

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

FACULTAD DE DERECHO



**“EL RECONOCIMIENTO DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA COMO
TRABAJO PROTEGIDO POR EL DERECHO: LA CREACIÓN DE
CONDICIONES EQUIPARABLES A LA RELACIÓN LABORAL EN EL PERÚ”**

Tesis para optar por el Título de Abogado, que presenta la Bachiller:

MARCIA ESPERANZA OLARTE SACO

NOMBRE DEL ASESOR: ELMER GUILLERMO ARCE ORTIZ

Lima, enero 2017

*Para Angela, por ser como su nombre lo dice, mi ángel, mi
fortaleza, mi empuje y mi madre.*

A mi hermano y mi papá, por ser mi amada familia.

*A mi asesor, a quien agradezco por enriquecer con sus
conocimientos mi investigación siendo su apoyo y
supervisión constante el pilar de esta investigación.*

*A mis amigos, quienes nunca dejaron de motivarme y
creer en mí.*

*Y a las privadas de libertad del centro penitenciario de
Chorrillos, por permitirme ingresar a su mundo, conocerlas
y hacerme valorar los aspectos más sencillos de la vida.*



INTRODUCCION

"Se ha dicho, hace ya mucho tiempo, que un hombre colgado no sirve para nada y que los suplicios inventados para el bien de la sociedad deben ser útiles a esta sociedad. Es evidente que veinte ladrones vigorosos, condenados a trabajar en las obras públicas toda su vida, sirven al Estado con su suplicio y que su muerte no sirve más que al verdugo, que cobra por matar a los hombres en público" (VOLTAIRE, 1766, 133).

Hasta los albores del Siglo XVII, los establecimientos penales eran pensados como lugares para destruir al delincuente y no para custodiarlos o mejorar su conducta¹. Es en el Siglo XVIII que nace un nuevo concepto de la pena privativa de libertad junto con el cual se da la imposición del trabajo a los internos con la finalidad de dotar a la pena de un nuevo sentido donde los Estados justificaron su imposición como el medio idóneo para lograr la corrección del interno.

No obstante, la verdadera causa sobre esta imposición era otra. Producto del triunfo de las revoluciones liberales de la época, el mercado laboral se encontraba determinado por tres fenómenos; la escasez de fuerza de trabajo, la austeridad para el pago de los salarios y el exceso de mano de obra no ocupada², lo que conllevó a que el internamiento en los establecimientos penales sirviera para compensar dicha escasez y disciplinar a toda esa población de campesinos y obreros para que ingresen con otra predisposición al marco de las nuevas relaciones laborales.

Ya para el Siglo XIX, la filosofía penitenciaria modificó su visión sobre el trabajo en los centros penitenciarios. Se abandonaron sus fines para luchar contra los efectos de la revolución industrial y el trabajo fue concebido por el campo de la ejecución penal como medio para resocializar a la persona privada de su libertad³. Los Estados justificaron los trabajos en prisión como un castigo que a su vez generaba utilidad al individuo delincuente y a la sociedad en general siendo un medio para su reinserción.

Sin embargo, este trabajo de las personas privadas de libertad nació con una clara diferencia con el mundo externo, desde su imposición el trabajo realizado dentro de los establecimientos penales y casas de corrección carecía de todo contenido económico.

¹ ALMEDA, E. Corregir y Castigar. El ayer y el hoy en las cárceles de mujeres, Balterra, Barcelona, 2002, Pág. 83.

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Cárcel y Actividad Laboral: El Derecho de los presos a un Trabajo Penitenciario Resocializador, Madrid, 1994, Pág. 243.

³ SMALL ARANA, German. Situación Carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios. Lima. Editora Jurídica Grilley, 2006, Págs. 98-100.

Que, así como las reglas de juego en las relaciones empresariales y laborales han ido cambiando con el paso del tiempo, también el trabajo de las personas privadas de libertad se ha ido modificando dando paso a una nueva actividad la cual, actualmente, posee las características y rasgos propios de una concebida como trabajo. Por ello, algunos estados como España, Argentina, Uruguay, entre otros; han modificado su legislación reconociendo a la actividad penitenciaria los beneficios que traen consigo el trabajo. Sin embargo, el estado peruano sigue bajo la primigenia definición de la actividad penitenciaria de trabajo no forzoso a pesar que, en la realidad, dicha actividad ya reúne las características y elementos esenciales del trabajo.

Entonces, la presente investigación surge como preocupación por la falta de información documentada sobre la actividad penitenciaria en el Perú y, ante la realidad advertida en los centros penitenciarios del país, nació el interés de poder mejorar las múltiples deficiencias normativas respecto a los derechos laborales de las personas privadas de su libertad. El presente estudio es un trabajo sobre hechos reales desconocidos en su mayor parte por el profesional de derecho que busca demostrar la contraposición existente entre el tratamiento normativo actual y la realidad de la actividad penitenciaria con el bloque de constitucionalidad. Planteamos que en el Perú se debe extender la aplicación del derecho laboral sobre la actividad penitenciaria en atención a la protección que se proclama sobre los derechos laborales.

Para ello, se ha estructurado esta investigación en tres capítulos los cuales desarrollaran los diferentes aspectos de la actividad penitenciaria en el país. En el primer capítulo, se realiza una aproximación histórica sobre la actividad penitenciaria en el Perú y su concepción inicial por las fuentes internacionales llegando hasta la descripción de la realidad de la actividad penitenciaria en el país. En el segundo capítulo, se analiza la regulación normativa nacional sobre la actividad penitenciaria en contraposición con la nueva visión que tiene la Organización Internacional de Trabajo y legislación comparada de otros países sobre los beneficios y condiciones laborales que deben otorgarse a la actividad penitenciaria. Por último, en el tercer capítulo desarrollamos el problema jurídico actual que presenta el tratamiento de la actividad penitencia en el Perú demostrando que existe una laguna legal por la ineficacia de la protección del derecho al trabajo como la ausencia de beneficios y derechos conexos de este derecho sobre las personas privadas de su libertad a pesar que ésta reúne las características de una reconocida como trabajo; de forma simultánea desarrollamos nuestra propuesta sobre las condiciones equiparables que deberían darse a la actividad penitenciaria acorde a la protección que proclama nuestra Constitución.

Para lo anterior, hemos querido desarrollar una investigación global, una investigación que se acerque más a la realidad que se nos presenta a diario, que confronte a la teoría y a la práctica penitenciaria y, por sobre todo, que se oriente a concebir a la pena privativa de la libertad como la institución que no solamente pertenece ni necesita de los pronunciamientos jurídicos, sino que, además, requiere de una sociedad que la haga respetar y que vele por el real cumplimiento de los postulados que la rigen.



INDICE ANALÍTICO

Portada	01
Dedicatoria	02
Introducción	03
Indice	06
Capítulo I: La actividad penitenciaria en el Perú	09
1.1 Antecedentes Históricos	10
1.1.1 Los orígenes de la actividad penitenciaria	10
1.1.2 La actividad penitenciaria durante la Modernidad y Postmodernidad	12
1.2 Perú: La exclusión de la actividad penitenciaria como trabajo protegido por el derecho	15
1.2.1 Fuentes Internacionales y su inicial valoración del trabajo en los centros penitenciarios	16
1.2.2 La facultad del estado peruano de imponer trabajo en los centros penitenciarios	19
1.2.3 Beneficio penitenciario: la redención de penas a través del trabajo penitenciario	23
1.3 La actividad penitenciaria en los talleres de trabajo de los centros penitenciarios	27
1.3.1 Actividades en los centros penitenciarios en el Perú	27
1.3.2 La naturaleza útil del trabajo penitenciario en el Perú	31
1.3.3 Características de la actividad penitenciaria laboral como trabajo objeto de protección por el Derecho del Trabajo	34
1.3.3.1 Trabajo humano	35
1.3.3.2 Trabajo productivo	35
1.3.3.3 Trabajo libre	36
1.3.3.4 La ajenidad en la actividad penitenciaria	37
1.3.3.5 Trabajo subordinado	40
1.3.4 Elementos esenciales del contrato de trabajo en la actividad penitenciaria	43
1.3.4.1 La prestación personal de servicios	43
1.3.4.2 La subordinación en la actividad penitenciaria	44
1.3.4.3 El carácter remunerativo en el trabajo penitenciario	45
1.3.5 Elementos típicos (no esenciales) de la relación de trabajo	46
1.4 Conclusiones Capítulo I	48

Capítulo II: El actual reconocimiento de la actividad penitenciaria laboral	49
2.1 Perú: La aplicación del Test de Ponderación en la actividad penitenciaria laboral	51
2.1.1 Examen de idoneidad	55
2.1.2 Examen de necesidad	58
2.1.3 Examen de ponderación en sentido estricto	59
2.2 La evolución en la normativa internacional respecto al trabajo penitenciario	60
2.2.1 La visión actual de las entidades internacionales sobre el tratamiento adecuado del trabajo penitenciario	60
2.2.2 Ejemplos nacionales de reconocimiento de la actividad penitenciaria como trabajo	65
2.2.2.1 La adecuación del sistema normativo español para el reconocimiento laboral de la actividad penitenciaria	65
2.2.2.2 Argentina: la extensión del derecho del trabajo en los centros penitenciarios	69
2.2.2.3 La reforma del tratamiento del trabajo penitenciario en Uruguay	72
2.3 Conclusiones Capítulo II	74
Capítulo III: La creación en el Perú del Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario	76
3.1 La "eficacia" en el Perú del derecho fundamental al trabajo en la actividad penitenciaria: una laguna jurídica	76
3.2 La aplicación del Principio de Igualdad	82
3.3 Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario	83
3.3.1 Ámbito de aplicación	86
3.3.1.1 El trabajador	86
3.3.1.2 El empleador	86
3.3.2 Forma de Contratación Laboral	87
3.3.2.1 La regulación de la intermediación y tercerización en la actividad penitenciaria laboral	89
3.3.2.2 Facultades del empleador	91
3.3.2.3 Deberes del trabajador	95
3.3.3 Derechos de los trabajadores penitenciarios	96
3.3.3.1 Remuneración	96
3.3.3.2 Descanso Vacacional	97
3.3.3.3 Tiempo del trabajo penitenciario	98
3.3.4 Deberes adicionales del empleador	99
3.3.4.1 Deber de seguridad y salud ocupacional en los talleres de trabajo	99

3.3.4.2	Deber de ocupación efectiva	101
3.3.5	Formas de suspensión y extinción del vínculo laboral	102
3.3.6	Derecho Colectivo	104
3.4	Conclusiones del Capítulo III	106
	Conclusiones	107
	Anexo 1-A Modelo de solicitud de inscripción al área de trabajo del INPE	110
	Anexo 1-B Modelo de planillas de control laboral del INPE	111
	Anexo 1-C Modelo de recibo de retenciones legales del trabajo penitenciario del INPE	112
	Anexo 1-D Resultados de las entrevistas a los privados de libertad de los centros penitenciarios de mujeres de chorrillos y de máxima seguridad anexo de chorrillos	113
	Bibliografía	117



CAPITULO I: LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA EN EL PERU

En el 2006, la población penal en el Perú ascendía a 33,049 internos⁴ distribuidos en los 84 establecimientos penitenciarios del país donde el 43% de la población penal se concentraba en sólo seis establecimientos penitenciarios del norte del país⁵. En la actualidad, la población penitenciaria ha tenido un considerable incremento y presenta una tendencia ascendente ya que; acorde a los resultados del Primer Censo Nacional Penitenciario⁶ llevado a cabo por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Instituto Nacional Penitenciario – INPE en febrero de 2015⁷ el número de internos con mandato de detención judicial o pena privativa de libertad efectiva se incrementó a 72,592 personas y para abril de 2016, el número de privados de libertad ascendía a 77,992 personas.

Como es sabido, las personas privadas de libertad están sujetas a un ordenamiento legal distinto al del resto de la sociedad peruana por medio del cual se restringe el ejercicio de sus derechos civiles, políticos y económicos y que a su vez; a diferencia del tratamiento penitenciario antiguo, hoy en día busca la reinserción de las personas privadas de libertad a través de diversos mecanismos denominados ‘actividad penitenciaria’. Que, según el Primer Censo Nacional Penitenciario el 69.1% de la población penitenciaria participan en los talleres de trabajo del INPE lo que quiere decir que 7 de cada 10 privados de libertad en el Perú efectúa actividad penitenciaria de tipo laboral.

En el presente capítulo se realiza una aproximación histórica sobre la actividad penitenciaria en el mundo de forma paralela con el tratamiento penitenciario adoptado en el Perú hasta llegar a su concepción actual. Al respecto, es importante resaltar que fueron dos los principales antecedentes históricos que determinaron el tratamiento penitenciario que se mantiene hasta la actualidad en el país: primero, la evolución global del tratamiento penitenciario como medio de reinserción social y segundo, la concepción inicial que se le atribuyó en el ámbito internacional. De la mano de esta aproximación histórica se expone el poder que tiene el estado peruano para imponer a las personas privadas de libertad la ejecución de actividades como parte de su pena.

⁴ SMALL ARANA, Germán. Situación carcelaria del Perú y beneficios penitenciarios. Lima: Grijley. 2006 Pág. 14

⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA. Diseño de políticas penitenciarias – Anexo de la Resolución Ministerial N° 4019-2007-JUS. Lima: El Peruano. 2007. Págs. 357599 – 357600.

⁶ INEI. Nota de prensa sobre el Primer Censo Nacional Penitenciario en <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/primer-censo-nacional-penitenciario-registro-77-mil-86-internos-en-los-establecimientos-penitenciarios-del-pais-9175/> visto el 30.08.2016.

⁷ INFORME ESTADÍSTICO PENITENCIARIO en http://www.inpe.gob.pe/pdf/febrero_15.pdf visto el 31.07.2015.

Sentadas las bases sobre el origen de la actividad penitenciaria; se definirán los rasgos y formas en que se manifiesta actualmente estas actividades en los centros penitenciarios del Perú así como las nuevas características que hoy manifiesta su ejecución. Por último, se detalla el sistema actual de beneficios penitenciarios a los que pueden acogerse las personas privadas de libertad y su conexión con la actividad penitenciaria laboral.

1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS:

La pena privativa de libertad no siempre fue concebida por los poderes de mando como el medio idóneo para que las personas paguen por sus delitos así como el tratamiento penitenciario a través de la actividad penitenciaria se ha instaurado con posterioridad al nacimiento de cualquier tipo de pena.

A continuación, desarrollaremos los antecedentes de la privación de libertad la cual es una figura que nace recién en la modernidad como respuesta de los estados a la necesidad social de castigo así como podremos ver que su tratamiento jurídico ha ido cambiando con el paso del tiempo dando paso a la instauración de la actividad penitenciaria como medio de resocialización del privado de libertad.

1.1.1 LOS ORÍGENES DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA:

En ese sentido, en los pueblos de la antigüedad la privación de libertad no era el medio típico para castigar los actos censurables. Como señala Contardo Ferrini⁸, en cuanto se refiere a Roma: ni el derecho de la época republicana ni el de la época del imperio conocieron la pena de cárcel pública siendo que el derecho justiniano se consideraba como inadmisibles e ilegítimas una condena judicial a cárcel temporal o perpetua. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta era la realidad de las cárceles públicas pues, en las cárceles privadas de Grecia y Roma si existió la privación de libertad para los casos de no pago de las deudas y castigo a los esclavos.

Distinta era la realidad en el Perú durante la antigüedad. El Perú se encontró poblado por las culturas pre-incas Chavín, Tiahuanaco, Mochica, Chimú y Nazca hasta el siglo XI⁹ donde la población peruana se agrupaba en ayllus, agrupación que el historiador LATCHAM señala que reunía diversos significados como casta, linaje, genealogía,

8 NEUMAN, Elías. Evolución de la Pena Privativa de la Libertad y Regímenes Penitenciarios. Buenos Aires: Ediciones Pannedille. 1971. Pág. 22.

9 LUMBRERAS, Luis Guillermo; RAVINES, Rogger; PEASE, Franklin; SILVA S., Jorge E; ORTÍZ RESCANIERI, Alejandro; VALCARCEL, Luis E.; En: HISTORIA DEL PERÚ – Perú Antiguo. Editorial Juan Mejía Baca. T. II Pg. 09-327 y T.III Págs. 9-50

parentesco, comunidad¹⁰ siendo un conjunto de personas que se juntaban por creerse descendientes de un mismo tronco y trabajaban en forma colectiva para su manutención grupal. En el contexto histórico de los ayllus no existía la pena de cárcel ni tratamiento penitenciario; la justicia era impartida por los curacas quienes de forma general aplicaban, incluso en las tentativas de delitos, la pena capital como forma de sanción sin que existan penas complementarias a esta como podría haber sido el trabajo en los ayllus.

Durante la edad media, el derecho penal en el continente Europeo tuvo radicales cambios, los cuales en vez de tener su causa en el servicio del ser humano y de la sociedad fue un derecho al servicio de los fines políticos y económicos de una clase dominante, una ausencia de juricidad que favoreció a una a la clase social más pudiente. Que, *“en esta época, debido a la multiplicidad de enfrentamientos bélicos, ocasionados por la ambición territorial y económica de una gran cantidad de líderes asentados en minúsculos territorios, se asumió que el castigo de los delitos debía servir para el logro de la paz y no para censurar a quienes habían realizado una conducta delictiva”*¹¹.

Una clara manifestación de este servilismo del derecho penal fue el sistema penance¹², donde el castigo por el delito era impuesto a través del pago de una indemnización. En ese sentido, durante la edad media se colocó como regla para reparar los perjuicios causados por la conducta ilícita el pago de un monto dinerario pero en la realidad, este era un sistema poco accesible para la sociedad volviéndose la excepción de la alta sociedad media para evitar así las penas corporales. Y son estas últimas como arder en una hoguera, perder los ojos o algún miembro del cuerpo, el ser azotado o golpeado por la multitud; las que en el pensamiento de la época resarcían el daño causado por las conductas consideradas como delitos. En este pensamiento, la privación de la libertad no tuvo prioridad ni fue una figura sustitutiva del sistema penance quedando de lado por las penas corporales pues se le concebía como una pena demasiado benigna para la represión del delito.

Es durante el Renacimiento (Siglos XV y XVI), que se prioriza la privación de libertad como regla general de pena y con su imposición, los estados impusieron el trabajo como parte del cumplimiento de la pena.

¹⁰ LATCHAM, Ricardo. Los incas, sus orígenes y sus ayllus. Santiago de Chile, 1930. Pág. 242.

¹¹ GONZALES HAKER, Luis Jorge. Situación penitenciaria y pena privativa de libertad en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf> visitado el 17.08.2015

¹² BAKER, BRENDA. Penance as a model for punishment. Social, Theory & Practice. Volumen 18 Edición 3°, 1992. Págs. 310-311.

Por su parte, en el Perú durante la Edad Media e inicios del Renacimiento, el derecho penal sufrió grandes cambios con la conquista del Imperio Incaico y su extensión en todo el territorio nacional. CIEZA DE LEON afirma que *“con admirable tacto los incas no modificaron los usos y costumbres de las demás tribus conquistadas, los que, por lo demás, eran similares a los suyos. Los conquistadores introdujeron algunas hondas variantes que convenían a sus propios intereses. Por ejemplo, expropiaron tierras de los ayllus; impusieron tributos especiales, los que podían consistir en especies, que eran almacenadas en depósitos del Estado, o en servicios personales. Todos los ayllus estaban obligados a poner al servicio del Inca miembros de su grupo para que actuaran como soldados del Imperio o trabajaran en las minas u obras públicas. De otro lado, se impuso la religión oficial y el idioma quechua, aunque no desterraron completamente las creencias regionales y sus dialectos. Las tribus y los ayllus que se resistían a las órdenes superiores eran sancionados cruelmente. Puede afirmarse que perdieron todo asomo de independencia”*¹³.

Durante el Imperio Incaico la finalidad de las penas era la intimidación y no la reparación del delito cometido, si bien en ambos periodos la pena capital era la pena más frecuente; durante el Incanato se instauraron una diversidad de sanciones con el objetivo de no sólo sofocar insubordinaciones sino recaudar más tributos y bienes para el Imperio. Es así como apareció la pena de trabajos forzados donde se exigía a la persona y su familia o al ayllu completo que a través de su trabajo procuren la entrega de productos o impuestos, adicionales a los ya impuestos por el Inca. En ese sentido, cuando el estado (imperio incaico) buscaba obtener una ventaja patrimonial de los delincuentes a través de su trabajo, no eran privados de su libertad e incluso la pena de trabajo obligatorio era extendida a su familia o ayllu.

