‘razonable’”. Esto es, “*las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios...*” (BIDART CAMPOS: 2000. Tomo I B, p. 77).

El régimen de remuneraciones establecido para trabajadores privados de su libertad contraría el artículo 16 de la Carta Magna en tanto el legislador *puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea “razonable”*, pero no puede hacerlo si la desigualdad establecida *carece de toda razonabilidad, se funda en criterios persecutorios, hostiles, o depara indebidos favores o privilegios*.

De ahí que las retenciones impuestas sólo serán válidas a la luz del artículo 16 CN de encontrar fundamento en una distinción que supere el *test de razonabilidad* propuesto, en tres niveles de análisis. Es decir, siempre que no resulten arbitrarias ni discriminatorias las diferenciaciones de salarios estipuladas entre: a) “internos que trabajan” e “internos que no trabajan”; b) los trabajadores que se encuentran privados de su libertad entre sí, y c) los trabajadores *intramuros* y los trabajadores que no se encuentran privados de su libertad.

En lo relativo a la primera distinción, dado que la retención del 25% estipulada tiene por fundamento expreso la *manutención del interno* que trabaja -CNCP Sala II: “M., A.”, 08/03/07 y “T., J. M.”, 08/03/07; CNCP Sala III: “I., B. D.”, 06/11/06- resulta difícil sostener la constitucionalidad del diferente tratamiento para las personas que trabajan -obligadas a pagar por estar detenidas- y la “gratuidad de los gastos de alojamiento” que rige para aquellos que no trabajan. Es decir, tal distinción es arbitraria, discrecional y discriminatoria, en perjuicio de los trabajadores, cuya condición de tales, por sí, no encuentra justificación para imponerles un deber que la Constitución no manda.

Las normas en cuestión tampoco superar el *test de razonabilidad* propuesto en el segundo nivel de análisis. Las distinciones que establece el régimen de retribuciones al interior del colectivo de trabajadores privados de su libertad, supone distinciones contrarias a la garantía de igualdad, principalmente al fijar distintos niveles remunerativos en base al destino de los bienes y servicios en cuya producción interviene

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

el trabajador, situación que por la *relación de hiposuficiencia y sujeción especial* ya mencionadas escapa la libre elección y control por parte del trabajador (Conf. artículos 109 RGP; artículos 120 primera parte, 121 “c” y 126 ley 24.660, entre otros, y LOPEZ-MACHADO:2004).

Finalmente, esas normas también se contradicen con el artículo 16 CN, al establecer una diferenciación irrazonable entre los derechos –en nuestro caso, la remuneración- de un trabajador por encontrarse privado de su libertad, y un trabajador extramuros¹².

En orden a lo anteriormente expuesto, consideramos que la discusión acerca de la *garantía de igualdad* debiera plantearse fundamentalmente en este tercer nivel de análisis. Es decir, si es cierto –como venimos sugiriendo- que no existe justificación para imponer a los trabajadores detenidos restricciones que tengan por causa su situación de encierro, corresponde confrontar las “categorías” salariales específicamente creadas para los presos con las disposiciones legales aplicables a todos los trabajadores.

Como ya se expuso antes, la exclusión del trabajador privado de su libertad del salario convencional constituye en sí una excepción entre las posibilidades fijadas por la ley 24.660, que en ese sentido sigue como regla el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional, que reconoce a todo trabajador, sin distinción, la protección de las leyes a los efectos de asegurar *condiciones dignas y equitativas de labor, retribución justa, salario mínimo vital móvil e igual remuneración por igual tarea*.

La doctrina parece acompañar nuestra posición de exigir considerar a las relaciones producto del trabajo carcelario como “relaciones laborales en sentido estricto” (RUOTOLO: 2004 y LOPEZ- MACHADO: 2004).