1.1.2 LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA DURANTE LA MODERNIDAD Y POSTMODERNIDAD:

El tratamiento penitenciario en el Perú fue distinto al europeo hasta mediados del Siglo XVI cuando el Imperio Español conquistó el Imperio Incaico e instauró en el territorio nacional el sistema normativo español el cual tenía, a diferencia del Tahuantinsuyo, como pieza fundamental del derecho penal, la privación de libertad.

Que, antes de que las sociedades pasaran de ser preindustriales a industriales, hubo un amplio movimiento cultural en todo los países de Europa Occidental (por ende este el estado español replicó este movimiento en el Perú) que determinó el tratamiento de la privación de libertad: el renacimiento.

¹³ CIEZA DE LEON, Pedro. Del Señorío de los Incas prólogo y notas de Alberto Mario Salas. Buenos Aires: Editorial Argentinias Solar. Pág. 30-31.

Durante el renacimiento, las penas tuvieron un cambio en su tratamiento, se dejó de lado a las indemnizaciones y fue la privación de libertad la pena con mayor relevancia e imposición por los estados. Pero *“esta variación no se debió a las necesidades de la sociedad europea sino a las de la aristocracia y del poder estatal llegándose a crear incluso nuevos delitos ‘espirituales’ para cubrir así las necesidades de una clase élite que requería de la mano de obra de la población”*¹⁴.

Entonces, por un lado las necesidades económicas del poder (y no las de la sociedad) fueron las que determinaron la aplicación de la pena y por otro lado, fueron los aumentos o disminuciones en los niveles de población los que determinarían el cambio en la importancia de las clases de penas y a raíz de estos acontecimientos perdieron prioridad las habituales penas corporales y, en su mayoría, se dejó de lado las penas de muerte para dar paso a las penas basadas en el trabajo humano.

En los siglos XIV a XVI, cuando la población aumentaba se daba la rigidez y severidad de las penas pues dicho aumento generaba el incremento de la oferta en la mano de obra volviendo al delincuente en ‘inútil’¹⁵. Que, cuando disminuían los niveles de población se buscaba a través de la pena privativa de libertad el aprovechamiento de la labor del delincuente; ya no se aplicaban penas como la muerte o mutilaciones sino que se les destinaba por ejemplo a actividades militares en las galeras como remeros en una embarcación de guerra.

Por otro lado, la religión también busco a través del derecho penal que se impusiera la privación de libertad con la finalidad de obtener productividad por parte del desgaste físico de los ‘delincuentes’. Es el caso del calvinismo (Siglo XVI), que incluyó dentro del concepto de delincuente al mendigo colocando la mendicidad como un hecho nocivo y delictivo para la sociedad. Como lo afirma Walzer-Fass: estos nuevos postulados afirmaban que Dios no era honrado con ociosidad, los que no trabajan, como los mendigos, no honran a Dios y deben ser censurados no sólo desde el ámbito religioso sino también del terrenal.

Es así como a través de la religión, se incluyó al mendigo en la categoría de delincuente y esta fue aceptada por el estado a fin de tener más población que satisficiera la necesidad de mano de obra donde el mendigo se veía obligado a trabajar y a aceptar el salario que le impusiera el patrón.

¹⁴ GONZALES HAKER, Luis Jorge. Situación penitenciaria y pena privativa de libertad en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf> visitado el 17.08.2015

¹⁵ El delincuente era valorado como un instrumento para los fines económicos, militares o recreativos. Que cuando la población disminuía, como ocurrió a causa de enfermedades y guerras religiosas, existía escasez en la producción, espacio que debían ser cubiertas con el esfuerzo físico de los delincuentes para cubrir las necesidades de los gobernantes de la época en sus costosos juegos bélicos.

Volviendo a la privación de libertad, es hasta mediados del Siglo XVIII que la concepción de los estados sobre la privación de libertad cambia¹⁶; deja de ser vista como el medio para obtener utilidad y trabajo gratis o a bajo costo de las personas para ser entendida como el fin mismo de la pena es decir, que por sí misma (con el encierro) repara el daño ocasionado.

Es en el Siglo XIX que se da el último giro importante sobre la valoración del trabajo dentro de la ejecución penal donde la filosofía penitenciaria colocó al trabajo de los internos como un tema de suma importancia a partir de su valoración desde todos los puntos de vista como una de las actividades centrales en los centros penitenciarios:

“Desde el punto de vista moral: el trabajo penitenciario constituye una actividad destinada no sólo a desterrar la ociosidad reinante en los centros penitenciarios (...). Desde el punto de vista social: el trabajo permitirá calificar adecuadamente al interno, a efectos de su reinserción a la comunidad social como elemento útil y productivo (...). Desde el punto de vista económico: (...) que el trabajo penitenciario, cuyo valor moral y social es indudable, debe ser considerado de la misma manera que la actividad normal y regular del hombre libre (...). Desde el punto de vista eminentemente penitenciario: (...) por ser una forma de rehabilitación y reeducación del interno dentro del proceso de ejecución penal”¹⁷.

Acorde a la historia de los gobiernos peruanos expuestos por DELGADO¹⁸, se puede afirmar que también en el Siglo XIX el sistema penitenciario peruano se vio influenciado por esta nueva filosofía penitenciaria lo cual se vio reflejado en la nueva finalidad del sistema penitenciario, la prevención de la reincidencia y no sólo la represión del delincuente siendo los primeros cambios normativos en pro del interno durante el gobierno del Mariscal José Bernardo Torre Tagle (1821) con la promulgación del Primer Reglamento Carcelario y el Decreto de 1822 y años después con el Proyecto de Vidaurre (1828). La prevención de la reincidencia fue concebida mediante la ocupación del privado de libertad en labores de manutención del centro penitenciario y la promoción de actividades de oficios varios dentro de los centros penitenciarios. No hubo mayores cambios en el sistema penitenciario peruano hasta 1985 año en el cual se promulgó el Código de Ejecución Penal y se decretó al Instituto Nacional Penitenciario como el organismo descentralizado encargado de administrar el sistema penitenciario nacional y; mediante el Decreto Supremo N° 12

¹⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Cárcel y actividad laboral: el derecho de los presos a un trabajo penitenciario resocializador” en *Derecho Penitenciario y Democracia*. Fundación El Monte, Sevilla, 1994. Págs. 239-263.

¹⁷ SMALL ARANA, Germán. Situación carcelaria del Perú y beneficios penitenciarios. Lima: Grijilley. 2006 Págs. 98-100.

¹⁸ DELGADO, Luis Humberto. Historia Republicana del Perú. Lima: American Express. 1933. Págs. 10 – 35.

(1985) se reafirma la finalidad de un tratamiento penitenciario que favorezca la rehabilitación y reincorporación del privado de libertad mediante la educación y trabajo.

Posterior a esta normativa, el Código de Ejecución Penal y su Reglamento han sufrido diversas modificaciones no obstante hasta la Postmodernidad, el sistema penitenciario en el Perú ha mantenido la concepción del trabajo y la educación como medios necesarios para la resocialización. A partir de la creación del Instituto Nacional Penitenciario – INPE, el Perú ha dejado de concentrarse únicamente en una política de seguridad para abrir paso a una política penitenciaria con rostro social y humano¹⁹.

Siguiendo la filosofía penitenciaria de resocialización y readaptación, en el XII Congreso Penal y Penitenciario de la Haya de 1950 se buscó la concienciación de los estados respecto a los derechos humanos de la población penitenciaria recomendando dejar la expiación y asumir un tratamiento penitenciario basado en actividades que ocupen y generen valor al privado de libertad y un tratamiento post-penitenciario individualizado para conseguir la reinserción social del delincuente²⁰.

Entonces, podemos afirmar que a partir del cambio en la filosofía penitenciaria que se dio en el Renacimiento; en Europa Occidental y en el Perú se asumió una política penitenciaria mixta la cual reconoce en la privación de libertad dos fines: la seguridad de la sociedad y la reinserción y readaptación humana de los sujetos delictivos. Donde la reinserción y readaptación humana es conseguida a través de dos actividades penitenciarias, la educación y el trabajo.

1.2 PERÚ: LA EXCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA COMO TRABAJO PROTEGIDO POR EL DERECHO

Si bien siempre hubo por parte de los gobernantes formas de imposición de trabajo humano como forma de pena para los delincuentes; no es hasta el Siglo XX que se establece en un instrumento normativo internacional que se detalla su exclusión como trabajo entendido por el Derecho y que a partir de esta concepción se brindó el respaldo a los estados para apartar del Derecho del Trabajo todas las labores efectuadas por los privados de libertad durante el cumplimiento de su pena.

¹⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA. Diseño de políticas penitenciarias – Anexo de la Resolución Ministerial N° 4019-2007-JUS. Lima: El Peruano. 2007. Págs. 357597.

²⁰ NEUMAN, Elías. Mediación y conciliación penal. Buenos Aires. 1977. Pág. 22

1.2.1 FUENTES INTERNACIONALES Y SU INICIAL VALORACIÓN DEL TRABAJO EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

Para remontarnos a los orígenes de la justificación de la imposición del trabajo a las personas privadas de libertad en la postmodernidad; necesariamente tenemos que recurrir a dos fuentes que marcaron de forma esencial su tratamiento: la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Congreso de las Naciones Unidas y, ambas, siguen trabajando por repercutir en las políticas de justicia penal así como en los procedimientos nacionales en todo el mundo.

El Siglo XX no sólo inicio con el fin de la Primera Guerra Mundial sino que trajo consigo la creación de la OIT que nace bajo los esfuerzos de los estados por demostrar, y reafirmar, que la justicia social es pieza fundamental para alcanzar una paz universal y permanente²¹. Es así que la OIT²² desde sus inicios asumió la causa de definir y delimitar las condiciones de trabajo justas para las naciones pues la miseria y privaciones generan descontento y ello constituye una amenaza para la paz y armonía universales.

Uno de los primeros conceptos que definió la OIT fue el concepto del trabajo libre definiendo en el Convenio OIT 29° como trabajo forzoso: “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”²³. Sin embargo, el propio convenio excluyo del ámbito del trabajo forzoso a la actividad impuesta en los centros penitenciarios:

“Artículo 2 Numeral 2.- Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio no comprende:

(c) Cualquier trabajo o servicio que exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado”.

Como podemos advertir, el trabajo libre no es sólo concebido como la actividad realizada por disposición voluntaria de una persona sino que además engloba otros conceptos como entender por trabajo forzoso aquel que suprima la vigencia de los otros derechos laborales del ejecutor de la actividad.

²¹ OIT. Orígenes e Historia de la OIT en <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>. Visto el 18.08.2015

²² OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y textos seleccionados. Ginebra. 2009. Pág. 5

²³ Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, adoptado en Ginebra 14° Reunión del CIT el 28.06.1930 y que entro en vigor el 01.05.1932.

Sin embargo, en el caso particular del ‘trabajo penitenciario’ fue exceptuada de la concepción de trabajo forzoso porque era entendido y referido a las actividades obligatorias que debían y deben realizar los internos para la manutención y mejora de los centros penitenciarios como son: limpieza, arreglo de los bienes muebles del centro penitenciario, cocina para su propia alimentación, entre otros. Es bajo esta concepción que la OIT restringe la clasificación de trabajo forzoso a las actividades obligatorias de las personas privadas de su libertad impuesta por la administración pública durante la ejecución de su pena. Asimismo, tampoco llegan a ser consideradas como trabajo y por ende, actividad retribuida, pues estas actividades obligatorias de las personas privadas de su libertad carecían del elemento de utilidad o beneficio a un tercero. En los casos de sentenciados a penas no privativas de la libertad, el trabajo excluido del concepto de trabajo forzoso es aquel por el cual el estado obliga al sentenciado a efectuar trabajos comunitarios.

Por otro lado, a mediados del Siglo XX se expide el Convenio N° 100 – Convenio relativo a la igualdad de remuneración²⁴ donde se define a la remuneración como el salario o sueldo ordinario pagados de forma directa o indirecta al trabajador por su empleo²⁵ y se reconoce el derecho a la igualdad de remuneración sin importar el género del trabajador. Al respecto, el derecho a percibir una remuneración ha sido circunscrito al de las actividades productivas es decir aquellas que generen un beneficio y/o percepción de utilidad para un tercero pudiendo haber sido esta definición válida para excluir las labores de manutención de los centros penitenciarios de remuneración alguna por ser entendidas como actividades obligatorias no productivas.

De forma simultánea, concluida la Segunda Guerra Mundial, se llevó a cabo en la ciudad de Ginebra el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1955)²⁶ donde se aprobaron las reglas mínimas para la administración de los centros penitenciarios y se señala: *“No ha de considerarse el trabajo como una pena adicional sino como un medio de promover la readaptación del recluso, prepararle para una profesión, inculcarle hábitos de trabajo y como un medio de evitar la ociosidad y el desorden (...)”*²⁷. Para esta época, la ONU al igual que la OIT ya

²⁴ Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, adoptado en Ginebra 34° Reunión del CIT el 29.06.1951.

²⁵ Artículo 1° del Convenio OIT N° 100.

²⁶ Las Naciones Unidas fueron creadas en 1945 con el objetivo de unir a todas las naciones del mundo para trabajar en pro de la paz y el desarrollo, sobre la base de los principios de justicia, dignidad humana y bienestar de todos los pueblos y desde el mismo año de su creación, el Perú es estado miembro del ONU.

²⁷ GARCÍA BASALO, J. Carlos. Informe General sobre la integración del Trabajo Penitenciario en la economía nacional incluida la remuneración de los reclusos. Buenos Aires, 1961. Pág. 6

reconocían la existencia de otros trabajos conexos a las actividades de manutención de los centros penitenciarios y que inicialmente se le dio la misma denominación de trabajo penitenciario siendo tareas no especializadas ni trabajos calificados que tienen por finalidad evitar la ociosidad durante su ejecución penal y mantener el orden en los centros penitenciarios.

Años más tarde, la ONU modificaría la definición sobre las actividades por las personas privadas de libertad. Desde el Segundo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente se entiende a la actividad penitenciaria como parte del trabajo en general. Es decir, el trabajo penitenciario deja de ser visto como únicamente formas de ocupación (y no de trabajo) contra la ociosidad del privado de su libertad para ser considerados también como actividades equiparables al trabajo en libertad. La ONU adecua la penología moderna a la protección que prodiga el Artículo 23° de la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁸ señalando que al condenado debe de ofrecérsele la posibilidad de trabajar como medio de readaptación social y si trabaja, se le debe de remunerar siempre y cuando estas actividades sean productivas.

El Segundo Congreso de las Naciones Unidas cambia la ideología sobre el trabajo penitenciario definiéndolo no sólo como parte de la pena sino como medio de tratamiento y formula recomendaciones para dicho tratamiento como es la integración del trabajo penitenciario productivo en la economía nacional de la mano con el reconocimiento de una remuneración a los privados de libertad.

Cabe señalar, que hasta la actualidad se han realizado doce Congresos de las Naciones Unidas y es sólo en los dos primeros que se prestó atención y se formularon recomendaciones sobre el trabajo penitenciario.

Entonces, es bajo esta ideología internacional sobre el trabajo en general y el trabajo penitenciario, que el estado peruano permite a las personas privadas de libertad la ejecución de labores que considera formas de ocupación contra la ociosidad negándole su clasificación como trabajo protegido por el derecho. Sin embargo, tal como demostraremos en los siguientes capítulos; con el paso del tiempo la actividad

²⁸ "Artículo 23° Declaración Universal de Derechos Humanos.-

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será contemplada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses".

penitenciaria ha cambiado mediante el incremento de sus características, modalidades y fines, lo cual hace que la realidad del trabajo penitenciario se aleje de este concepto primigenio de trabajo no forzoso. Por el contrario, lo que demostraremos es que en la actualidad, el trabajo penitenciario es un trabajo libre que es excluido del Derecho a partir de su errónea inclusión en el concepto de trabajo obligatorio del literal c) del Artículo 2° del Convenio OIT N° 29²⁹.

1.2.2 LA FACULTAD DEL ESTADO PERUANO DE IMPONER TRABAJO EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

La Constitución peruana reconoce una serie de derechos fundamentales a todos los ciudadanos sin embargo, en algunos casos, su ejercicio se encuentra limitado o imposibilitado por las circunstancias especiales en que se encuentran determinados colectivos humanos.

Uno de estos casos es el de la población penal y; es menester del tema de investigación abordar el caso específico de las personas condenadas y que cumplen penas privativas de libertad.

Según VILLAVICENCIO, el derecho es un instrumento de estabilización del sistema social, orientador de las acciones y de la institucionalización de las expectativas del ciudadano respetuoso del orden jurídico donde la pena manifiesta la afirmación del derecho, por cuanto es la negación del delito que, a su vez es la negación del derecho, y dado que la negación de la negación supone una afirmación, la pena es la afirmación del derecho³⁰. Esta es la concepción asumida por el Perú mediante el Artículo 44° de la Constitución vigente que señala: “*Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación*”; entonces la administración de justicia es un deber reconocido al estado donde se le coloca como

29 “Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio no comprende: (...)”

(c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado”

³⁰ VILLAVICENCIO TERRERO, Felipe. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Lima: Cultural Cuzco Editores. 1990. Págs. 36-37

garantista de la plena vigencia de los derechos humanos facultado para imponer penas como medio de administración de justicia³¹.

En ese sentido, la imposición de penas privativas de libertad era y sigue siendo la consecuencia directa ante la comisión de un delito, siendo este último el presupuesto normativo y el fundamento jurídico-material de la pena impuesta. Sin embargo, la política penitenciaria adoptada por nuestro país desde 1979 ya no sólo ejecuta la pena de privación de la libertad como medida de seguridad para la sociedad y como forma de indemnización por el daño causado sino que, el Régimen Penitenciario de privación de libertad paso a ser concebido como un espacio de resocialización y reeducación para los sujetos que han cometido un delito, donde se busca a través del tratamiento penitenciario evitar la ociosidad del penado y su reincidencia delictiva.

Al respecto, para entender el poder del estado peruano de imponer trabajo en los centros penitenciarios es necesario explicar la diferencia entre dos conceptos del sistema penitenciario: el régimen penitenciario y el tratamiento penitenciario.

En el Perú el régimen penitenciario es cerrado y significa las medidas y condiciones que se aplican sobre los privados de libertad es decir la forma como un grupo de internos con características similares llevaran su pena. Mientras que el tratamiento penitenciario³² significa las acciones dirigidas a conseguir la resocialización del privado de libertad mediante la modificación de su conducta delictiva. En ese sentido, pasaremos a explicar cómo el estado peruano termina por imponer actividades a los privados de libertad bajo dos preceptos: a partir de la obligación que impone el régimen penitenciario peruano a los privados de libertad de efectuar actividades de manutención y producto de la facultad de los privados de libertad de participar en las actividades de tratamiento penitenciario que promueve el INPE.

Para entender la imposición del trabajo en los centros penitenciarios es necesario desarrollar las medidas normativas adoptadas por el estado en los últimos años siendo así, en la Constitución Política de 1979 se estipuló que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad,

³¹ “Artículo 44°.- *Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...)*”

³² Se identifican tres clases de personas para quienes van dirigidos el tratamiento penitenciario: las personas internadas en centros penitenciarios es decir personas privadas de su libertad, personas liberadas que pueden ser personas en semilibertad o libertad condicional y personas sentenciadas a penas limitativas. En el presente trabajo sólo se tomara en cuenta el tratamiento penitenciario de las personas privadas de libertad.

de acuerdo con el Código de Ejecución Penal³³ y para dar cumplimiento a este mandato constitucional, el 06.03.1985, se promulgó mediante Decreto Legislativo 330 el Primer Código de Ejecución Penal.

Mediante el Primer Código de Ejecución Penal el estado introduce la nueva política penitenciaria nacional basada en la resocialización del delincuente dentro de las pautas sociales imperantes por medio de diversas actividades penitenciarias, que como veremos más adelante algunas de estas actividades además de tener un fin resocializador califican como actividades de naturaleza laboral. Asimismo, “el Código de Ejecución Penal de 1985 fue el medio a través del cual se creó el INPE, como organismo público descentralizado dependiente del sector justicia y, como ente rector del sistema penitenciario nacional”³⁴.