Tampoco parece ser discutido el carácter de salario que reviste el peculio, principalmente a partir de ser fácilmente reconocible en éste, los requisitos esenciales de aquél: mediar un ingreso que se incorpore al patrimonio del trabajador, y que dicha prestación sea otorgada como contrapartida a la tarea realizada o prometida por el dependiente (FERNÁNDEZ MADRID: 2007).

¹² En este punto vale la pena insistir en que la *resocialización* no es suficiente para sostener el trato desigual de los trabajadores presos y libres. Y aún si así fuera, podría explicar la diferencia establecida entre trabajadores presos condenados y trabajadores libres, pero no la que se registra entre estos últimos y los trabajadores presos no condenados.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

Ese aspecto del régimen vigente, sin embargo, carece por completo de aplicación práctica. Como ya hemos señalado, se aplica sistemáticamente la excepción, que establece categorías remuneratorias inferiores cuando los bienes y servicios producidos por el trabajo se destinen al Estado o a entidades de bien público¹³. A la vez que se aplican sobre todos los trabajadores privados de libertad las restantes restricciones salariales, basadas en los gastos que la persona “causare en el establecimiento”.

En cualesquiera de los casos, y aún si las reducciones salariales fueran aplicadas sólo a los supuestos legalmente previstos, resultarían violatorias del principio de retribución igualitaria, al establecerse un piso mínimo diferente al del trabajador *extramuros* y al hacerlo pasible de descuentos ilegítimos e inconstitucionales.

No resulta razonable ni se encuentra causa alguna para validar una pauperización del salario del trabajador detenido, en contraposición con el salario devengado por un trabajador *extramuros*. Toda diferenciación en la remuneración deberá ser objeto de una causa objetiva que, por aplicación del *principio republicano de gobierno* –artículo 1º CN-, se presente como fundada y publicitada. Como primera condición, nunca podría ser considerada una causa “objetiva” –y acorde al *principio republicano de gobierno*– aquella que es mantenida *in pectore*.

A decir verdad, más allá de los esfuerzos por encontrar otras explicaciones, la única causa que aparece señalada en el texto de la normativa como *fin* de la reducción salarial, es la disminución en los gastos que genera al Estado el hecho de mantener a la persona detenida. Lo cual, teniendo en cuenta la imposibilidad –por la ya mencionada obligación de manutención en cabeza del Estado- de que las retenciones se encuentren vinculadas a la *manutención integral del interno*, nos deja sin causa objetiva y fundada que valide el trato diferenciado entre trabajadores detenidos y no detenidos.

A su vez, en términos más generales, resulta discutible que las sumas percibidas por los trabajadores privados de su libertad puedan ser consideradas *retribución justa*, toda vez que no respetan siquiera el *SMVM*; ni se adaptan a lo que *axiológicamente* podríamos considerar *justo*; en particular porque no se puede considerar justa una remuneración que no alcanza los dos tercios del *SMVM*.

¹³ Como ya se indicó, en la práctica se ocultan relaciones de empleo de carácter privado y exentas de todo interés por el bien público a través de la intermediación del ENCOPE.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

Es suficiente recordar que aquél, más allá de lo alejado que ha estado y pueda estar de los reales costos de vida, pretende reflejar *la menor remuneración que debe percibir en efectivo el trabajador sin cargas de familia, en su jornada legal de trabajo, de modo que le asegure alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión* (Artículo 116 LCT).

Ante quienes sostengan que el salario en dinero percibido por los presos no alcanza *siquiera* el mínimo previsto por el SMVM debido a que tal retribución se encuentra complementada por un conjunto de *prestaciones en especie* –alojamiento, alimentación, salud, etc.- que recibe el trabajador en su calidad de detenido, baste recordarles lo ya expuesto al comentar el artículo 18 de la Constitución que, como se dijo, impone la obligatoriedad para el Estado de satisfacer a título gratuito tales necesidades básicas.

Por otra parte, estas deducciones también afectan el derecho a la propiedad garantizado por el artículo 17 de la Constitución Nacional; en particular por estipular restricciones a la propiedad sin causa precisa y razonable (contrariando los artículos 17 y 27 CN) y fijando en algunos casos una doble restricción del salario por misma causa. Tales limitaciones derivan, en conjunto, en una restricción del ingreso del trabajador de magnitud tal que permite calificarla como confiscatoria.

La cuestión ha sido enunciada por la jurisprudencia, al señalar la *vaguedad* de la normativa en cuestión, indicando que no parece *razonable* ni *equitativo* que la retribución del *interno que trabaja*, “de la que ya se deducen los aportes correspondientes a la seguridad social, se vea disminuida con motivo de ‘gastos’ cuya naturaleza es difícil precisar, y mucho menos interpretar que su destino sea la manutención del interno, pues ello es una obligación que tiene el Estado...” (CNCP Sala III. “I., B. D.”, 6/11/06).

En general, se ha sostenido la inconstitucionalidad de todo gravamen que suponga una doble imposición, lo cual ocurre cuando ambas retenciones se imponen respecto de un mismo hecho imponible (JA 1991-I-606): “El hecho imponible es la circunstancia prevista y descripta por la ley con relación al contribuyente, cuya

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

producción origina la obligación fiscal y la consecuente obligación de pago para el sujeto pasivo” (BADENI: 1993, p. 367).

Según el régimen vigente, el trabajador detenido debe aportar a su manutención –por el sólo hecho de ser un trabajador privado de su libertad- de dos formas: percibiendo un salario inferior al Salario Convencional –SMVM o hasta tres cuartas partes de éste- y por la vía del descuento del 25 % de la suma restante, en concepto de *reembolso*.

Esta última cuestión amerita una lectura sistemática de la ley de ejecución penal: considerando el sistema de descuentos y retenciones aplicados a los trabajadores detenidos en su totalidad, se advierte que el mismo supera -en todos los casos- el 50% de las remuneraciones que corresponderían si se aplicara el convenio colectivo de trabajo correspondiente a la actividad que desarrolla el trabajador.

En su conjunto los recortes impuestos al salario del trabajador detenido conllevan a una situación confiscatoria, prohibida por la Constitución. En especial si se tiene en cuenta que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha considerado confiscatoria toda retención, deducción o restricción, que supere el 33% del monto que debiera haberse percibido (BADENI: 1993, p. 373, y CSJN Fallos 209:114 y 210:310). El mismo tope ha sido aplicado análogamente al derecho laboral por el Máximo Tribunal (JA 2004-IV-199).

Las excesivas retenciones de que es víctima el trabajador detenido no exigen de nosotros un análisis demasiado exhaustivo. El sólo hecho de que la remuneración no alcance *siquiera* el 67% del SMVM es una clara presunción de *confiscatoriedad*, que en su caso debiera ser desvirtuada por quienes postulen lo contrario.

5. Conclusiones

Según se ha indicado, los derechos que asisten a los trabajadores privados de su libertad sufren vulneraciones relevantes que provienen de dos fuentes convergentes: un marco normativo que establece un menoscabo injustificable de su *status* de trabajadores y una práctica institucional que ni siquiera se ajusta a esa legislación.

Ese cuadro constituye un caso más de la vida carcelaria en que se observa una discordancia inadmisibles entre las disposiciones constitucionales y la práctica; uno de

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

cuyos aspectos centrales es la generalización de salarios por debajo de los mínimos admisibles para otros trabajadores, que son a su vez reducidos en porcentajes muy significativos, como consecuencia de una normativa infraconstitucional que repugna disposiciones de jerarquía superior, así como la utilización arbitraria de las excepciones como regla, por parte de la administración.

Ambos aspectos de la cuestión han sido legitimados por los diversos operadores de la justicia penal, en base a teorías que señalan finalidades difíciles de sostener jurídicamente, y en algunos casos se basan en supuestos de hecho que no se corresponden con la realidad efectiva de las cosas.