En 1991 se promulgó el Nuevo Código de Ejecución Penal mediante el Decreto Legislativo N° 654. A través del Nuevo Código de Ejecución Penal el estado buscó adecuar el sistema penitenciario a los nuevos Código Penal y Procesal Penal como a la nueva realidad penitenciaria. Cabe señalar que esta adecuación si bien continuó recogiendo el principio contenido en el Artículo 234° de la Constitución de 1979, respecto a la resocialización del interno, el Nuevo Código de Ejecución Penal no efectúa reconocimiento y tratamiento alguno sobre las actividades penitenciarias que se efectúan en los talleres de trabajo de los centros penitenciarios. No obstante, el actual Código de Ejecución Penal modificó sustancialmente los mecanismos de concesión de los beneficios penitenciarios con lo cual otorgó a los privados de libertad que efectúan labores en los talleres de trabajo una mayor reducción de la pena.

En 1993 se da la última reforma constitucional y se vuelve a promulgar en la Carta Magna que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad³⁵. Cabe señalar, que la Constitución no hace referencia o exclusión alguna sobre el trabajo en los talleres del centro penitenciario es decir el trabajo no impuesto por sentencia judicial o por el INPE como son las actividades de manutención o trabajo social.

³³ Artículo 234° de la Constitución de 1979 en <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm> visto el 06.09.2016.

³⁴ SMALL ARANA, German, Situación carcelaria del Perú y beneficios penitenciarios. Lima: Grijley. 2006. Pág. 59

³⁵ Artículo 139.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...)

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

Es importante señalar que ambos Códigos de Ejecución Penal refieren a las fuentes internacionales como guía de su tendencia normativa; tal como lo señalan sus respectivas exposición de motivos, justifican el diseño del sistema penitenciario peruano (régimen y tratamiento penitenciario) en las recomendaciones para el tratamiento de los reclusos aprobadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Tratamiento del Delincuente y las Reglas Mínimas adoptadas por el Consejo de Europa del 19 de enero de 1973³⁶. Sin embargo, nuestro sistema penitenciario no ha tomado en cuenta las recomendaciones póstumas como las expedidas en los diez congresos sobre Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas. Por ejemplo, el II Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (1960) formuló recomendaciones sobre la remuneración de los reclusos y la integración del trabajo penitenciario en la economía nacional y el IIX Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (1990) aprueba los principios básicos para el tratamiento de los reclusos y las reglas mínimas de las Naciones Unidas para las medidas no privativas de libertad como el trabajo remunerado³⁷.

Por otro lado, en el 2003 el Ministerio de Justicia y el INPE señalaron que con el objetivo de modernizar y formar un sistema penitenciario más seguro y respetuoso de los derechos humanos, se aprobó mediante Resolución Ministerial N° 187-2003-JUS el Plan Nacional de Tratamiento Penitenciario³⁸ como propuesta para implementar políticas penitenciarias. Respecto al trabajo penitenciario se señala que la actividad se debe efectuar en talleres habilitados dentro del centro penitenciario y estará organizada de la siguiente manera: un órgano de asesoramiento y normatividad técnica³⁹, los órganos desconcentrados que laboran a través de los Coordinadores de Trabajo de cada sede regional y los órganos de ejecución que no son otros que las áreas de trabajo que hay en cada centro penitenciario.

Podemos inferir, que con el transcurso de los años la normativa penal en el Perú sólo se ha adecuado en lo que respecta a lo exterior, a la evolución de la criminalidad por

³⁶Resolución N° 73 del Consejo de Europa.- *“Estas Reglas Mínimas reproducen, en general, el texto de las Reglas adoptadas en el I Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente (...) La privación de la libertad debe tener lugar en condiciones materiales y morales que aseguren el respeto de la dignidad humana (...) los reclusos condenados pueden ser sometidos a la obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y mental según la determine el médico y de sus necesidades de aprendizaje en todos los niveles”* en <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2011122/06+-+Segunda+parte+II.pdf>. Visto el 24.08.2015.

³⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal 1955-2010 en http://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/55years_ebook_es.pdf visto el 30.06.2016.

³⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA. Diseño de políticas penitenciarias – Anexo de la Resolución Ministerial N° 4019-2007-JUS. Lima: El Peruano. 2007. Pág. 357598.

³⁹ Es la sede central que en la actualidad se encuentra conformado por el Departamento de Trabajo el cual reporta a la Oficina General de Tratamiento.

decirlo así; mas no ha efectuado modificación alguna sobre su tratamiento a lo que ocurre al interior de los centros penitenciarios como son las actividades penitenciarias lo que significa que la regulación del sistema penitenciario no considera la realidad penitenciaria de los talleres de trabajo.

Entonces, actualmente es el Código de Ejecución Penal donde se materializa el poder del estado de administrar justicia e imponer un tratamiento penitenciario bajo una doble acepción donde por un lado, manifiesta el poder del estado para imponer la ejecución de formas de ocupación como deber del privado de libertad y por otro lado, el INPE ofrece a los privados de libertad la oportunidad de participar en los talleres de trabajo que a su vez, conlleva a la percepción de beneficios penitenciarios pero no al otorgamiento de derechos laborales por ser una actividad excluida del Derecho del Trabajo.

1.2.3 BENEFICIO PENITENCIARIO: LA REDENCIÓN DE PENAS A TRAVÉS DEL TRABAJO PENITENCIARIO

Como parte de la filosofía resocializadora de nuestro sistema penitenciario, la actividad penitenciaria es colocada como elemento fundamental para promover la resocialización del privado de libertad pues lo ocupa en actividades educativas o laborales donde su ejecución no es una obligación sino una elección del penado y es en atención a su naturaleza potestativa que el sistema normativo ha insertado mecanismos jurídicos a modo de incentivar su elección y que son conocidos como beneficios penitenciarios.

SMALL nos aproxima a la definición de estos mecanismos jurídicos: *“en el lenguaje común, al contrario de lo que sucede en el mundo del Derecho, la expresión beneficio no se refiere al status de la persona, sino a la propia acción con la que mejora la situación de una persona o una cosa. El uso que la ciencia penitenciaria da a esta palabra se aproxima más a las acciones favorecedoras al delincuente (...) Particularmente considero que los beneficios penitenciarios son verdaderos incentivos, concebidos como derechos espectaculosos del interno que le permitirán observar las normas de conducta en el campo penitenciario, tendientes a lograr una menor permanencia en el establecimiento penal”*⁴⁰

El TC ha señalado que: *“los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas*

⁴⁰ SMALL ARANA, German, Situación carcelaria del Perú y beneficios penitenciarios. Lima: Grijiley. 2006. Págs. 66 y 68

*y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. Por otro lado, no cabe duda de que aun cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción de acceso a los mismos, debe obedecer a motivos objetivos y razonables*⁴¹.

Entonces, acorde a los principios de reeducación y reinserción social asignada a la pena en el inciso 22) del Artículo 139° de nuestra Constitución Política, los beneficios penitenciarios son mecanismos jurídicos que impulsan la ocupación a cambio de reducir la permanencia en prisión de un condenado a pena privativa de libertad efectiva así como a mejorar sus condiciones de detención. Así mismo, el INPE afirma que su otorgamiento contribuye a mantener la gobernabilidad de los establecimientos penitenciarios al generar espacios de producción, capacitación y distensión, que en la vida cotidiana de una prisión se traduce en la reducción de la violencia interna, así como en mayores niveles de convivencia ordenada y pacífica⁴².

En el caso de la actividad penitenciaria que ocupa nuestra atención únicamente incumbe analizar los beneficios que se adquieren con el trabajo penitenciario y; de acuerdo con el Artículo 42° del Código de Ejecución Penal el beneficio penitenciario por realizar trabajo penitenciario es el de una libertad anticipada conocido como redención de la pena.

La redención de la pena por trabajo significa la reducción de la permanencia del privado de libertad en el centro penitenciario y pueden acogerse a este beneficio los penados procesados⁴³, sentenciados y las personas en semilibertad sin embargo, el quantum de la aplicación de este beneficio va a depender del tipo de delito que se haya cometido. Actualmente, los internos pueden redimir su pena por trabajo a razón de un día de pena privativa de libertad por cada dos, cinco, seis o siete días de actividad laboral (2x1, 5x1, 6x1 o 7x1). No obstante, existen delitos sobre los que no procede la redención de pena por trabajo como por ejemplo: violación de menor de edad, formas agravadas de trata de personas, genocidio, formas agravadas de tráfico de droga, terrorismo, discriminación, entre otros.

A pesar que el TC ya ha definido la exclusión de los beneficios penitenciarios como derechos de los privados de libertad corresponde analizar su otorgamiento como medida accesoria a los derechos que nacen producto de la actividad penitenciaria en los talleres de trabajo. En ese sentido, si bien la redención de pena por trabajo es un

⁴¹ Fundamento Jurídico N° 3 de la Sentencia 0842-2003-HC/TC

⁴² MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo procesal acusatorio. Lima: 2012. Pág. 22

⁴³ El tiempo de redención de pena que acumulen los internos procesados es reconocido cuando tengan la calidad de sentenciados.

beneficio del privado de libertad como sujeto de derechos, su otorgamiento no significa el reconocimiento o protección de los derechos laborales de las personas privadas de libertad ya que no es equiparable la reducción de la pena con el otorgamiento de seguridad social, derechos colectivos y bienestar económico que percibe un trabajador por las siguientes causas:

- El ámbito subjetivo del beneficio penitenciario y del derecho al trabajo: la actual Constitución enumera los derechos de las personas y la sociedad en sus tres primeros capítulos reconociendo como derecho fundamental de todas las personas a la igualdad ante la ley y al trabajo libre y; como derechos sociales y económicos la prohibición de cualquier trabajo que rebaje o desconozca la dignidad de cualquier trabajador, el derecho a percibir una remuneración equitativa y suficiente así como el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley⁴⁴.

Mientras que la Constitución reconoce el trabajo como un deber y derecho de todas las personas (Artículo 22° de la Constitución), el derecho penal sólo recoge en cuanto a los privados de libertad su acepción como base del bienestar social y medio de realización personal siendo que, el tratamiento penitenciario no otorga derechos laborales y se limita a la promoción de la participación en los talleres de trabajo a través del otorgamiento de beneficios penitenciarios entendidos como las facilidades restringidas a la población penal que efectúa actividad penitenciaria y, siempre y cuando, el delito cometido por el privado de libertad no se encuentre excluido del beneficio penitenciario.

- La obligación del Estado frente al trabajo: A diferencia de los beneficios penitenciarios, que no tienen la naturaleza de un derecho ni otorgamiento automático por el simple hecho de que los privados de libertad presten servicios en los talleres de trabajo, el Artículo 23° de la Constitución⁴⁵ estipula como objeto de protección del estado al trabajo donde no puede excluir del ejercicio de los derechos constitucionales ninguna relación que tenga el índole de laboral.

⁴⁴ CASTAÑEDA OTSU, Susana. "Protección Internacional de los derechos de las personas privadas de Libertad" en Agenda Internacional. Lima: Instituto de Estudios Internacionales, Año VII N°15. 2000. Pág. 147.

⁴⁵ Artículo 23°.- "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"

En ese sentido, los beneficios penitenciarios no tienen vínculo con el derecho al trabajo sino con los fines de resocialización del sistema penitenciario y nuestra Constitución protege el goce efectivo del derecho constitucional al trabajo y los derechos que derivan de una relación laboral sin ser el beneficio penitenciario un otorgamiento opcional a cambio de estos.

- El carácter imperativo e irrenunciable del derecho al trabajo: a diferencia de los beneficios penitenciarios cuyo otorgamiento queda sujeto a la normativa del Código de Ejecución Penal y a la aprobación del INPE, los derechos laborales otorgan beneficios de aplicación general por simplemente tener la condición de trabajador y su goce es de carácter irrenunciable pues no está sujeta a aprobación del empleador ni a la condición del trabajador⁴⁶. Así afirma Castello *“la vigencia de los derechos laborales no dependen del tiempo ni del espacio, del grado de desarrollo económico, político, social o cultural de cada país, sino solamente de dos factores: que existe trabajo humano y que éste sea prestado en situación de dependencia”*⁴⁷

Por lo expuesto, los beneficios penitenciarios nacen de una naturaleza distinta a la de los derechos del trabajo. Su finalidad es promover la participación de los privados de libertad en las actividades del tratamiento penitenciario y otorgan la reducción de la pena pero sólo en los delitos que se encuentren dentro de su ámbito subjetivo de otorgamiento.

Si bien a continuación se expondrán las características de la actividad penitenciaria en el Perú a fin de determinar su naturaleza laboral; corresponde señalar que los beneficios penitenciarios no tienen naturaleza de un derecho pero su otorgamiento es entendido como una finalidad que sustituye a una protección o cobertura de los derechos del trabajo y por tanto, es menester de la presente investigación analizar la constitucionalidad de la exclusión del ámbito de los derechos laborales a la actividad penitenciaria en los talleres de trabajo.

⁴⁶ El trabajador adquiere este título cuando efectúa una actividad productiva, por cuenta ajena y bajo subordinación sin que sea menos trabajador el sentenciado por violación o tráfico de drogas. Si un privado de libertad realiza trabajo penitenciario, la tipificación de su delito no desnaturaliza su calidad de trabajador pues esta tipificación sólo es pertinente para el goce de los beneficios penitenciarios.

⁴⁷ CASTELLO, Alejandro. “Vigencia y alcance del Principio de Irrenunciabilidad” en Derecho Sociedad. Lima: Año 19 N° 30. 2008. Pág. 45

1.3 LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA EN LOS TALLERES DE TRABAJO DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS

1.3.1 ACTIVIDADES EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS EN EL PERÚ:

En el Perú, dentro de los centros penitenciarios, el tratamiento penitenciario permite a las personas privadas de libertad ejecutar distintas actividades las cuales clasificaremos, a partir de un análisis de las características del trabajo objeto de protección del derecho y de los elementos esenciales del trabajo, en dos tipos: actividad penitenciaria laboral y actividad penitenciaria no laboral.

Para efectuar esta clasificación se analizarán las actividades que realizan los privados de libertad en dos grupos: las de origen potestativo del INPE y las actividades facultativas del privado de libertad.

Respecto a las actividades de origen potestativo del INPE, siguiendo lo desarrollado anteriormente, durante la ejecución de la pena dentro de un centro penitenciario; el INPE cuenta con facultades cedidas por el estado para obligar a las personas privadas de libertad a realizar actividades para la manutención del centro penitenciario y del propio penado que son las denominadas 'formas de ocupación'. Estas actividades no son otras que la limpieza de la celda y espacios comunes del centro penitenciario, el lavado de la ropa de cama del penado, actividades de jardinería en las áreas verdes del centro penitenciario, labores de carpintería en madera y metálica para el arreglo y mantenimiento de los bienes muebles del centro penitenciario y la preparación de alimentos. Todas estas actividades son impuestas a los privados de libertad bajo la justificación de que la privación de libertad no es un espacio de ociosidad y estas formas de ocupación son actividades necesarias para la convivencia del penado.

Es respecto a las formas de ocupación (como a las penas en libertad de trabajo social como limpieza de la vía pública, manutención de parques y veredas, etc.) la exclusión del concepto de trabajo forzoso que se refiere el Convenio N° 29 OIT.

Entonces, estas actividades dentro de los centros penitenciarios (formas de ocupación) no son prestaciones voluntarias que persigan un fin económico o productivo; siendo en la realidad actividades que coadyuvan a una convivencia salubre y armoniosa en los centros penitenciarios. En ese sentido, las formas de ocupación no reúnen las características ni los elementos esenciales del trabajo correspondiéndole a este tipo de actividad penitenciaria la clasificación de no laboral.

Por otro lado, las actividades facultativas son los medios por los que el INPE ejecuta el tratamiento penitenciario siendo en la realidad actividades con incentivos para conseguir la reinserción social. Estas actividades, a diferencia de las formas de ocupación, se caracterizan por ser realizadas por propia decisión del penado y no tienen la naturaleza de deber como parte de su ejecución penal⁴⁸ y; como consecuencia de su elección y ejecución el privado de libertad obtiene beneficios penitenciarios⁴⁹.

Las actividades facultativas del privado de libertad pueden ser de dos tipos: actividades educativas o trabajo penitenciario. Sin embargo, a pesar que tienen el mismo fin (la resocialización) y similar tratamiento (como beneficios penitenciarios) estas dos actividades desde el punto de vista del derecho laboral pueden clasificarse en actividades no laborales y trabajo.

Por un lado, las actividades educativas son una de las opciones que tienen los internos para ocupar su tiempo durante la ejecución de su pena y como atenuante de la misma. Actualmente, el tratamiento de las actividades educativas es administrado por la Subdirección de Educación Penitenciaria⁵⁰ y tiene por objetivos el reeducar y capacitar a los internos a través de programas, proyectos y planes educativos así como promover la cultura y el arte en los centros penitenciarios para que puedan desenvolverse social y laboralmente en el medio libre. Las actividades educativas que actualmente se imparten en los centros penitenciarios del Perú son⁵¹:

- *Dos programas educativos: (1) el programa de alfabetización y (2) el programa de educación no formal (programa de recreación y deportes, programas de danzas y folklore, programa de educación para la salud, programa de educación ambiental, programa de actividades artísticas).*

- *Educación Básica Alternativa: enseñanza de primaria y secundaria*

- *Educación Técnica Productiva: generalmente clases y aprendizaje en carpintería, confecciones textiles, confección de calzado, sastrería, electricidad, manualidades, cocina, estructuras metálicas.*

⁴⁸ SMALL ARANA, German, Situación carcelaria del Perú y beneficios penitenciarios. Lima: Grijley. 2006. Pág. XV

⁴⁹ "La redención de la pena por el trabajo y la educación: Es un beneficio penitenciario que permite al sentenciado acortar el tiempo de permanencia en el establecimiento penitenciario mediante la acumulación de los días redimidos, que le permitirá alcanzar la libertad definitiva con anticipación a la fecha finada" en Situación carcelaria del Perú y beneficios penitenciarios. Pág. 92.

⁵⁰ Unidad Orgánica de la Dirección de Tratamiento Penitenciario creada mediante Decreto Supremo 009-2007-JUS – Reglamento de Organización y Funciones del INPE.

⁵¹ INPE. Educación en contexto de privación de libertad. <http://www.inpe.gob.pe/contenidos.php?id=479&np=32&direccion=1> visto el 25.08.2015.

En la actividad penitenciaria de educación se otorgan conocimientos a los privados de libertad similar a la actividad que se realizan en los colegios y centros de formación superior. Que, el privado de libertad no ejecuta una actividad más bien participa de los programas o proyectos de formación obteniendo conocimientos según el grado académico (primaria, secundaria, superior) y el interés del privado de libertad (especialización en áreas o profesiones).

En ese sentido, las actividades educativas al igual que las formas de ocupación no pueden ser valoradas como trabajo protegido por el derecho debido a la ausencia de las características y los elementos esenciales que caracterizan al trabajo. Primero, no es una prestación personal, no existe subordinación ni ejecución de una actividad productiva con fines económicos; segundo, es un servicio de capacitación y educación, no una prestación personal, que se le brinda al privado de libertad como herramienta para su reinserción con miras a que adquiera la profesionalización necesaria para reinsertarse a la sociedad y la PEA cuando termine la ejecución de su pena.

Por otro lado, el privado de libertad puede optar por efectuar otra actividad como parte de su tratamiento penitenciario que es el trabajo penitenciario. En la doctrina y como afirma Quiñones *“el termino trabajo penitenciario comprendería dos modalidades: el trabajo de quien cumple una pena y el trabajo como pena. En el primer caso nos referimos a las personas que – en cumplimiento de una pena privativa de libertad – se encuentran reclusas en una institución penitenciaria en la que realizan un trabajo o servicio – interno o externo-. En cambio, el trabajo como pena alude, más bien, al supuesto de aquellas personas que, no estando privadas de libertad, han sido condenadas a la realización de trabajos o servicios en beneficio de la comunidad”*⁵². Para el presente estudio, que es sobre las personas con pena privativa de libertad, únicamente utilizaremos trabajo penitenciario para referirnos a la primera modalidad.

Entonces, en contraposición a las actividades educativas la otra opción que tienen los penados en el Perú para obtener la redención de sus penas es mediante el trabajo penitenciario. Esta actividad es desarrollada a petición del privado de libertad dentro de los establecimientos penitenciarios, en los talleres de trabajo o en los comercios del INPE y así como es voluntaria la elección del privado de libertad de trabajar o no, también queda en su autonomía el elegir el tipo de taller o actividad en que pondrá a disposición su fuerza de trabajo.

⁵² QUIÑONES INFANTE, Sergio. La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Lima: Palestra Editores S.A.C., 1° Edición. 2007. Págs. 102-103.