En esa realidad, constituye un dato central el monopolio de hecho que ejercen el S.P.F y su agencia controlada –el ENCOPE- en materia de oferta de los puestos de trabajo disponibles. El cual contribuye a la extensión y magnitud de la vulneración de los derechos que asisten a los trabajadores.

Ese monopolio, a la vez encuentra fundamento y refuerza las relaciones de poder vigentes al interior de los establecimientos carcelarios; consagrando un sistema a menudo subterráneo de intercambios desiguales, en que las agencias penitenciarias se basan para lograr la *gobernabilidad* de las cárceles, en el marco de relaciones de *sujeción especial* con los presos.

Esos abusos, en realidad, constituyen un resultado complejo de la combinación de prácticas institucionales vigentes desde mucho antes de que se instaurara el sistema republicano de gobierno actualmente vigente y de que se aprobase la Ley 24.660. Esa tradición también se vincula con una perspectiva analítica dominante, que minimiza la vigencia de los derechos constitucionales de los detenidos, al priorizar por sobre toda consideración la condición de “interno” de la persona.

En esa línea, pueden identificarse intereses burocráticos e inclinaciones ideológicas presentes en las agencias estatales encargadas de organizar la actividad laboral en las cárceles, así como de algunos de los tribunales de justicia que han debido resolver cuestionamientos al sistema imperante; las cuales han contribuido a la persistencia del *status quo* descrito.

Tal como se expuso, es sumamente discutible la constitucionalidad de los sesgos que la ley de ejecución penal y la reglamentación aplicable a los procesados han

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN
Informe Anual 2008

establecido para las remuneraciones de los presos. Esas disposiciones, en su conjunto, consagran un cuadro remunerativo discriminatorio para los trabajadores detenidos; que a su vez se aplica indiscriminadamente, incluso a situaciones no previstas en el texto legal.

Se ha expuesto que dicha legislación resulta violatoria del principio constitucional de igualdad, desde todos los puntos posibles. También que contradice el artículo 14 bis de la Constitución y que avanza más allá de lo admisible sobre los derechos de propiedad de los trabajadores detenidos. A ello se agrega que las explicaciones usadas para justificar la singularidad del régimen salarial en cuestión, se basan en supuestos de hecho que no se corresponden con la realidad, dan por hecho el carácter *resocializante* de las deducciones –contra un conjunto relevante de evidencias en contrario- o chocan con una garantía constitucional prevista por el art. 18, que hace insostenible aquella explicación que pretenda justificar todo descuento destinado a solventar los gastos que el preso cause por su condición de encierro.

Bibliografía Utilizada

- Ackerman, Mario E. (2003): *Entre el exabrupto y la esperanza*. En Revista del Derecho del Trabajo, 2003, Tomo A.
- Badeni, Gregorio (1993): *Derecho Constitucional. Libertades y Garantías*. Ad Hoc. Buenos Aires.
- Bidart Campos, Germán J. (2000): *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Ediar. Buenos Aires.
- Fernández Madrid, Juan Carlos (2007): *Tratado de Derecho Laboral*. La Ley. Buenos Aires.
- López, Axel y Machado, Ricardo (2004): *Análisis del Régimen de Ejecución Penal*. Fabián J. Di Plácido Editor. Buenos Aires.
- López Blanco, Sara y Álvarez I Arias, Marc (2003): *El trabajo productivo en las cárceles catalanas*. En Panóptico Número 5, 1º semestre de 2003. Virus. Barcelona.
- Rivera Beiras, Iñaki y Salt, Marcos Gabriel (2005): *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*. Del Puerto. Buenos Aires.
- Ruotolo, Marco (2004): *Derechos de los Detenidos y Constitución*. Ad Hoc. Buenos Aires.
- SIGEN: *Informes 2004- 2007*.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2005): *Tratado de Derecho Penal*. Ediar. Buenos Aires.