Producto de la visita a los centros penitenciarios, se verificó que el trabajo penitenciario es la puesta a disposición de la fuerza humana de las personas privadas de libertad para la elaboración de diversos productos que terminan siendo ofrecidos en el mercado. En ese sentido al hablar de trabajo penitenciario no debe de entenderse los trabajos o servicios exigidos a las personas recluidas vinculados al quehacer cotidiano del preso, como son el orden y la limpieza de su celda⁵³, entonces esta actividad penitenciaria no se encuentran dentro del concepto de trabajo no forzoso que estipula el Convenio N° 29 OIT.

Actualmente, el INPE administra, ofrece y clasifica el trabajo penitenciario en dos tipos⁵⁴: **(A)** como talleres (de carpintería, zapatería, tejido a máquina electrónica, mecánica automotriz, soldadura, sastrería, hidroponía, confecciones, cerámica y telares) y **(B)** como principales actividades (confección de carteras, juguetería, tejido en yute, cestería, manualidades y artesanía). Cabe señalar, que no hay una definición que explique la clasificación del INPE respecto a estas actividades productivas.

En comparación con las actividades educativas y formas de ocupación, el trabajo penitenciario siempre ha sido entendido como un mecanismo de rehabilitación siendo en los últimos años regulado como un herramienta para la redención de la pena donde a diferencia de las anteriores actividades penitenciarias; hoy en día el trabajo penitenciario ha evolucionado y, como veremos a continuación, es la única actividad realizada por el privado de libertad que reúne las características y los elementos esenciales y típicos (no esenciales) de una actividad de naturaleza laboral siendo esta la actividad a la que nos referiremos como actividad penitenciaria laboral.

Ahora bien, producto de la investigación realizada se ha podido advertir un doble trato diferenciado al trabajo penitenciario ya que; si bien el tratamiento del trabajo penitenciario en el Perú se encuentra regulado por el Manual de Procedimientos de Trabajo Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario⁵⁵; (producto del trabajo de campo efectuado) se ha podido conocer que el trabajo penitenciario no sólo tiene un trato diferenciado respecto al trabajo del mundo libre sino que dependiendo del tipo de centro penitenciario en que se efectúe la actividad, va a tener el trabajo del privado de libertad un tratamiento distinto⁵⁶ el cual tampoco otorga el reconocimiento del derecho

⁵³ QUIÑONES INFANTE, Sergio. La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Lima: Palestra Editores S.A.C., 1° Edición. 2007. Pág. 108.

⁵⁴ INPE <http://www.inpe.gob.pe/contenidos.php?id=332&np=32&direccion=1> visto el 26.08.2015.

⁵⁵ INPE en <http://www.inpe.gob.pe/pdf/RP-835-2010-INPE.pdf> y http://www.inpe.gob.pe/pdf/TEXTO_DEL_MAPRO_TRABAJO.pdf

⁵⁶ INPE: Cada establecimiento penitenciario cuenta con un régimen de tratamiento los cuales pueden ser de tres tipos; el régimen cerrado especial, el de máxima seguridad y el de mínima seguridad - <http://www.inpe.gob.pe/contenidos.php?id=269&np=79&direccion=7>

del trabajo y que explicaremos en el apartado referente al trato igual y no discriminación en los talleres de trabajo de los centros penitenciarios.

A continuación se expondrá la realidad del trabajo penitenciario en los centros penitenciarios de mínima seguridad, de régimen cerrado especial y de máxima seguridad siendo sus nuevas características y formas de trabajo las que nos llevan a valorarlo como trabajo y a exigir como tal, un tratamiento acorde a la protección constitucional vigente en nuestro país.

1.3.2 LA NATURALEZA ÚTIL DEL TRABAJO PENITENCIARIO EN EL PERÚ:

Es la reciente naturaleza útil del trabajo penitenciario en el Perú lo que ha llamado mi atención y es el principal sustento para fundamentar la necesidad de adecuar el tratamiento del trabajo penitenciario a uno equiparable al del trabajo en general debido a la laguna jurídica que existe en torno a su tratamiento normativo.

Como se expuso inicialmente, desde los orígenes de la pena privativa de libertad a existido el trabajo en los centros penitenciarios tratándose primero del despliegue de un desgaste físico en las galeras y campos de batalla como fuerza humana a disposición y en beneficio de los estados. Luego, pasó a ser denominado como trabajo penitenciario a las actividades impuestas al penado con el fin de erradicar la ociosidad y procurar la manutención de los centros penitenciarios sin que llegue a entenderse dicha imposición como trabajo forzoso por ser actividades rutinarias las cuales hemos denominado formas de ocupación. Posteriormente, este concepto se amplió con la ejecución de una nueva filosofía penitenciaria basada en la resocialización del delincuente y la creación de los beneficios penitenciarios creándose un nuevo tipo de trabajo en los centros penitenciarios bajo el nuevo concepto de actividad penitenciaria en los talleres de trabajo.

Que, la actividad penitenciaria laboral inicialmente tuvo por finalidad la elaboración de bienes/productos los cuales eran para uso particular o de los familiares del penado (fines no productivos). No obstante, con el paso de los años, el INPE ha insertado la comercialización en el proceso productivo del trabajo penitenciario dándole a estas actividades el elemento del cual carecía: el de ser una actividad productiva⁵⁷. En ese sentido, hoy en día se usa la energía de los privados de libertad para la consecución de un bien o servicio específico que es ofrecido en el mercado y produce riqueza

⁵⁷ ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores. 2008. Págs. 80-83.

siendo a través de esta riqueza que el INPE intenta procurar la subsistencia del privado de libertad mediante un pago por su trabajo.

A diferencia de dos décadas atrás, hoy es una realidad la competencia de los productos elaborados por las personas privadas de libertad en el mercado nacional a través de la oferta de los servicios de lavandería y diversos productos como pinturas, cerámicas, calzado, pasteles, entre otros⁵⁸. Todos los productos que se elaboran en los talleres de trabajo de los centros penitenciarios son comercializados en las exposiciones y ferias que promueve o participa el INPE siendo en Lima Metropolitana las actividades en las que siempre participa el INPE las ferias en el Poder Judicial, las exposiciones en el Ministerio de Salud y Ministerio de la Mujer.

Por otro lado, existe un segundo canal de comercialización de los productos elaborados por los privados de libertad y es la comercialización interna. El INPE permite la comercialización de los productos elaborados por las personas privadas de libertad dentro del centro penitenciario ya sea a la población del penal o a las visitas que ingresen al recinto.

Adicionalmente a estos dos tipos de comercialización que se efectúan en todos los centros penitenciarios, se tiene un tercer modo de comercialización el cual es exclusivo de los centros penitenciarios de mínima seguridad de Lima Metropolitana el cual es la venta a través de tiendas administradas por el INPE ya sean virtuales o físicas como es el caso de la tienda virtual del INPE nombrada PASCHI⁵⁹.

Por tanto, hoy en día existen tres formas en que se comercializan los productos elaborados en los talleres penitenciarios: a través de ferias y exposiciones, dentro del centro penitenciario y por medio de las tiendas físicas y virtuales del INPE. Cabe señalar, que en la actualidad sólo en el centro penitenciario de Ancón II se da la figura

⁵⁸ "Fabricación de mobiliario para los talleres del área de trabajo en el Establecimiento Penitenciario de Régimen Especial de Chorrillos, participación en la Feria Expo - Madre con productos de los internos de la Dirección Regional Lima, auspiciado por la Empresa Continental Group S. A., participación en la 1ra feria Expo Venta - "Integración", auspiciado por el Instituto Nacional de Cultura Ancash, participación en la Exposición - venta de obras y artísticas (pintura y cerámica), denominado "Creatividad y Oportunidad" auspiciado por el Instituto Nacional de Cultura, Museo de la Nación e Instituto Nacional Penitenciario, ejecución de Proyectos de "Fabricación de 25 docenas de calzado escolar en el Establecimiento Penitenciario de Régimen Cerrado Ordinario Lurigancho" Disponible en <http://www.inpe.gob.pe/contenidos.php?id=332&np=32&direccion=1>. Visto el 26.08.2015

⁵⁹ <http://www.inpe.gob.pe/paschi.php>

de la tercerización de mano de obra entre el INPE y la empresa Renzo Costa⁶⁰ donde se cede la mano de obra y el taller de trabajo de costura para que elaboren la producción de accesorios de cuero que requiera la empresa a cambio de un pago al INPE el cual es repartido entre los privados de libertad del taller.

Ahora bien, corresponde explicar cómo genera riqueza el trabajo penitenciario al INPE y a los privados de libertad. Antes, el INPE tenía como ingreso único el brindado por el presupuesto nacional no obstante, desde hace algunos años cuenta con ingresos extraordinarios los cuales provienen de las ventas de los productos fabricados y de los servicios prestados en las tiendas físicas por los privados de libertad mientras que el privado de libertad percibe una retribución por su trabajo siendo la distribución de esta riqueza de la siguiente manera: del total de las ventas de productos o servicios efectuados, los privados de libertad perciben el 90% del costo de venta y el INPE retiene el 10% restante de la venta tal como lo señala el MAPRO⁶¹. Cabe señalar que la misma retención ocurre en el caso de los privados de libertad que trabajan para la empresa Renzo Costa donde sobre la remuneración que paga la empresa al privado de libertad, el INPE retiene el 10%. Son estas dos formas como el INPE genera riqueza para la entidad y el privado de libertad para sí mismo a partir del trabajo penitenciario.

Demostrado el giro útil del trabajo penitenciario en el Perú podemos concluir que hoy en día, esta actividad penitenciaria no sólo tiene fines de resocialización, espirituales y culturales sino que reviste y persigue claramente un fin económico o productivo a través de las ventajas patrimoniales que percibe el INPE y los privados de libertad producto de su ejecución.

Llevar esta realidad al Derecho vigente en el Perú genera un espacio en el ámbito de aplicación y protección como trabajo siendo que, el Tribunal Constitucional Peruano (TC) en el Expediente N° 008-2005-PI/TC definió al trabajo como *“la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En este contexto implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc.”*⁶² acorde a la interpretación del TC, BOZA define la aplicación del Derecho del Trabajo como “no todo trabajo o actividad se encuentra dentro del ámbito de aplicación del derecho del

⁶⁰ La empresa Renzo Costa desde el 2014 ha ingresado al centro penitenciario con su programa denominado “Manos Invencibles” donde los privados de libertad producen accesorios de cuero - Visto en https://www.renzocosta.com/media_rc/uploads/nosotros/historia-de-una-familia-2015.pdf el 30.06.2016.

⁶¹ http://www.inpe.gob.pe/pdf/TEXTO_DEL_MAPRO_TRABAJO.pdf

⁶² Fundamento N° 18 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 12.08.2005. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>. Visto el 26.08.2015.

trabajo. Sólo aquel que reúna determinadas características quedará dentro de su ámbito de aplicación – y protección”⁶³.

Entonces, si antes el trabajo penitenciario no era aplicado para la producción de riqueza, era válida su exclusión como trabajo protegido por el derecho. No obstante, en la actualidad esta actividad produce bienes y presta servicios que satisfacen las necesidades de terceros y su entrega reporta un beneficio económico expresado en dinero el cual le da el carácter de actividad productiva al trabajo penitenciario y le asigna una característica propia del trabajo que es de interés para el derecho motivo por el cual, con esta evolución se abre un espacio para que el trabajo penitenciario sea considerado como una actividad humana protegida por el Derecho del Trabajo.

1.3.3 CARACTERÍSTICAS DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA LABORAL COMO TRABAJO OBJETO DE PROTECCIÓN POR EL DERECHO DEL TRABAJO:

El trabajo que interesa al Derecho no es cualquier ocupación sino aquel que posee determinadas características que lo vuelven objeto de regulación y lo hacen gozar de protección⁶⁴. En este apartado desarrollaremos las características de la actividad penitenciaria laboral a fin de demostrar que posee las notas típicas del trabajo protegido por nuestro sistema normativo y con ello afirmar la laguna jurídica existente a partir de la falta de valoración de los intereses tutelados por el derecho del trabajo en los centros penitenciarios.

Como es sabido el trabajo objeto de protección por el Derecho es el tipo de trabajo que reúne las siguientes características: trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado. Y es en base a estas características que se han configurado los elementos esenciales de una relación de naturaleza laboral y que son exigidos por nuestra legislación⁶⁵ para su reconocimiento como tal. En cuanto a los elementos esenciales, los elementos configuradores de una relación laboral son: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración.

A continuación analizaré la actividad penitenciaria laboral en el Perú a partir de las características y elementos esenciales del trabajo a fin de demostrar que, además de haber adquirido el carácter de actividad útil, reúne las demás condiciones para ser considerada como trabajo protegido por el derecho nacional.

⁶³ BOZA PRO, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2001. Pág. 16.

⁶⁴ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2012. Pág. 15

⁶⁵ Artículos 4º y 5º del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).

1.3.3.1 TRABAJO HUMANO:

Es trabajo aquellas actividades que realiza una persona de forma consciente. Si bien los animales también son utilizados como generadores de actividades productivas, su actividad no es trabajo pues este concepto es únicamente aplicable a los sujetos de derecho y por tanto, la actividad humana es la única que le interesa al Derecho.

Que, la actividad penitenciaria que realizan los privados de libertad en los talleres de trabajo en los centros penitenciarios, ya sean manuales o intelectuales, son realizadas por ellos mismos y de forma consciente siendo esta característica atribuible a su ejecución.

1.3.3.2 TRABAJO PRODUCTIVO:

La actividad humana que interesa al Derecho proteger es el esfuerzo con fines económicos es decir que a cambio de los servicios; su ejecutor reciba dinero o cualquier objeto valorizable económicamente quedando excluidas las que tengan por objetivo producir bienes o servicios para consumo propio.

Como expusimos en el numeral anterior, hoy en día el trabajo penitenciario ha adquirido el elemento productivo que caracteriza al trabajo protegido por el Derecho a partir de su incursión en el mercado mediante la oferta de los servicios y productos que son elaborados por los privados de libertad en la ejecución de su actividad penitenciaria. No obstante, cabe señalar que a diferencia de la mayoría de empresas que ofertan similares productos en el mercado y que tienen como único fin el económico; el trabajo penitenciario tiene un fin mixto⁶⁶.

Por un lado, y como ha sido desde su origen tiene por finalidad la promoción de la reinserción social del penado lo que podría decirse un fin social y por otro lado, el trabajo penitenciario con el paso del tiempo ha adquirido un fin económico mediante su comercialización⁶⁷ ya sea directamente por el INPE en el mundo libre o indirectamente por los privados de libertad dentro del centro penitenciario generando todas las ventas una ventaja patrimonial para el INPE ascendente al 10% del total de los productos comercializados.

⁶⁶ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2012. Pág. 22

⁶⁷ No importa si se llega a obtener o no el provecho económico sino que sea susceptible de arrojar este resultado.

1.3.3.3 TRABAJO LIBRE:

En el Perú el trabajo dentro de los centros penitenciarios no tiene carácter aflictivo ya que por un lado, el privado de libertad tiene la facultad de elegir si realiza o no actividad penitenciaria y por otro lado, en qué tipo de actividad prefiere ocupar su tiempo (actividades educativas o trabajo penitenciario) asimismo es potestativo del penado la elección del tipo de trabajo en que quiere capacitarse y perfeccionar su profesión pudiendo elegir de forma libre entre la gama de talleres y actividades que ofrece el INPE quedando sujeta su decisión al cupo por actividad que maneja cada centro penitenciario.

En todos los centros penitenciarios el trabajo penitenciario es voluntario y la ocupación en los talleres de trabajo se efectúa a petición del privado de libertad a través de una solicitud dirigida al Director del centro penitenciario (ANEXO 1-A). Cuando la solicitud es admitida el INPE asigna un código único de inscripción en el área de trabajo con el cual se lleva el registro de las planillas de control laboral y se elaboran las planillas de pago a la Subdirección de Tratamiento de la Oficina Regional; esta asignación sería similar al código de trabajador que algunas empresas administran a su personal.

Cabe señalar que en la referida solicitud el privado de libertad se compromete a cumplir con los horarios y reglas del taller bajo apercibimiento de ser sancionado con la sanción de mayor gravedad como es la desvinculación del taller de trabajo. En ese sentido, podemos advertir que la actividad penitenciaria desde su inicio presenta no sólo el ejercicio del derecho a la libertad de trabajo a partir del carácter voluntario de los privados de libertad de elegir si efectuar actividades laborales o no en el centro penitenciario y en qué actividad desempeñarse; sino que también presenta la voluntad de los privados de libertad de subordinarse a los lineamientos del INPE.

Ahora bien, no debe confundirse la libertad de realizar trabajo penitenciario con la imposición legal de trabajar que puede ejercer el INPE a los penados. Como he señalado anteriormente, todos los privados de libertad son obligados a realizar formas de ocupación que son las actividades autorizadas por el Convenio OIT N° 29 referidas a la limpieza del centro penitenciario y manutención del mismo y el fundamento de esta imposición es por haber valores superiores a la propia libertad de trabajo como es la no ociosidad del penado pues durante la ejecución de su pena su estadía no es un espacio de comodidad que signifique el traslado de mayores costos al estado.

En ese sentido, queda claro que el privado de libertad decide si trabaja o no y elige en qué trabaja quedando por analizar si es efectivo su derecho derivado de la libertad de trabajo a elegir para quien trabaja.

Respecto a este punto, por la realidad en la que se encuentran los privados de libertad, el único que ofrece y administra el trabajo penitenciario es el INPE salvo en el caso del taller de costura del centro penitenciario de Ancón II (caso Renzo Costa). Por tanto, en el Perú las empresas privadas pueden contratar los servicios de los privados de libertad o comprar los bienes del trabajo penitenciario a través del INPE no de forma directa con los penados.

1.3.3.4 LA AJENIDAD EN LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA:

Acorde a NEVES⁶⁸, un sujeto puede realizar un trabajo productivo ya sea por su iniciativa o por encargo de un tercero siendo el trabajo que le importa al derecho aquel donde la titularidad de los bienes producidos son de este tercero quien paga un precio por su producción.

No obstante, ARCE⁶⁹ detalla los rasgos sintomáticos de la ajenidad más allá de esta definición histórica del trabajo por cuenta ajena señalando que la disposición del trabajador debe de ser permanente y continuada y; en el caso de la actividad penitenciaria laboral, los privados de libertad ofrecen sus servicios diariamente en los talleres de trabajo durante todo el tiempo en que el privado de libertad se encuentre inscrito en el taller. Que, a pesar que no hayan todas las semanas ferias o exposiciones en donde el INPE comercialice los productos de los talleres de trabajo o que no se registren órdenes de compra a través de sus tiendas virtuales u órdenes de servicio en sus tiendas físicas, esto no afecta la continuidad de la obligación del privado de libertad de asistir al taller de trabajo y ejecutar la actividad en el taller que eligió.

Asimismo, ARCE⁷⁰ señala que no es una relación laboral y debe de considerársele como un trabajador autónomo cuando la persona trabaja sin estar sometida a poder de dirección alguno, su prestación no es organizada por un tercero, que cuente con material de trabajo propio y no sea su dependencia económica exclusiva de un tercero.

⁶⁸ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2012. Pág. 22

⁶⁹ ARCE ORTIZ. Elmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores. 2008. Págs. 79-81.

⁷⁰ ARCE ORTIZ. Elmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores. 2008. Págs. 83 – 85.

En el caso del privado de libertad inscrito en algún taller de trabajo, todas las actividades se encuentran condicionadas a las reglas del INPE y sólo en el caso del taller de Renzo Costa esta dirección es compartida con la empresa. Que, el poder de dirección en la actividad penitencia laboral se presenta de la siguiente manera:

Primero, es obvio que la actividad penitenciaria laboral se llevará a cabo dentro del centro penitenciario no obstante es el INPE quien determina el lugar específico de la prestación de servicios es decir, el lugar del taller de trabajo y tiene la facultad de variar su ubicación dentro del centro penitenciario.

Segundo, el INPE estipula los horarios de la actividad penitenciaria laboral señalando al privado de libertad el tiempo que debe de ejecutar su actividad en cada taller de trabajo o tiendas físicas.

Tercero, según el taller de trabajo en el que se encuentra el privado de libertad, el INPE regula de forma general el tipo de bienes y servicios que pueden producir. No obstante, no existen disposiciones específicas por parte del INPE respecto al cómo de la prestación de servicios. Por ejemplo, el INPE establece que en el taller de trabajo de Manualidades Varias durante el trimestre sólo se producirán cerámicas restringiendo así que el privado de libertad elabore productos provenientes de un procedimiento distinto o de otros materiales sin embargo, a menos que el INPE tenga un convenio, proyecto o contrato con terceros sobre una producción específica, el INPE no señala al privado de libertad el tipo de cerámica que debe elaborar siendo el bien final un producto de su creatividad.

Cuarto, la conducta de los privados de libertad que no siga los lineamientos del tratamiento penitenciario es sancionada por el INPE mediante diversas medidas de sanción como son la suspensión o el retiro del taller de trabajo.

Quinto, otro poder que tiene el INPE respecto a la actividad penitenciaria laboral es la administración de la producción de los talleres de trabajo. Acorde a la información recogida mediante encuestas en los centros penitenciarios de Lima⁷¹, el INPE lleva un registro de los productos que elaboran los privados de libertad pudiendo así contabilizar la cantidad de productos efectivamente vendidos en cualquiera de los tres tipos de comercialización que existen en los centros penitenciarios y con ello determinar la retribución a cada privado de libertad.

⁷¹ Se efectuaron 100 encuestas a los privados de libertad y a los jefes del área de trabajo de los centros penitenciarios de mínima de Mujeres de Chorrillos y el Anexo de máxima seguridad de Chorrillos.

Sexto, respecto al precio final de los productos este es determinado por el INPE en las exposiciones, ferias, tiendas físicas y virtuales administradas por el INPE y sólo en los casos de comercialización dentro de los centros penitenciarios (a otros privados de libertad o visitantes); el precio final es determinado por el privado de libertad e informado al INPE a fin de poder aplicar la retención correspondiente por las ventas bajo este tipo de comercialización.

Séptimo, el INPE administra la retribución del privado de libertad de una forma especial en función a un sistema remunerativo variable donde los privados de libertad perciben un ingreso por la producción vendida ascendente al 90% del costo de venta. Bajo esta figura, la titularidad de los bienes la asume el INPE pagando un precio al privado de libertad por la producción vendida.

Octavo, el INPE vigila la actividad penitenciaria laboral mediante los servidores públicos de la Dirección de Trabajo del INPE que colocan en cada taller de trabajo. En ese sentido, el INPE no se limita a procurar un lugar de trabajo sino que fiscaliza permanentemente el trabajo de los privados de libertad.

Noveno, el INPE organiza el trabajo penitenciario según sus intereses y se encarga de capacitar a los privados de libertad según los oficios que se ejecutan en cada taller de trabajo asimismo orienta su enseñanza según los intereses de la entidad. Por ejemplo, si el INPE obtiene un convenio o proyecto con un tercero para la producción de un bien específico para una campaña, orienta la capacitación para la producción de los bienes de esta campaña.

En atención a esta pluralidad de facultades que el INPE ejerce en la actividad penitenciaria laboral las cuales son similares a las que el ordenamiento jurídico reconoce como necesarias e indispensables de un empleador; podemos concluir que los privados de libertad efectúan un trabajo dirigido por un tercero, el INPE.

Respecto a la dependencia económica como característica del trabajo por cuenta ajena, es claro que por la situación de encierro del privado de libertad su participación en un taller de trabajo del INPE es la única fuente económica por la cual el privado de libertad puede generar riqueza para su propia subsistencia o la manutención de su familia.

Sobre la titularidad del material de trabajo, sólo en el caso del taller de trabajo cedido a la empresa Renzo Costa y en las campañas por convenio o proyecto que suscribe el INPE con terceros; el material de trabajo es facilitado a los privados de libertad. Sin embargo, en general son los privados de libertad los que adquieren su material de

trabajo siendo que el INPE proporciona las máquinas y herramientas necesarias en cada taller de trabajo pero el material es adquirido por el privado de libertad a diferencia de la entrega de material a los trabajadores del mundo libre. No obstante, no consideramos que esta situación elimine la ajenidad de la prestación de servicios de los privados de libertad al INPE.

Por lo antes descrito, a pesar de que en su gran mayoría los privados de libertad efectúan la actividad penitenciaria laboral con material de trabajo propio, puedo concluir que la actividad penitenciaria laboral debe ser calificado como un trabajo por cuenta ajena por reunir las demás características como lo es ser un trabajo que realizan los privados de libertad por encargo del INPE, una actividad organizada y bajo el poder de dirección del INPE y por la dependencia económica exclusiva de los privados de libertad a los talleres de trabajo del INPE.

1.3.3.5 TRABAJO SUBORDINADO:

NEVES⁷² sigue la definición del derecho moderno del contrato de trabajo y señala que este se da cuando existe un vínculo entre dos individuos para conseguir la elaboración de un producto en donde uno – el deudor - le permite al otro – el acreedor de trabajo - dirigir la prestación y la asunción del riesgo del trabajo es asumida por el acreedor.

TOYAMA afirma que la subordinación es la característica que determina a los sujetos de la relación laboral: *“en nuestro país no existe una norma general que nos brinde un alcance de la definición del trabajador (...) atendiendo a una interpretación de los artículos correspondientes de la LPCL (Artículos 4°, 5°, 6° y 9°), es todo aquel sujeto que se compromete a prestar personal y directamente sus servicios a favor de un empresario bajo la dirección jurídica de este último (...) y tal como sucede con el trabajador, nuestra ley laboral general no ha definido que se entienda por empleador así que lo más cercano que tenemos a ello lo dispone el Artículo 9° de la LPCL que encauza el ejercicio del poder de dirección que el empleador ejerce sobre sus trabajadores”*.⁷³

La subordinación que ejerce un sujeto a otro en una actividad productiva y con fines económicos es el rasgo característico que determina la posición de los sujetos en una relación laboral. Quien se encuentre en la obligación de acatar las órdenes del otro es el trabajador el mismo que está bajo la sujeción del poder directriz de organizar y dirigir la actividad y a cambio de su prestación de servicios espera una paga.

⁷² NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2012. Págs. 28 y 29.

⁷³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derecho Individual del Trabajo. Lima: Gaceta Jurídica. 1° Edición, 2011. Págs. 10 y 20.

Ahora bien, debe de entenderse que esta subordinación no implica la dirección constante y efectiva de la actividad del trabajador sino que, más bien, supone que el empleador mantenga la posibilidad de dirigir la labor del trabajador y que este reconozca la obligación de acatar su administración⁷⁴.

Si trasladamos nuestra regulación a la realidad del trabajo penitenciario podremos ver que si bien los privados de libertad eligen en que actividad prestar sus servicios y en el caso de los talleres de trabajo (no tiendas físicas como lavanderías y panaderías del INPE) elaboran los productos según su creatividad; es el INPE quien administra y dirige las actividades productivas de los centros penitenciarios.

El poder de subordinación que ejerce el INPE sobre los privados de libertad que efectúan actividad penitenciaria laboral viene dado por la regulación del Código de Ejecución Penal que le confiere al INPE todas las facultades para administrar el tratamiento penitenciario. Producto del trabajo de campo efectuado se ha podido conocer la subordinación en la actividad penitenciaria laboral efectuándose de la siguiente manera:

- En cada centro penitenciario, es la Dirección de Trabajo del INPE la que estipula los horarios y jornadas de la actividad penitenciaria laboral. Que, el INPE efectúa en los talleres de trabajo una gestión del tiempo distinta tal como lo podemos ver en el ejemplo adjunto elaborado en base a la información de talleres de trabajo de dos centros penitenciarios:

ACTIVIDAD PENITENCIARIA LABORAL	CENTRO PENITENCIARIO DE MUJERES DE CHORRILLOS (régimen de mínima seguridad)	CENTRO PENITENCIARIO DE MAXIMA SEGURIDAD ANEXO CHORRILLOS
Manualidades Varias	Lunes a Viernes – 08 horas diarias	Lunes a Viernes – 08 horas diarias
Cerámica y actividades Múltiples	No hay esta actividad	Lunes a Sábado – 06 horas diarias
Panadería	Lunes a Sábado – 08 horas diarias	Lunes a Sábado – 08 horas diarias
Zapatería y Carteras	Lunes a Viernes – 06 horas diarias	Lunes a Sábado – 08 horas diarias

⁷⁴ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derecho Individual del Trabajo. Lima: Gaceta Jurídica. 1° Edición, 2011. Págs. 10 y 11.

Cosmetología	Lunes a Sábado – 08 horas diarias	Lunes a Sábado – 06 horas diarias
Costura	Lunes a Sábado – 06 horas diarias	Lunes a Viernes – 06 horas diarias Sábado – 03 horas
Lavandería	Lunes a Sábado – 08 horas diarias	No hay esta actividad

- Sólo en los talleres de lavandería, costura y panadería el INPE permite, en atención a las campañas o la carga laboral, el trabajo en sobretiempo respecto a estas jornadas.
- Durante las jornadas establecidas por el INPE, los privados de libertad se encuentran supervisados por un técnico del INPE quien es el encargado de velar por la ocupación efectiva diaria en los talleres de trabajo acorde a las disposiciones genéricas y específicas del tratamiento penitenciario.

Asimismo, cuando se presentan campañas (festividades o proyectos) es el INPE quien negocia (sin intervención de los privados de libertad) los Convenios y Proyectos que determinan la producción del trabajo penitenciario⁷⁵, por ejemplo se han llevado a cabo en el 2014 y 2015 el proyecto de confección de 100 chalinas, de 200 escoberos, de 200 calzados escolares así como también se concretan proyectos para la fabricación de mobiliario para implementar talleres de producción y aulas talleres en los centros penitenciarios donde las especificaciones y el número de los productos del trabajo penitenciario son determinados por el INPE siendo los privados de libertad únicamente ejecutores de las órdenes de dicha entidad.

- El INPE es quien determina el lugar en que se desempeña la actividad penitenciaria laboral pudiendo de forma unilateral modificar su ubicación dentro del centro penitenciario y el privado de libertad se encuentra obligado a asistir al taller de trabajo.
- Cuando el privado de libertad no cumple con las disposiciones genéricas o específicas se registra, reporta y sanciona su incumplimiento ya sea con un informe, la suspensión del taller o el retiro del privado de libertad según la

⁷⁵ Cuadro de Proyectos INPE en <http://www.inpe.gob.pe/contenidos.php?id=332&np=32&direccion=1> visto el 30.06.2015.

gravedad de la falta cometida. En ese sentido, el privado de libertad se encuentra sujeto al cumplimiento estricto de las instrucciones del INPE bajo apercibimiento de ser sancionado por su conducta en los talleres de trabajo.

Como hemos visto, la actividad penitenciaria laboral reúne las características del trabajo objeto de protección del Derecho del Trabajo al ser un trabajo humano, hoy en día ha adquirido el rasgo de trabajo productivo, un trabajo libre, por cuenta ajena y subordinado al INPE.

A continuación, desarrollaremos la presencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo en la actividad penitenciaria a fin de terminar por demostrar su naturaleza laboral.

1.3.4 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA

Acorde a la postura de ARCE⁷⁶ en el Perú la protección del Derecho del Trabajo opera dentro del marco del Contrato de Trabajo. Por tanto, corresponde analizar si la actividad penitenciaria laboral posee los elementos esenciales que configuran una relación dentro del marco del contrato de trabajo.

Que, el Artículo 4° de la LPCL⁷⁷ define al Contrato de Trabajo estipulando que se configura su existencia en toda prestación personal de servicios, subordinados y remunerados.

1.3.4.1 LA PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIOS:

En cuanto a este elemento esencial, el Artículo 5° de la LPCL estipula que “los servicios para ser de naturaleza laboral, deben de ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural”⁷⁸.

NEVES⁷⁹ explica que el sentido de este artículo no es otro que detallar que *“la actividad cuya utilización es objeto del contrato de trabajo es la específica de un trabajador determinado.*

⁷⁶ ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores. 2008. Pág. 81.

⁷⁷ Artículo 4°.- *“En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”.*

⁷⁸ BOZA PRO, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2001. Pág. 44.

⁷⁹ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2012. Pág. 33.

De aquí deriva, en primer lugar, que el trabajador es siempre una persona natural, a diferencia del empleador, que puede ser una persona natural (como en el hogar o los pequeños negocios) o jurídica adoptando cualquier forma asociativa, lucrativa o no”.

Entonces, los servicios considerados para el Contrato de Trabajo son los ejecutados por una persona natural, no una máquina o persona jurídica. Y, que estos servicios sean prestados de forma directa por la persona natural es decir; sin intermediarios.

No cabe duda que el trabajo penitenciario es una actividad elegida por el penado para prestar sus servicios de forma voluntaria y directa sin asistirse por dependientes a su cargo; cumple con el elemento esencial del trabajo de ser una labor personalísima⁸⁰.

1.3.4.2 LA SUBORDINACIÓN EN LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA:

Los artículos 4° y 9°⁸¹ de la LPCL refieren a la subordinación como elemento de una relación propia del marco del Contrato de Trabajo. Es el ejercicio de los poderes de dirección y sanción en los servicios que presta una persona los que determinan un vínculo como laboral.

Asimismo, nuestra jurisprudencia ha señalado que “el elemento fundamental que diferencia el Contrato de Trabajo del Contrato de Locación de Servicios es la subordinación jurídica, pues su ausencia origina que no exista relación laboral”⁸² (Sentencia de la Tercera Sala Laboral de Lima recaída en el Expediente N° 4905-2001IND).

Por su parte, ARCE⁸³ estima como rasgo adicional de la subordinación la asunción del riesgo por el acreedor del servicio. Al ser el empleador quien asume las consecuencias de la actividad, que pueden ser utilidades o pérdidas, se verifica que el trabajador no tiene injerencia en el ámbito de organización de la actividad y su participación se limita a las directrices del empleador.

⁸⁰ ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores. 2008. Pág. 81.

⁸¹ Artículo 9°.- “Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”.

⁸² BOZA PRO, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2001. Pág. 45.

⁸³ ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores. 2008. Pág. 82.

A partir de la explicación efectuada anteriormente referente a las características de la relación laboral presentes en la actividad penitenciaria laboral, corresponde afirmar que el trabajo penitenciario es ejecutado por los privados de libertad bajo los lineamientos del INPE siguiendo las órdenes respecto a los horarios y jornadas de trabajo en los talleres y tiendas físicas, al lugar donde se llevará a cabo la actividad y a cómo se realizará la misma.

En los hechos, el INPE se encarga de sancionar, restringir y administrar el trabajo penitenciario y desde el ámbito legal; este poder jurídico es ejercido por el INPE como resultado de las disposiciones del Artículo 66° del Código de Ejecución Penal⁸⁴ y el Artículo 109° de su Reglamento⁸⁵. En ese sentido, la actividad penitenciaria laboral presenta subordinación producto de las órdenes impartidas a los privados de libertad.

1.3.4.3 EL CARÁCTER REMUNERATIVO EN EL TRABAJO PENITENCIARIO:

Por último, el elemento remunerativo que no es sino como afirma ARCE: *“el pago en dinero o en especie que el empresario le hace, se lo hace en retribución a su prestación de servicios. Por ello una persona no encaja dentro del ámbito de aplicación de la LPCL, si el servicio tiene sólo fines no productivos (benéficos por ejemplo)”*⁸⁶.

El artículo 6° de la LPCL estipula como remuneración el íntegro de lo que recibe el trabajador por sus servicios, en dinero o en especie, pero siempre que sea de su libre disposición⁸⁷. Por su parte, el Código de ejecución penal reconoce en su Artículo 67° el carácter contraprestativo del trabajo penitenciario asignándole una remuneración mensual.

Que, en la actualidad sólo los privados de libertad que efectúan actividad penitenciaria laboral perciben ingresos dentro de los centros penitenciarios. Tal es así, que los privados de libertad que optan por el tratamiento penitenciario a través de los talleres de educación no perciben ingresos por el desarrollo de esta actividad penitenciaria. Los privados de libertad perciben la retribución en dinero por su actividad en base a un

⁸⁴ Artículo 66°.- *“La organización del trabajo penitenciario, sus métodos, horarios, medidas preventivas, de higiene y seguridad, se regulan por el Reglamento y por la legislación del trabajo, en cuanto ésta sea aplicable”.*

⁸⁵ Artículo 109°.- *“El trabajo penitenciario puede ser individual o colectivo; en ambos casos, el INPE establecerá el horario y la producción mínima para efectos de las evaluaciones periódicas y la redención de la pena”.*

⁸⁶ ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores. 2008. Pág. 83.

⁸⁷ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2012. Pág. 39.

cálculo porcentual de las ventas de los productos elaborados por el privado de libertad. En ese sentido, el INPE efectúa un pago en dinero a los privados de libertad.

Por otro lado, desde el punto de vista del privado de libertad; como resultado de las entrevistas y encuestas en los centros penitenciarios se ha podido conocer que no sólo es el beneficio penitenciario de redención de penas el que motiva al privado de libertad a inscribirse en los talleres de trabajo ya que, no todos los privados de libertad pueden acceder a este beneficio en atención al delito que cometieron que se encuentra excluido de su ámbito de aplicación. No obstante, en todos los casos se presenta el móvil de buscar una ventaja patrimonial.

Entonces, en la actualidad el privado de libertad efectúa actividad penitenciaria laboral con un fin económico y el INPE paga en dinero por esta prestación.

Es importante señalar que, a diferencia del mundo libre, en los centros penitenciarios a pesar de que no exista pago – remuneración, los privados de libertad se encuentran sujetos a descuentos de forma permanente. Y es que el pago que reciben los privados de libertad no sólo está sujeto a la producción vendida sino que, en los casos que no existe producción vendida, los privados de libertad se encuentran obligados a pagar el 10% del 40% de la Remuneración Mínima Vital Vigente a fin de cubrir los “gastos que genera su actividad laboral al INPE”⁸⁸ sin percibir contraprestación alguna por la actividad efectuada. Por tanto, si bien las normas penitenciarias reconocen al trabajo penitenciario el elemento esencial remunerativo; podemos afirmar que en la realidad hay casos en que no se da una retribución equitativa y suficiente que procure para el privado de libertad y su familia, el bienestar material y espiritual que prodiga el Artículo 24° de nuestra Constitución.

Es entonces correcto afirmar que en la actualidad la actividad penitenciaria laboral que realizan los privados de libertad reúne todos los elementos esenciales que configuran una relación dentro del marco del contrato de trabajo y sobre la cual nuestro ordenamiento jurídico brinda su protección.

1.3.5 ELEMENTOS TÍPICOS (NO ESENCIALES) DE LA RELACIÓN DE TRABAJO:

Cabe señalar que existen otros elementos (no esenciales) que si bien no son indispensables, ayudan a determinar la verdadera naturaleza de la relación cuando esta es controvertida. BOZA explica que *“estos elementos llamados TÍPICOS, cumplen en estricto una doble función: de un lado, actúan como indicios o rasgos de laboralidad de la*

⁸⁸ http://www.inpe.gob.pe/pdf/TEXTO_DEL_MAPRO_TRABAJO.pdf Visto el 30.05.2016.

*relación, por lo que permitirán calificar como laboral una relación si, en ella alguno de los elementos esenciales no está claramente acreditado. Al mismo tiempo, sirven para graduar el disfrute de los beneficios laborales, pues en función de ellos que el ordenamiento jurídico suele otorgar o no determinados derechos al trabajador*⁸⁹.

A continuación, contrastaremos los elementos típicos de la relación laboral con la actividad penitenciaria laboral en el Perú con la finalidad de reafirmar su naturaleza como trabajo protegido por el derecho peruano:

- La duración de la relación: cuando la naturaleza de los servicios califica como a plazo indeterminado o puede estar sujeta a modalidad (plazo fijo). En el caso del trabajo penitenciario, la existencia del vínculo laboral puede ser indefinido o no pues va a estar determinada por tres factores: la autorización del INPE de su permanencia en el taller de trabajo, la voluntad del privado de libertad de permanecer en el taller de trabajo y el tiempo de la pena que deba de cumplir. Por ejemplo: si la pena privativa de libertad es de cadena perpetua y el penado decide ocuparse en la actividad penitenciaria de los talleres de trabajo, esa relación laboral califica perfectamente como una indefinida (siempre y cuando el INPE no sancione al privado de libertad con su retiro del taller) y, para el caso de los trabajadores que tienen una pena estimada en años o meses a pesar de cumplir con los requisitos de un contrato típico la vigencia de la relación laboral esta predeterminada por el tiempo en que el privado de libertad termine de cumplir con su pena.
- La duración de la jornada: cuando el tiempo de prestación de servicios corresponde a un trabajo a tiempo completo o parcial. En el caso del trabajo penitenciario en el Perú se ha verificado que todos los talleres de trabajo son jornadas de tiempo completo (más de cuatro horas diarias).
- El lugar de prestación del servicio: hoy en día los vínculos laborales pueden ser con prestación de servicios dentro del centro de operaciones del empleador o fuera de este. En Perú, a diferencia de España o Argentina, no se permite el traslado de los privados de libertad a dependencias de empresas siendo todas las prestaciones de servicio dentro de los talleres (centro de operaciones) de los centros penitenciarios ya sea la prestación bajo supervisión del INPE o como personal destacado a empresas (caso Renzo Costa).
- El número de empleos o empleadores: el trabajo penitenciario se presta de forma exclusiva para el INPE pues por su condición de estar privados de libertad se

⁸⁹ BOZA PRO, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2001. Págs. 46 y 47.

encuentran limitados al pluriempleo y sólo tienen al alcance al trabajo que ofrece el centro penitenciario donde cumple su pena.

1.4 CONCLUSIONES:

Junto con la creación de la pena privativa de libertad apareció la imposición del trabajo al penado sin embargo, nunca ha sido reconocido como una actividad humana susceptible de ser reconocida como trabajo protegida por el Derecho.

Inicialmente los penados fueron obligados a poner su fuerza humana a disposición del estado como parte de su pena y fue, sin mayor fundamento que el precio por haber cometido un delito, su obligación de efectuar diversos trabajos para el estado desde la elaboración de armas para la guerra hasta trabajo agropecuario en los campos del estado. Posteriormente, en todo el mundo se suprimió este tipo de trabajos ad honorem para el estado y; la imposición de trabajo al privado de libertad paso a darse sólo en el marco de las actividades de manutención del centro penitenciario y el trabajo social impuesto por un juez; no siendo consideradas estas actividades impuestas al privado de libertad como trabajo y menos como uno forzoso acorde a lo estipulado por el Convenio OIT N° 29.

Paralelamente, la filosofía penitenciaria evolucionó y el castigo mediante el sufrimiento del privado de libertad dejó de ser el tratamiento penitenciario óptimo para los estados pasando a ser el objetivo principal la resocialización del delincuente. El Perú no fue ajeno y acogió esta filosofía en su tratamiento penitenciario a través de la inclusión de talleres de educación y trabajo dando como reconocimiento por su ejecución; el beneficio penitenciario de redención de la pena.

Sin embargo, con el paso del tiempo, la actividad penitenciaria en los talleres de trabajo ha evolucionado siendo hoy en día una actividad humana de libre elección por el privado de libertad que se efectúa bajo la subordinación y completa dirección del INPE, con fines no sólo de reinserción sino económicos y productivos que generan una utilidad a un tercero. Que, a pesar que la actividad penitenciaria laboral hoy en día presenta las características y elementos esenciales y típicos (no esenciales) de la relación laboral y; que no existe exclusión por parte de nuestra Constitución, actualmente es un trabajo excluido del ámbito del derecho.

Hasta la fecha, nuestro sistema penitenciario no ha advertido la evolución de la actividad penitenciaria laboral en el Perú y su reconocimiento se continúa enfocando sólo como medio de reinserción social y no se le reconoce su naturaleza como trabajo que no es sino un derecho social que merece la protección de la dignidad humana.

CAPITULO II: EL RECONOCIMIENTO ACTUAL DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA

Junto con la aparición de la privación de libertad existió la imposición del trabajo de los penados que inicialmente fue un trabajo aflictivo donde los “poderes públicos impusieron a los penados la obligación de trabajar, pero no sólo con el aflictivo propósito de causarles sufrimiento, sino para aprovechar el beneficio económico de su esfuerzo”⁹⁰ y así se extendió en el mundo el aprovechamiento del esfuerzo humano de los penados en las denominadas galeras reales y de minas hasta finales del siglo XVIII.

Sin embargo, con el paso del tiempo la actividad penitenciaria perdió su sentido aflictivo para asumir uno moralizador que a su vez trajo consigo una nueva valoración sobre su utilidad. Si bien, el trabajo penitenciario siempre ha tenido el valor de útil; inicialmente sus resultados eran únicamente direccionados a beneficios estatales como el aprovechamiento de la fuerza humana durante épocas de guerra o para construir infraestructuras estatales y luego, bajo el sentido moralizador y resocializador de los penados, la actividad humana de los privados de libertad paso a generar bienes pasibles de ser aprovechados por el penado o su familia como de ser comercializados en el mundo libre. En ese sentido, siempre el trabajo penitenciario ha sido útil pero desde que fue concebido como un remedio para facilitar la readaptación de los reclusos paso a ser un trabajo productivo que genera bienes pasibles de ser comercializados en el mercado y una fuente directa de ingresos para los estados. Es así como el trabajo penitenciario se volvió una actividad humana subordinada que, a pesar de tener un fin resocializador, adquirió fines económicos y con ello terminó por configurarse el tipo de actividad humana (trabajo) que le interesa al Derecho.

Entonces, la historia de la actividad penitenciaria laboral refleja que en un inicio; en las cárceles del mundo el trabajo tuvo carácter aflictivo al ser una acción impuesta a los privados de libertad como castigo por el delito cometido y no es hasta la modernidad, en que la filosofía penitenciaria tomó un nuevo rumbo, que se concibió la resocialización como el nuevo objetivo principal de la pena. En ese sentido, actualmente el tratamiento penitenciario ya no busca mediante la imposición del trabajo causarle el mismo sufrimiento al privado de libertad que el que hubiera causado este con su delito; sino que busca la enmienda del delincuente y su

⁹⁰ MARIN RUBIO, Juan Carlos. El trabajo Penitenciario en España. Tesis Magisterial en Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, 2013. Pág. 3.

recuperación mediante la ejecución voluntaria de diversas actividades penitenciarias, educativas o laborales, que enseñan, forman y preparan al privado de libertad para su reinserción en la sociedad.

Paralelamente a la ejecución de la nueva filosofía penitenciaria; en la mayoría de los centros penitenciarios del mundo, la actividad penitenciaria laboral empezó a ser gestionada bajo los criterios empresariales del mundo libre y adquirió las características propias del trabajo que realizan los hombres en libertad. Es en atención a esta evolución de la actividad penitenciaria laboral, que varios estados han ido reconociendo la actividad penitenciaria laboral como trabajo objeto de protección por el derecho adecuando su sistema normativo para el correspondiente reconocimiento legal y el otorgamiento de condiciones laborales equiparables al trabajo en el mundo libre.

Sin embargo, este reconocimiento normativo al trabajo penitenciario como trabajo protegido por el derecho no ha sido implementado en el Perú a pesar que la legislación peruana reconoce la protección del derecho del trabajo sin excepción.

En el presente capítulo, corresponde determinar bajo el mecanismo utilizado por el supremo intérprete jurídico del Perú – el Tribunal Constitucional – si corresponde extender el Derecho del Trabajo a los privados de libertad. En ese sentido, como solución a la aparición de esta zona gris en el ámbito laboral peruano, corresponde analizar si es posible cambiar las fronteras de la regulación actual del trabajo dependiente y, mediante una ponderación de derechos, ir más allá del reconocimiento vigente y dilucidar si corresponde o no definir a los privados de libertad como personas equiparables legalmente a los trabajadores dependientes.

Por último, en contraste con el Perú, explicaré como en el mundo de hoy la nueva realidad de la actividad penitenciaria laboral ha sido recepcionada por la OIT y algunos estados; los cuales ante la existencia de actividades ocupacionales valorables como trabajo terminaron por extender el ámbito de aplicación del Derecho mediante el reconocimiento de derechos laborales a los privados de libertad que realizan actividad penitenciaria laboral. A modo de ejemplificar estas políticas penitenciarias desarrollaré el tratamiento que recibe el trabajo penitenciario en España, Uruguay y Argentina.

2.1 PERÚ: LA APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA LABORAL

Es casi generalizado en la sociedad el pensamiento negativo respecto al otorgamiento de derechos laborales a los privados de libertad bajo la idea de que su situación en un centro penitenciario se debe a la consecuencia de su conducta y por ello no debería “premiarse” el delito con el reconocimiento de derechos laborales.

Sin embargo, por encima del pensamiento social se encuentra el valor superior de justicia siendo necesario en el caso de la actividad penitenciaria laboral, discriminar lo objetivo y razonable de su exclusión del Derecho Laboral de lo que no lo es. Para ello, es necesario aplicar el Test de Proporcionalidad⁹¹, también llamado Test de Ponderación o Razonabilidad, a fin de determinar si existe un trato desigual, arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio hacia los privados de libertad que efectúan actividad penitenciaria laboral.

El valor superior de justicia busca que los poderes públicos no afecten el ejercicio de los derechos fundamentales y en los casos que se presume la vulneración de algún derecho fundamental, el tribunal constitucional determina si una medida adoptada es constitucionalmente legítima o ilegítima a través del Test de Proporcionalidad como mecanismo de aseguramiento de la justicia y de control de la actuación de los poderes del estado⁹².

Que, mediante la Sentencia 0045-2004-PI-TC⁹³ el Tribunal Constitucional señaló los pasos para efectuar el Test de Proporcionalidad siendo etapas preclusivas y cancelatorias tal como lo ha afirmado en la Sentencia emitida el 21.09.2010 en el Expediente 0016-2009-PI-TC:

“Fundamento 11.- Este Tribunal ha establecido la necesidad de que tales intervenciones en los derechos fundamentales satisfagan las exigencias del principio de proporcionalidad. Dicho

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18.01.2010 en el Expediente 1473-2009-PA-TC sobre proceso de amparo interpuesto por Austral Group S.A.A y otros contra la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador.

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 03.06.2005 en el Expediente 0050-2004-AI-TC y otros acumulados sobre proceso de inconstitucionalidad interpuestos por el Colegio de Abogados del Cusco, por el Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra las leyes N° 28389 y 28449.

⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 29.10.2005 en el Expediente 0045-2004-PI-TC:

“Fundamento 33.- Este principio ha de emplearse a través de sus tres sub-principios. De idoneidad. De necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.*
- b) Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad.*
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin)*
- d) Examen de idoneidad*
- e) Examen de necesidad*
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”*

principio está compuesto por los sub-criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de un test escalonado, en cuanto se examina la medida de intervención de la libertad en diferentes niveles. Así, es que la medida no satisface uno de los niveles, no será necesario continuar con el examen, ya que ello determinará la inconstitucionalidad de la medida”

Al respecto, RUBIO concuerda en que se sigue un cierto orden y se debe de terminar el análisis de una etapa para pasarse a la otra y en caso de que en un determinado paso del test se encuentre una inconstitucionalidad, el razonamiento concluye sin realizar las etapas siguientes, pues la inconstitucionalidad encontrada es motivo suficiente para dictar el fallo consiguiente⁹⁴.

Sin embargo, para el presente trabajo de investigación, a pesar que se detecte alguna inconstitucionalidad aplicaré todas las etapas del Test de Proporcionalidad sobre el derecho del trabajo y el tratamiento penitenciario con la finalidad de tener un análisis completo sobre la inconstitucionalidad o no del tratamiento penitenciario actual del trabajo penitenciario.

Antes de iniciar el Test de Proporcionalidad, corresponde especificar las situaciones de hecho iguales que hoy en día reciben un tratamiento diferente.

Por un lado, tenemos la situación de hecho en la que una persona que goza de su libertad decide poner a disposición de un tercero su actividad – física o intelectual – y por su prestación de servicios, subordinada y dirigida por este tercero, la persona recibe (o debería recibir) un pago. Esta situación de hecho es reconocida por el ordenamiento peruano como trabajo⁹⁵ y como tal, es protegida por el Derecho del Trabajo y la Constitución en sus artículos 22° al 29°. En ese sentido, esta situación de hecho que ejecuta una persona en libertad permite el goce de diversos derechos como percibir una remuneración justa y suficiente, a la entrega de beneficios sociales y diversos derechos económicos, a sólo prestar servicios dentro de una jornada máxima bajo condiciones de seguridad, al descanso vacacional, a la protección contra el despido ilegal y a ejercer su derecho a la libertad sindical.

Por otro lado, tenemos la misma situación de hecho pero con la diferencia de que la persona que pone a disposición su actividad se encuentra privada de su libertad en un centro penitenciario. Actualmente, a pesar que también reúnen las características del

⁹⁴ RUBIO CORREA, Marcial. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2011. Pág. 26.

⁹⁵ El ordenamiento peruano estipula que la situación de hecho calificada como trabajo es aquella que reúne las características estipuladas en los artículos 4° y 5° del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral expedida mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR.

trabajo protegido por el derecho peruano, esta situación de hecho es denominada trabajo penitenciario y regulada como una situación de derecho distinta bajo los alcances de los artículos 65° al 68° del Código de Ejecución Penal donde a estos trabajadores privados de su libertad únicamente se les reconocen los derechos a recibir una remuneración⁹⁶ (bajo criterios distintos a los de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), a la jornada máxima y a la seguridad y salud ocupacional mediante la aplicación supletoria de la legislación laboral general⁹⁷.

Entonces, actualmente en el Perú existen dos situaciones de hecho similares que reúnen las características del trabajo protegido por nuestro ordenamiento sin embargo una de ellas, por la condición penal del trabajador, se encuentra excluida del Derecho del Trabajo. En ese sentido, corresponde analizar si la deslaboralización de esta actividad humana – trabajo penitenciario - tiene una justificación razonable y objetiva en la reinserción social como fin de la pena.

Por tanto, los dos derechos constitucionales sobre los que se basará el Test de Ponderación son: el Derecho del Trabajo – Artículos 22° al 29° de la Constitución⁹⁸ – y los fines de la pena – Artículo 139° numeral 22) de la Constitución⁹⁹.

⁹⁶ Artículo 67.- Remuneración

El trabajo del interno es remunerado. De esta remuneración un 10% servirá obligatoriamente para costear los gastos que genera la actividad laboral del interno, debiendo el resto ser distribuido en la forma que establece el reglamento.

El pago efectuado por este concepto será abonado mensualmente a favor del Instituto Nacional Penitenciario. Si se produjere un atraso en el pago correspondiente, no se cobrarán intereses, moras u otros derechos. En este último caso el INPE y el interno suscribirán un acuerdo para cancelar la deuda de manera fraccionada en un plazo de seis meses. La cancelación de la deuda habilita al interno a obtener el certificado de cómputo laboral y el goce del beneficio penitenciario, para el caso que tenga derecho a la redención de la pena por el trabajo.

Los Directores de los establecimientos o quienes ellos designen realizarán, a solicitud de parte, las liquidaciones de adeudos derivados del trabajo del interno solicitante”.

⁹⁷ Artículo 66.- La organización del trabajo penitenciario, sus métodos, horarios, medidas preventivas, de higiene y seguridad, se regulan por el Reglamento y por la legislación del trabajo, en cuanto ésta sea aplicable”.

⁹⁸ Artículo 22°.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Artículo 23°.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

⁹⁹ Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

22) *El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*

Por un lado, tenemos el Derecho del Trabajo, que a través de los artículos 22° al 29° de la Constitución¹⁰⁰ protege sin excepciones a las personas que realicen una actividad para un tercero siempre y cuando esta sea otorgada bajo la dirección del tercero otorgándole los siguientes derechos socio laborales: el derecho al trabajo sin importar la modalidad de su prestación, el derecho a percibir una remuneración que permita al trabajador y su familia el bienestar material y espiritual adecuado, a trabajar dentro de los límites de la jornada máxima y el derecho a gozar de descanso físico, el derecho al respeto de los principios laborales de igualdad – irrenunciabilidad e interpretación favorable al trabajador y la protección contra el despido y los derechos colectivos. Asimismo, la Constitución estipula el derecho de toda persona a la seguridad social¹⁰¹ sin que exista una causa general para su exclusión de esta protección.

Por otro lado, tenemos el principio jurídico que obliga al estado a procurar la resocialización del privado de libertad como fin de la pena impuesta siendo un derecho de estas personas privadas de su libertad, el recibir la posibilidad de reinsertarse a la sociedad mediante el tratamiento penitenciario. Que, el tratamiento penitenciario actual otorga a los privados de libertad la posibilidad de resocializarse y conseguir su reinsertión mediante la educación o el trabajo penitenciario. No obstante, el tratamiento penitenciario en el Perú sólo otorga a los privados de libertad la realización fáctica de la actividad que eligieron (educación o trabajo) pero no los derechos que se otorgan en el mundo libre por su ejecución. Tal es así que hoy en día, el Código de Ejecución Penal es la ley que reconoce los derechos laborales de los trabajadores en los talleres de trabajo de los centros penitenciarios los cuales además de ser reducidos son distintos a la gama de derechos que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral otorga a los trabajadores del mundo libre.

Entonces, corresponde analizar si la condición penal del trabajador es decir si este se encuentra privado o no de su libertad debe de ser un factor que influya en el otorgamiento o no de derechos laborales; o corresponde diferenciarlas en dos situaciones jurídicas distintas que se les atribuye un goce diferenciado de derechos sociolaborales.

Acorde a la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 29.03.2006 respecto al Expediente 0004-2006-PI-TC, “el tratamiento jurídico de las personas debe ser igual,

¹⁰⁰Constitución Política del Perú de 1993 disponible en <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

¹⁰¹ Artículo 10°: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”

salvo en lo atinente a la diferencia de sus calidades accidentales y a la naturaleza de las cosas que las vinculan coexistencialmente”, corresponde señalar que el trabajo penitenciario es tratado de forma distinta al trabajo en el mundo libre a pesar que estos dos grupos de trabajadores y el trabajo que realizan no tienen mayor diferencia que la privación de libertad o no del trabajador lo cual no es algo que vincula coexistencialmente a un trabajador y empleador. Cabe señalar, que sería un análisis distinto si es que la actividad penitenciaria laboral no reuniera los elementos esenciales del contrato de trabajo o presentará características distintas a las de la relación laboral, en ese caso nos encontraríamos ante situaciones de hecho distintas.

Es bajo este escenario que no hay eficacia en el trabajo penitenciario del principio de igualdad en las relaciones laborales que proclama la Constitución. Que, *“el análisis de igualdad exige comparar a los individuos – no jurídicamente sino en los hechos- y determinar si su situación es semejante o no. Así se entiende que debe darse el trato correspondiente a cada individuo según la comparación efectuada: si dos personas son objetivamente iguales, el principio de igualdad exigirá un trato igualitario para ambas (...) sólo se podrá diferenciar entre las personas siempre que haya una causa objetiva y razonable que lo justifique”*¹⁰²

Por el análisis efectuado corresponde afirmar que el tratamiento diferenciado entre el trabajo efectuado en el mundo libre y en los centros penitenciarios no reúne razones de tal peso o razonabilidad que permitan justificar su diferenciación tal como lo señala el artículo 103° de la Constitución¹⁰³; por ende corresponde analizar si el tratamiento penitenciario y los fines de la pena justifican la deslaboralización del trabajo penitenciario.

2.1.1 EXAMEN DE IDONEIDAD

El examen de idoneidad es uno de medio-fin que busca determinar si la diferenciación entre dos supuestos de hecho contribuye efectivamente o no a realizar el fin de la ley. Según RUBIO, el examen de idoneidad persigue demostrar si dadas las condiciones

¹⁰² BOZA PRO, Guillermo. Lecciones del Derecho del Trabajo. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2011. Pág. 168

¹⁰³ *“Artículo 103°.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”.*

que impone la realidad, es efectivamente posible que se produzca la relación causa-efecto entre la restricción y su fin constitucional¹⁰⁴.

A continuación, corresponde analizar si el tratamiento penitenciario que otorga el Código de Ejecución Penal tiene un fin que constituya un bien o valor constitucional.

El tratamiento penitenciario se fundamenta en el principio constitucional de resocialización y reeducación del privado de libertad el cual se encuentra estipulado en el Artículo 139° inciso 22 de la Constitución¹⁰⁵ por lo tanto, el tratamiento del trabajo penitenciario tiene como fin constitucional la resocialización y reeducación del privado de libertad.

Ahora bien, corresponde analizar si la persecución de este fin constitucional debe hacerse a través de la restricción de los derechos sociolaborales de los privados de libertad¹⁰⁶, si esta diferencia con los trabajadores del mundo libre es necesaria para obtener la resocialización y reeducación del privado.

Al respecto, considero que la ocupación del privado de libertad en una actividad, sea educativa o de trabajo, es lo que termina por reconectarlo con la sociedad al permitirle desarrollar sus habilidades físicas y mentales ocupando de forma productiva su tiempo durante el cumplimiento de su pena. Que, el otorgamiento de derechos sociolaborales no disminuiría o entorpecería la obtención de este fin constitucional por el contrario, el goce de derechos sociolaborales volvería real la percepción sobre el trabajo de los privados de libertad pues les enseñaría que por su prestación de servicios en el mundo libre ellos deberían percibir diversos derechos adicionales al pago de una remuneración como son el derecho a beneficios sociales, a trabajar en condiciones seguras y salubres, a luchar colectivamente por la mejora de sus condiciones de trabajo, entre otros.

En ese sentido, el goce de derechos sociolaborales ayuda a que los privados de libertad se resocialicen mediante su valoración positiva sobre el carácter productivo de la ocupación en un trabajo como a la educación de los privados de libertad sobre los beneficios y parámetros sobre los cuales deben de sujetar su prestación de servicios.

¹⁰⁴ RUBIO CORREA, Marcial. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2011. Págs. 66 y 68.

¹⁰⁵ El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

¹⁰⁶ El fin constitucional y su grado de obtención deben ser evaluados pero el Tribunal Constitucional no ha establecido cuál es el procedimiento de medición objetivo.

Por los motivos expuestos, podemos determinar que el fin constitucional del acto restrictivo de los derechos sociolaborales de los privados de libertad (tratamiento penitenciario) no obedece a motivos objetivos y razonables ya que su no reconocimiento y otorgamiento no vuelva más propenso a la resocialización al privado de libertad. La restricción sobre los derechos sociolaborales de los trabajadores privados de su libertad no contribuye con el cumplimiento del fin de reeducación de reinserción social asignada a la pena en el inciso 22) del Artículo 139° de nuestra Constitución Política. En ese sentido, es correcto afirmar que dicha restricción no promueve la mejor obtención de este fin constitucional, la resocialización y reeducación del privado de libertad.

Desde el punto de vista social, considero que es erróneo el pensamiento generalizado que los privados de libertad no merecen el goce de sus derechos fundamentales por los delitos que hubieran cometido ya que; por un lado, busca privar a los penados de otros derechos, como son los laborales, los cuales no están contemplados en las restricciones que aplica el derecho penal (pérdida de la libertad, derechos civiles, entre otros) y; por otro lado, este pensamiento olvida que los privados de libertad también poseen la calidad de persona humana y como tal posee derechos fundamentales siendo el trabajo un derecho que se funda en la dignidad inherente o natural de la persona humana el cual goza de una eficacia por su reconocimiento directo en la Constitución¹⁰⁷. Asimismo, ARCE señala que en el marco de un Estado Social de Derecho como el Perú; los derechos que integran la red de protección general no son otros que los derechos constitucionales lo que significa la aplicación efectiva a todos los ciudadanos de los derechos que prescribe nuestra Constitución¹⁰⁸.

Entonces, acorde a PALOMINO: *“No hay justificación alguna para que, el legislador penalista, no respete los Principios propios del Derecho del Trabajo” (...) teniendo en cuenta que el Derecho del Trabajo es un instrumento para el desarrollo, fundado en el trabajo dependiente, orientado y dirigido a concretar el trabajo libre, ético y constructivo*”¹⁰⁹.

Corresponde analizar si es posible el otorgamiento de derechos sociolaborales a los privados de libertad sin que ello genere un efecto negativo o contraproducente en el tratamiento penitenciario o su administrador el INPE. Desde el punto de vista de esta investigación, el legislador peruano debe de dar medidas alternativas para el goce de los derechos sociolaborales de los trabajadores penitenciarios como es la creación de

¹⁰⁷ QUIÑONES INFANTE, Sergio. La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Lima: Palestra Editores S.A.C., 1° Edición. 2007. Pág. 53.

¹⁰⁸ ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores. 2008. Pág. 98.

¹⁰⁹ PALOMINO RAMIREZ, Teodosio. Derecho Laboral Penal. Buenos Aires, 2013. Pág. 11.

un Régimen Laboral Especial por medio de la cual se creen medidas equiparables a los beneficios sociales que perciben los trabajadores del mundo libre las cuales han de ser jurídica y fácticamente posibles siempre que su regulación sea acorde a la realidad del trabajo penitenciario y dentro de las posibilidades de otorgamiento de su empleador – el INPE.

Así como el recortar los derechos sociolaborales de los privados de libertad no promueve la resocialización o reeducación de los privados de libertad, su otorgamiento tampoco genera una menor satisfacción de este fin constitucional pero si podría impulsar la obtención del mismo. Por tanto, la restricción producida a los trabajadores privados de su libertad en sus derechos constitucionales laborales es inconstitucional.

2.1.2 EXAMEN DE NECESIDAD

RUBIO afirma respecto a esta etapa del test de proporcionalidad que *“el examen de necesidad propone que el juez constitucional revise si existen otros medios de lograr el fin constitucional que sean menos gravosos al derecho afectado. Si los hubiera, el hecho o la norma sometida a control deberán ser declarados inconstitucionales. Si no hubiera otra posibilidad entonces el hecho o la norma serán declarados constitucionales”*:

Hoy en día el legislador peruano y su ejecutor – el INPE – a través del tratamiento penitenciario brinda a los trabajadores de los talleres de trabajo de los centros penitenciarios la oportunidad de reeducarse y ocuparse efectivamente en una actividad productiva con la finalidad de que al término de su pena pueda reinsertarse a la sociedad creándole hábitos de trabajo. Sin embargo, el régimen penitenciario actual ha establecido los parámetros para la obtención de este fin sin reconocer la naturaleza laboral del vínculo que se da en la realidad entre los privados de libertad y el INPE. Cabe señalar, que si bien no le otorga la denominación de trabajador les reconoce tres derechos: a una remuneración, a la jornada máxima y a la seguridad y salud ocupacional no obstante, en la realidad los privados de libertad sólo gozan efectivamente del derecho a la jornada máxima.

Entonces, el tratamiento penitenciario a los trabajadores de los talleres en los centros penitenciarios no reconoce el derecho a una remuneración equitativa y suficiente siendo que no se protege ni procura como ingreso mínimo una remuneración mínima vital. Por otro lado, tampoco se otorga por el trabajo beneficio social alguno a los privados de libertad y se desconoce la posibilidad del ejercicio del derecho a la libertad sindical por el simple fundamento de que no se les considera trabajadores.

Por tanto, el tratamiento penitenciario reconoce el derecho fundamental al trabajo de las personas privadas de libertad¹¹⁰ no obstante la redacción del Código de Ejecución Penal restringe el goce de los derechos sociolaborales. Esta restricción carece de un fundamento expreso, razonable y proporcional siendo más bien el reconocimiento de estos derechos la alternativa que maximizaría la obtención del objetivo propuesto en los fines de la pena; la intervención en el derecho del trabajo no contribuye a elevar la obtención de este fin del régimen penitenciario es más contradictorio pues coloca a los privados de libertad en una realidad distinta a la que se brinda a los trabajadores en el mundo libre.

En ese sentido, aun cuando fuera el medio idóneo para conseguir la resocialización, producto del examen de necesidad al tratamiento penitenciario podemos concluir que la restricción de los derechos sociolaborales a los trabajadores privados de libertad no es el medio menos gravoso contra el Derecho del Trabajo de estas personas. Por el contrario, el reconocimiento del Derecho del Trabajo es una medida necesaria para optimizar los fines de la pena (y menos gravosa al Derecho del Trabajo); mediante el reconocimiento parcial de derechos sociolaborales en atención a las particularidades que se presentan en el vínculo laboral entre los privados de libertad y el INPE.

2.1.3 EXAMEN DE PONDERACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

RUBIO nos señala que en esta última etapa del test busca “la comparación de intensidad entre la intervención en el derecho constitucional de que se trate y la intensidad de obtención del fin constitucional”¹¹¹.

El tratamiento penitenciario hoy en día interviene de forma restrictiva sobre el goce de los derechos sociolaborales del trabajador privado de libertad dando un trato desigual bajo la formulación de que este es el mecanismo adecuado para la obtención del fin constitucional de resocialización y reeducación del privado de libertad.

Al respecto, la intensidad de esta intervención es grave por tratarse de la eliminación de derechos constitucionales (a la remuneración, a la libertad sindical, al despido legal, entre otros) a las personas privadas de libertad y, por otro lado, la intensidad que representaría el reconocimiento del derecho del trabajo en el tratamiento penitenciario es mínima toda vez que la restricción de los derechos sociolaborales no exagera la promoción u obtención de la resocialización o reeducación del privado de libertad que

¹¹⁰ “Artículo 65.- El trabajo es un derecho y un deber del interno, contribuye a su rehabilitación, se organiza y planifica atendiendo a su aptitud y calificación laboral compatible con la seguridad del establecimiento penitenciario”

¹¹¹ RUBIO CORREA, Marcial. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2011. Pág. 84.

presta sus servicios en los talleres de trabajo como tampoco su reconocimiento haría que disminuya el fin de la pena. En ese sentido, el otorgamiento de derechos sociolaborales a este grupo de personas (privados de libertad) no vacía de contenido los fines de la pena establecidos en la Constitución como resocialización o reeducación del privado de libertad.

Por tanto, la intensidad en la intervención del derecho del trabajo es grave y la obtención del fin constitucional de la resocialización y reinserción mediante esta intervención es mínima siendo la deslaboralización del trabajo penitenciario desproporcionada para la obtención de los fines de la pena en el privado de libertad. Entonces, la intensidad de la afectación a los derechos sociolaborales de los trabajadores privados de su libertad no es una medida adecuada y proporcionada que coadyuve a conseguir el fin que busca el tratamiento penitenciario.

Habiendo efectuado el test de proporcionalidad y demostrado en cada uno de ellos la inconstitucionalidad de la deslaboralización del tratamiento penitenciario que se brinda a los trabajadores privados de libertad, corresponde que se modifique el reconocimiento y protección a la actividad penitenciaria laboral; para ello el ordenamiento normativo debe utilizar medidas y medios necesarios para la resocialización y reeducación de los privados de libertad sin excluir del goce de los derechos laborales por la simple condición penal de privación de su libertad.

2.2 LA EVOLUCIÓN EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

“La finalidad de la normativa internacional de trabajo es estandarizar mundialmente los derechos laborales que ella regula. De ahí que los derechos consagrados en los Convenios OIT se entiendan como mínimos que puedan ser mejorados por los estados que los han ratificado”¹¹²

2.2.1 LA VISIÓN ACTUAL DE LAS ENTIDADES INTERNACIONALES SOBRE EL TRATAMIENTO ADECUADO DEL TRABAJO PENITENCIARIO

Acorde a lo desarrollado en el Capítulo I, en los centros penitenciarios las personas privadas de libertad ejecutan de forma obligatoria actividad penitenciaria no laboral; la cual ha sido denominada en el Convenio OIT 29° – Convenio sobre el Trabajo Forzoso como trabajo penitenciario. Asimismo, las personas privadas de libertad pueden decidir ejecutar durante su pena actividad penitenciaria laboral.

¹¹² BOZA PRO, Guillermo. Lecciones del Derecho del Trabajo. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2011. Pág. 113.

Que, la exclusión que hace el Convenio OIT 29° del ámbito de trabajo forzoso u obligatorio a todas aquellas actividades impuestas por la condición del privado de libertad. En ese sentido, en el caso particular del 'trabajo penitenciario' fue exceptuada de la concepción de trabajo forzoso, la actividad penitenciaria no laboral y a las actividades dictaminadas en una condena (trabajo comunitario)¹¹³.

Si bien este es el escenario de tratamiento que estableció la OIT al trabajo penitenciario en 1930, con el paso del tiempo la vida y administración dentro de los centros penitenciarios ha evolucionado llegando a ofrecerse la oportunidad de ejecutar otras actividades a los privados de libertad como es actividades educativas y laborales llegando a converger la ejecución de actividades penitenciarias no laborales y actividades penitenciarias laborales (en la presente investigación denominamos trabajo penitenciario a las actividades penitenciarias laborales).

Advertido este cambio en los centros penitenciarios, en 1960¹¹⁴ la ONU modificó la definición sobre las actividades ejecutadas por las personas privadas de libertad estipulando que la actividad penitenciaria es parte del trabajo en general. Es decir, el trabajo penitenciario deja de ser visto como únicamente formas de ocupación (y no de trabajo) contra la ociosidad del privado de su libertad para ser considerados también como actividades equiparables al trabajo en libertad. La ONU estipulo la adecuación de los sistemas penitenciarios a la protección que prodiga el Artículo 23° de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹⁵ debiendo no sólo ofrecerse al privado de libertad la posibilidad de trabajar como medio de readaptación social sino que si trabaja, se le debe de remunerar siempre y cuando estas actividades sean productivas.

¹¹³ Artículo 2.2: “Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio no comprende: (...) c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado”.

¹¹⁴ Segundo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente

¹¹⁵ “Artículo 23° Declaración Universal de Derechos Humanos.-

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será contemplada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

En 1976 entró en vigor el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹⁶ donde se reafirma la exclusión de la actividad penitenciaria no laboral del concepto de trabajo forzoso:

“Artículo 8° (...)

3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;

c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo: (...)

i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional”

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obliga a los estados a brindar un trato igualitario sin importar la condición de la persona¹¹⁷.

Entonces, acorde al Convenio OIT N° 29 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el ‘trabajo penitenciario’ excluido del concepto de trabajo forzoso u obligatorio son únicamente todas aquellas actividades penitenciarias no laborales (actividades para la manutención del centro penitenciario y actividades dispuestas por la propia condena; como trabajo social por ejemplo).

Sin embargo tal como se ha explicado; en la actualidad, el trabajo penitenciario también son las actividades penitenciarias laborales, es decir aquellas de carácter productivo que efectúe el privado de libertad bajo una relación de subordinación y que, en algunos países ha sido reconocido su carácter contraprestativo.

Ante esta realidad generalizada en los centros penitenciarios del mundo, la OIT y las Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos - COMJIB han

¹¹⁶ OIT disponible en http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1484:pacto-internacional-de-derechos-civiles-y-polcos&catid=236:marco-normativo-libsini&Itemid=1262

¹¹⁷ Artículo 26° “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

expedido nuevas directivas a fin de brindar una protección adecuada al derecho humano al trabajo de los privados de libertad. Tal es así, que en junio del 2014 fue adoptado en la Reunión N° 103 del Comité Internacional de Trabajo la Recomendación 203 – Recomendación sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias)¹¹⁸ donde se estipula que los estados deben de adoptar medidas de prevención para el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo haciendo un examen de las causas que generaron la vulnerabilidad de los trabajadores frente al trabajo forzoso u obligatorio. Asimismo, en el portal de promoción del empleo de la OIT¹¹⁹ se define las condiciones que deben brindarse a los privados de libertad para que ejecuten labores penitenciarias.

Por un lado, la OIT señala que la primera condición para que se oferte un trabajo en los centros penitenciarios es el respeto del derecho a la libertad de trabajo es decir el libre consentimiento de los privados de libertad para ejecutar ‘trabajo penitenciario’ de carácter laboral. Que, el privado de libertad no debe estar sujeto a sanciones o una evaluación desfavorable de su conducta por no aceptar o tomar las ofertas de trabajo dentro de los centros penitenciarios.

Que, la OIT señala que *“un buen indicio de si el recluso ha dado su libre consentimiento para aceptar el trabajo es determinar si las condiciones de empleo son similares a las de una relación libre de trabajo”*.

Por otro lado, se estipula que si bien, no se suscribe un Contrato de Trabajo como en el mundo libre, el trabajador penitenciario debe de recibir un Formulario donde se indique las condiciones de la actividad penitenciaria laboral como la remuneración y dejar constancia de su aceptación con la suscripción del Formulario.

Esta remuneración debe de ser equiparable a la de los trabajadores en libertad sin dejar de tener en cuenta la realidad del empleador (niveles de productividad y costos para la dirección y fiscalización del trabajo penitenciario). El pago a los privados de libertad debe de ser directo y también, como en el mundo libre, debe estar sujeto a los descuentos legales. Sumado a estos descuentos están los autorizados por el régimen penitenciario (alojamiento y alimentación en el centro penitenciario).

¹¹⁸ Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3174688

Visto el 20.02.2016
¹¹⁹ Disponible en http://www.ilo.org/global/docs/WCMS_152009/lang--es/index.htm#Q3 Visto el 20.02.2016

Asimismo, la OIT protege el desgaste físico de los privados de libertad estipulando que la jornada de trabajo debe tener el mismo tratamiento que la que brinda la legislación y que se aplica a los trabajadores del mundo libre.

Que, los privados de libertad al ejecutar labores que reúnen las características del trabajo protegido por el derecho, tienen el derecho a que su prestación de servicios sea bajo los estándares de seguridad y salud ocupacional como a estar sujeto a la cobertura que brinda la seguridad social a los trabajadores del mundo libre.

En conjunto con la OIT, desde el 2010, la COMJIB viene orientando sus esfuerzos al reconocimiento de los derechos humanos de la población reclusa debido a la imposibilidad del pleno acceso a los derechos de los privados de libertad. Para la referida protección la COMJIB ha expedido la Declaración de San José – Recomendación relativa al acceso a derechos de las personas penalmente privadas de libertad en Iberoamérica¹²⁰ donde se recomienda a los estados iberoamericanos:

1. *“Reconocer que la privación de libertad es un castigo en sí mismo, no debiendo tener la población penalmente privada de libertad limitado el acceso a otros derechos, tales como la salud, el trabajo, la educación y las actividades culturales, en tanto que implicaría un castigo adicional”.*
2. *“Cuando sea posible generar empleo mediante la participación de empresas públicas o privadas, las autoridades penitenciarias deben garantizar que las personas penalmente privadas de libertad reciban una remuneración adecuada y razonable por el trabajo que realicen, no siendo admitida cualquier forma de explotación 6 laboral y trabajo forzoso”.*
3. *“La legislación nacional relacionada con las normas en materia de seguridad y salubridad laboral se debe aplicar en los establecimientos penitenciarios del mismo modo que en el medio libre”.*

Tanto la OIT como la COMJIB buscan modificar la visión y misión de los sistemas penitenciarios respecto al trabajo que efectúan los privados de libertad. Si bien el trabajo penitenciario tiene un resocializador. Esto no puede significar que se reduzcan o limiten el goce pleno de los derechos humanos sociolaborales del privado de libertad.

¹²⁰ CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAISES IBEROAMERICANOS. “Declaración de San José”. México, 2010 disponible en <http://www.comjib.org/sites/default/files/DECLARACION-DE-SAN-JOSE.pdf> Visto el 14.01.2016.

2.2.2 EJEMPLOS NACIONALES DE RECONOCIMIENTO DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA COMO TRABAJO

2.2.2.1 LA ADECUACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL SOBRE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA

España no sólo es el país pionero en la reforma penitenciaria en materia de defensa de los derechos sociolaborales sino que, en la actualidad, ostenta la política penitenciaria más avanzada en lo que respecta al reconocimiento y protección de los referidos derechos como demostraremos en el siguiente apartado.

La reforma del sistema español inicio en 1978 con la dación de su Constitución vigente donde se hizo hincapié en la irrenunciabilidad de derechos laborales de los privados de libertad proclamando en el inciso 2) de su Artículo 25° que: *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”*. No obstante, debemos aclarar que este reconocimiento del derecho al trabajo no supone su configuración como un verdadero derecho subjetivo perfecto del interno frente a la administración penitenciaria española, más bien se trata de un derecho prestacional que abarca dos aspectos¹²¹: la obligación del estado de crear la organización prestacional con la capacidad para proporcionar a todos sus internos un puesto de trabajo y por otro lado, el derecho de los penados a una actividad laboral retribuida o un puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente.

A partir de este reconocimiento constitucional el sistema penitenciario español ha experimentado en las últimas décadas un cambio radical de orientación y concepto¹²² pues los legisladores advirtieron que la normativa penal de ese tiempo no reconocía derechos laborales a los privados de libertad volviendo a las prisiones españolas

¹²¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Cárcel y actividad laboral: el derecho de los presos a un trabajo penitenciario resocializador” en *Derecho Penitenciario y Democracia*. Sevilla: Fundación El Monte. 1994. Pág. 255

¹²² SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. El sistema penitenciario español. Madrid, 2010. Pág. 11 disponible en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/El_sistema_penitenciario_espanol.pdf Visto el 13.08.2015.

espacios válidos de exclusión e irrespeto de los derechos laborales¹²³. Es en este contexto, que se inicia la adecuación del sistema normativo penal y de la política penitenciaria en España con la dación de la Ley Orgánica General Penitenciaria – Ley 1/1979 y su Reglamento – Real Decreto 190/96 donde su última reforma se ha dado con el Real Decreto 782/2001.

En el caso Español, el ente que tiene encomendado la organización del trabajo productivo penitenciario, su retribución y la realización de actividades comerciales, industriales y análogas en los centros penitenciarios es el Organismo Autónomo de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo – OATPFE; ente que se encuentra regulado por el Real Decreto 326/1995 y cuenta con personalidad jurídica propia.

Actualmente, todos los centros penitenciarios de España cuentan con talleres productivos donde se realizan las actividades de manipulados, carpintería metálica, carpintería de madera, confección industrial, cerámica y panadería. Los talleres penitenciarios españoles son espacios donde los privados de libertad realizan trabajos productivos retribuidos y cuya ejecución otorga al privado de libertad el reconocimiento de una relación laboral de carácter especial acorde al Estatuto de Trabajadores – Ley 8/1980 y su afiliación al Sistema de Seguridad Social¹²⁴.

Cabe señalar que la legislación española permite que los internos presten sus servicios para dos tipos de empleadores: a la autoridad penitenciaria y a empresarios. Por un lado, cuando los internos presten servicios para terceros empresarios será con una contratación ordinaria tutelada por la autoridad penitenciaria y sujeta a las normas de la legislación laboral común y, únicamente será una relación laboral de carácter especial cuando las partes sean la OATPFE (empleador) y los internos, preventivos como penados¹²⁵, que trabajen en los talleres de los centros penitenciarios (trabajadores). En ese sentido es de interés para nuestra investigación únicamente el análisis de la regulación española sobre el trabajo subordinado por la Autoridad Penitenciaria; siendo sus principales características las siguientes:

¹²³ GALLIZO LAMAS, Mercedes en “El sistema penitenciario español”. Madrid, 2010. Pág. 7 disponible en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/El_sistema_penitenciario_espanol.pdf Visto el 20.09.2015

¹²⁴ SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. El sistema penitenciario español. Madrid, 2010. Pág. 36 disponible en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/El_sistema_penitenciario_espanol.pdf Visto el 17.10.2015.

¹²⁵ *Artículo 133º del Reglamento Penitenciario y Artículo 29º de la LOPG: Los internos preventivos no tienen la obligación de trabajar pero pueden hacerlo conforme a sus aptitudes en cualquiera de las actividades laborales respetando que el orden de preferencia para adjudicar los puestos de trabajo la tienen los internos penados. Estos últimos tienen la obligación de trabajar en las modalidades de reinserción que se ofrecen. Por otro lado, tanto los internos preventivos como penados están sujetos a la realización obligatoria de contribuir al ben orden, limpieza e higiene del Centro Penitenciario.*

Se reconoce la naturaleza laboral de la actividad desarrollada por los privados de libertad en los talleres por reunir los criterios necesarios de una relación laboral como que son: ser personal, ajenidad, voluntariedad y dependencia; lo cual ha dado lugar al reconocimiento del derecho de los penados a obtener un trabajo remunerado y los beneficios correspondientes del sistema de seguridad social español¹²⁶.

El Artículo 15° del Real Decreto 782/2001¹²⁷ estipula que el cálculo de la remuneración de los privados de libertad tendrá como valor referencial el salario mínimo interprofesional vigente en cada año fiscal en donde se pagará proporcionalmente por el tipo de actividad que se ejecute y el horario efectivo de trabajo. Cabe señalar, que para el 2015, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social de España, mediante Real Decreto 1106/2014¹²⁸ se fijó como “salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 21,62 euros/día o 648,60 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses”. En ese sentido, todos los internos en España que realicen labores en los talleres bajo dirección de la autoridad penitenciaria tendrán por base imponible el salario mínimo interprofesional (siempre y cuando trabajen en la jornada completo y no parcial) incluyendo la parte proporcional de los días de descanso semanal y de vacaciones anuales retribuidas. No obstante, *“los internos no pueden disponer, como regla general, de dinero en metálico en el interior del Centro Penitenciario y en su lugar se utiliza la denominada cuenta peculio. Se trata de un fondo constituido por las cantidades que tenga en su poder al ingresar o estar en prisión o por las que reciba desde el exterior. En el campo laboral, las retribuciones por trabajo realizado se producen mediante su ingreso en dicha cuenta, mensualmente, siendo solo embargable la parte que exceda del salario mínimo interprofesional”*¹²⁹

Por otro lado, en cuanto a cuestiones económicas, es una peculiaridad del trabajo penitenciario en España su autofinanciamiento ya que, no reciben subvención alguna del Presupuesto General del Estado sino que dicha actividad productiva depende únicamente de sus ingresos ello con *“el fin de que se asegure la viabilidad económica de las actividades que se realizan bajo un régimen de competencia y con criterios*

¹²⁶ MARIN RUBIO, Juan Carlos. El trabajo Penitenciario en España. Tesis Magisterial en Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, 2013. Pág. 21

¹²⁷ Promulgado el 06 de julio de 2001 por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

¹²⁸ Promulgado el 26 de diciembre de 2014, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el 2015 disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2014/12/27/pdfs/BOE-A-2014-13518.pdf> Visto el 10.10.2015.

¹²⁹ MARIN RUBIO, Juan Carlos. El trabajo Penitenciario en España. Tesis Magisterial en Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, 2013. Pág. 27.

*empresariales en espacios lo más parecidos posibles al entorno laboral del exterior, para que los internos de alguna forma se familiaricen con las características de un sector productivo*¹³⁰.

Respecto al inicio y duración de la relación laboral especial penitenciaria, el vínculo se formaliza con la inscripción del interno en un Libro de Matrícula manteniendo su vigencia hasta que se culmine la obra o servicio que se le encomendó, se dé su traslado a otro centro penitenciario o culmine su pena; lo cual significa que la regulación española no considera la estabilidad laboral para este tipo de vínculo laboral sino que es parte de su especialidad que tenga una duración determinada. Asimismo, también son causales de extinción de la relación laboral especial las causas justas de la legislación común como son las causales por conducta o capacidad.

En cuanto a la seguridad social, se extiende la acción protectora a los internos trabajadores adquiriendo por su actividad laboral la prestación de asistencia sanitaria en las mismas condiciones que si lo adquirieran en el mundo libre. Por ejemplo, el organismo penitenciario cotiza por todos los internos que sean trabajadores de la relación laboral especial penitenciaria y obtienen la acción protectora en salud para el interno y su familia como protección en las situaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, muerte y jubilación así como las situaciones derivadas de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Asimismo, se extiende de forma semejante en prisión las normas sobre seguridad e higiene. El Real Decreto 782/2001 reconoce a los internos trabajadores de actividades productivas remuneradas el derecho a recibir por parte del organismo penitenciario¹³¹: equipos y medios de protección individual (si fuesen necesarios), capacitación en prevención a los trabajadores, mapa de riesgos laborales, información y participación de los internos sobre la seguridad e higiene y que el organismo penitenciario como empleador implemente un sistema de prevención.

DE LA CUESTA¹³² señala: *“no hay que olvidar que del ejercicio de los derechos inherentes a la actividad laboral (en especial, de los de la autonomía colectiva de los trabajadores) puede derivar un mayor acercamiento entre trabajadores penitenciarios y los ‘libres’ con base en su condición común de trabajadores”* y para llegar a brindar

¹³⁰ MARIN RUBIOi7p00900909, Juan Carlos. El trabajo Penitenciario en España. Tesis Magisterial en Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, 2013. Pág. 7.

¹³¹ Artículos 12° al 26° del Real Decreto 39/97 y por el Real Decreto 782/2001.

¹³² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Cárcel y actividad laboral: el derecho de los presos a un trabajo penitenciario resocializador” en *Derecho Penitenciario y Democracia*. Sevilla: Fundación El Monte. 1994. Pág. 247

ese tratamiento penitenciario, el gobierno español ha adecuado su política penitenciaria a las reglas capitalistas del mundo libre con la visión de que “los trabajadores penitenciarios han de llevar a cabo su actividad sino en los mismos, en condiciones similares, de seguridad e higiene, jornadas y permisos y hasta con matices de remuneración y seguridad social”¹³³ y, el fin de “dotar a los reclusos de una serie de hábitos mínimos laborales que nunca han tenido o que teniéndolos, les sirva para mantenerles y no perderlos por estar largas temporadas en prisión”¹³⁴.

En ese sentido, podemos afirmar que el sistema penitenciario español ha conseguido situarse en la orientación a la reinserción social y el respeto a los derechos laborales de las personas privadas de libertad pues el trabajo y el tratamiento penitenciario son dos elementos inseparables lo que significa que el fin resocializador no puede olvidar los derechos laborales básicos de las personas.

2.2.2.2 ARGENTINA: UNA NUEVA VISIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS A PARTIR DE RECIENTES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

En 1994, mediante la promulgación de la Ley 24.372 se creó el Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal – EnCoPe. Desde su creación, esta entidad representa al estado argentino asumiendo el papel de empleador con los trabajadores penitenciarios. Asimismo, el trabajo penitenciario puede ser cedido por el EnCoPe a terceros como empresas mixtas o privadas.

Dos años después (1996), se promulga la Ley 24.660 - Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad donde se le da una doble connotación al trabajo penitenciario, como derecho y como deber pues al igual que en el Perú; consideran el trabajo como parte del proceso de resocialización. En el Artículo 107° de la referida Ley se estipulan los pisos de protección del trabajo penitenciario a través del reconocimiento de su carácter contraprestativo como del acceso a los beneficios de la seguridad social.

Llama la atención la regulación que la Ley 24.660 establece en los Artículos 120° al 129° respecto a la remuneración donde se señala:

- *“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*

¹³³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Cárcel y actividad laboral: el derecho de los presos a un trabajo penitenciario resocializador” en *Derecho Penitenciario y Democracia*. Sevilla: Fundación El Monte. 1994. Pág. 252

¹³⁴ MARIN RUBIO, Juan Carlos. El trabajo Penitenciario en España. Tesis Magisterial en Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, 2013. Pág. 16

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”¹³⁵.

- “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”¹³⁶

De la lectura de estos Artículos podemos advertir que si bien se reconoce al privado de libertad el derecho a una remuneración por su trabajo, no en todos los casos hay una disposición efectiva e inmediata de esta remuneración pues la distribución del Artículo 121° de la Ley N° 24.660 dispone la retención del 100% del monto a percibir por el privado de libertad cuando este tenga obligaciones alimentarias y civiles. En ese sentido, en todos los casos la remuneración del privado de libertad se va ver afecta al pago porcentual de la seguridad social y el 25% de su saldo se verá siempre afecto a la retención por gastos de manutención en el establecimiento. Asimismo, siempre el 30% de este saldo será indisponible por el privado de libertad hasta el final de su pena (ello con el fin de generarle un fondo de contención a su reinserción al mundo libre donde lo que se busca es un efecto similar a la CTS en Perú). Hasta este análisis, advertimos que al privado de libertad se le retiene el 55% de su remuneración y, sólo podrá disponer mensualmente de forma inmediata del saldo si es que no tiene cargas y/o obligaciones civiles (alimentos y e indemnización patrimonial y extra patrimonial).

Distinta es la protección de las remuneraciones de los trabajadores argentinos del mundo libre a los que se les aplica el principio de intangibilidad de las remuneraciones reconocido por la Constitución Argentina y el Decreto 484/87 que estipulan que las remuneraciones de cualquier trabajador son inembargables hasta el monto equivalente al importe mensual del salario mínimo vital¹³⁷ señalando:

“Las remuneraciones superiores a ese importe serán embargables en la siguiente proporción:

¹³⁵ Artículo 120° de la Ley N° 24.660

¹³⁶ Artículo 121° de la Ley N° 24.660

¹³⁷ Artículo 1° del Decreto 484/87: *“Las remuneraciones devengadas por los trabajadores en cada periodo mensual, así como cada cuota mensual del sueldo anual complementario son inembargables hasta una suma equivalente al importe mensual del salario mínimo vital fijado de conformidad con los dispuestos en los artículos 116° y siguientes del Régimen del Contrato de Trabajo (...)”*

1. Remuneraciones no superiores al doble del SALARIO MINIMO VITAL mensual, hasta el diez por ciento (10%) del importe que excediere de este último.

2. Retribuciones superiores al doble del SALARIO MINIMO VITAL mensual, hasta el veinte por ciento (20%)¹³⁸

En ese sentido, queda demostrado el trato diferenciado en la intangibilidad de las remuneraciones respecto a la situación del trabajador; mientras que un trabajador en el mundo libre que percibe salario mínimo vital tiene protegida la intangibilidad de su remuneración, un trabajador penitenciario que perciba el monto del salario mínimo vital se encuentra sujeto a los descuentos y retenciones antes mencionados. Y, en los casos que el trabajador perciba una remuneración superior al salario mínimo vital verá afectada sus remuneraciones con un máximo del 20% si se encuentra en el mundo libre pero si su prestación de servicios fue en un centro penitenciario; la retención de sus remuneraciones puede ser hasta el 100%.

En el 2008, con el Informe Anual del Servicio Penitenciario Federal se advierte la vulneración al principio de intangibilidad de las remuneraciones en los centros penitenciarios. El primer paso para la adecuación de su sistema de gestión penitenciaria fue buscar la garantía de la percepción de la remuneración a los trabajadores penitenciarios y el disfrute de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias a la de los trabajadores que prestan servicios en el mundo libre por ejemplo disponibilidad de la remuneración y la base imponible de cálculo sea en función al valor hora.

Asimismo, se advirtió que este trato desigual con el paso del tiempo venía afectando a una mayor población pues las estadísticas del Informe Anual 2008 demostraron que año a año; el incremento de la población penal iba de la mano con el aumento de privados de libertad que decidían trabajar durante su detención¹³⁹:

Advertido este tratamiento contradictorio a la normativa internacional y constitucional argentina, los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal vienen declarando inconstitucional los descuentos sobre el peculio¹⁴⁰ reconociendo la necesidad de una reforma en su sistema penitenciario debido a la desprotección de los derechos económicos, sociales y culturales de su población penitenciaria.

¹³⁸ Artículo 1° del Decreto 484/87

¹³⁹ Procuraduría Penitenciaria de la Nación. "El acceso a los derechos económicos, sociales y culturales en las cárceles federales" en Informe Anual 2012. Buenos Aires: 2012.

¹⁴⁰ Resolución Conjunta de fecha 14.04.08 y Expediente 182/05, resolución 19.05.06.

Hoy en día, los trabajadores penitenciarios ejercen su derecho a la intangibilidad de sus remuneraciones mediante el inicio de un proceso judicial que declare inconstitucional su irregular otorgamiento. Un ejemplo es la reciente sentencia dictada el 01.12.2014 por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal¹⁴¹ donde se reconoce el derecho de los internos de un centro penitenciario en Buenos Aires a un trato igualitario con los trabajadores del mundo libre en las situaciones de suspensión de labores pues en los casos de los trabajadores penitenciarios sólo se le paga por las horas trabajadas no correspondiéndoles pago en los casos de suspensión de labores por motivos de enfermedad por ejemplo. Asimismo, en la referida sentencia se señala que corresponde igual pago por igual trabajo, tanto en las bases de cálculo como en las situaciones de hecho en que se da su otorgamiento al trabajador, sea del mundo libre o no ya que la privación de la libertad de una persona no debe ser de manera alguna un impedimento a los fines del irrestricto ejercicio del derecho al trabajo.

Si bien los operadores jurídicos han contribuido al reconocimiento del trato igualitario del derecho al trabajo en Argentina, la jurisprudencia no ha podido evitar que se emplee toda la demanda de mano de obra en los centros penitenciarios; el Informe Anual del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena del 2013 indica que el 59% de los presos no tiene trabajo, que el 19% trabaja como máximo 40 horas semanales, el 7% sólo 30 horas, el 8% máximo 20 horas semanales y el 7% sólo 10 horas¹⁴².

A diferencia de España, en Argentina los trabajadores penitenciarios consiguen la reivindicación de sus derechos laborales a través de demandas colectivas sin embargo, en la realidad muchas de las personas privadas de su libertad no pueden hacer efectivo su derecho al trabajo debido a la falta de acceso al trabajo por la poca oferta de puestos laborales.

2.2.2.3 LA REFORMA DEL TRATAMIENTO DEL TRABAJO PENITENCIARIO EN URUGUAY:

Uruguay ha ratificado el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1976) el cual obliga a los estados a garantizar el derecho al trabajo de toda persona y el goce de condiciones de trabajo equitativas con un salario digno y de igual valor por igual trabajo. Asimismo, en 1930 Uruguay ratificó el Convenio OIT N° 29

¹⁴¹ Sentencia del Recurso de Casación "KEPUCH YURIY TIBERIVEVICH" Expediente N° 1318/13-Sala II disponible en https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2014/12/2014-12-01-cfed-casacic3b3n-penal_керyч_тpабо-интpамурос-привадос-де-либртад-еzeiza.pdf Visto el 27.09.2015.

¹⁴² Informe Anual 2013 Procuración Penitenciaria de la Nación disponible en <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202013.pdf> Visto el 29.10.2015.

relativo al trabajo forzoso. Estas ratificaciones comprometieron al estado uruguayo a velar por el cumplimiento y respeto de estos derechos en todo su territorio nacional.

A pesar de que las normas internacionales no excluían a las personas privadas de libertad del disfrute de estos derechos; no es hasta la década pasada en que el gobierno uruguayo ha buscado su correcto cumplimiento de la normativa internacional mediante un proceso de reforma de su sistema penitenciario que se viene dando, desde el 2010, a través de la ejecución del Proyecto L - Apoyo a la reforma de las instituciones para personas privadas de libertad¹⁴³. Esta reforma se inicia luego de que múltiples estudios demostraran las falencias en el reconocimiento legal y reglamentario de los derechos de las personas privadas de su libertad en Uruguay, entre ellos el precario tratamiento del derecho al trabajo.

Cabe señalar, que el principal motivo por el cual la población penitenciaria ha pasado a ser una de las principales preocupaciones del gobierno uruguayo en esta reforma se debe al alta tasa prisionización que hay en este país lo que significa que actualmente un porcentaje relevante de su población, que se encuentra encarcelado, es afectada en el ejercicio de sus derechos humanos.

Es así como el gobierno uruguayo, el Centro para la Apertura y el Desarrollo de América Latina y el Sistema de las Naciones Unidas en Uruguay han unido sus esfuerzos para llevar acabo la mejora de las condiciones generales de los privados de libertad mediante la adecuación de su tratamiento penitenciario al respeto de los derechos humanos, entre ellos el derecho al trabajo.¹⁴⁴

Respecto al trabajo penitenciario; con el apoyo de la OIT, la política del gobierno uruguayo viene mejorando las condiciones de empleo desde el aumento de la empleabilidad, al aumento de condiciones seguras y bajo los criterios de trabajo decente a través de la reforma del marco normativo y capacitación de los operadores que trabajan en los centros penitenciarios.

Una modificación en proceso es la de establecer por ley o reglamento el número máximo de la jornada de trabajo semanal y los periodos de descanso, pues al no existir norma vigente que regule este aspecto del trabajo en los centros penitenciarios; los privados de libertad llegan a realizar labores por más de 60 horas a la semana¹⁴⁵.

¹⁴³ Proyecto L en http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/breve_proyectol.pdf Visto el 13.09.2015.

¹⁴⁴ NOEL, María. Buenas prácticas penitenciarias en la Republica del Uruguay- Pág. 1.

¹⁴⁵ CITENFOR E INSTITUTO NACIONAL DE REHABILITACION. Guía para la gestión laboral en centros penitenciarios. Pág. 18-20 disponible en

El ejercicio del derecho a la libertad de trabajo es otro aspecto que busca modificar la reforma en Uruguay pues las encuestas, tanto en sus centros penitenciarios como a la ex población penitenciaria, ha demostrado que no es un trabajo voluntario (en su totalidad) el ejecutado por las personas privadas sino por sentirse presionadas por los operarios o la amenaza de una sanción.

Respecto al derecho a percibir una remuneración por la prestación de servicios, los trabajadores penitenciarios en Uruguay tienen protegido este derecho toda vez que su normativa señala que los trabajadores penitenciarios tienen el derecho a percibir una remuneración correspondiente a un salario mínimo nacional.

Asimismo, en búsqueda de la inserción laboral y la promoción del acceso al empleo a través de la Ley de Humanización Carcelaria se obliga a todas las licitaciones de obras y servicios del Uruguay a contratar el 5% de su planilla a privados de su libertad o personas ya liberadas¹⁴⁶.

Por otro lado, Uruguay ha implementado un sistema innovador para promover el trabajo en la población penitenciaria. A través de convenios con instituciones públicas y privadas, los privados de libertad efectúan trabajos intramuros y extra muros. Por ejemplo, mediante Convenio con las Intendencias Departamentales, trabajadores penitenciarios realizan labores extramuros de desmalezado de montes que pueden constituir amenazas de incendios forestales¹⁴⁷.

Uruguay, es el más reciente ejemplo de la posibilidad de otorgamiento y respeto de los derechos socioeconómicos de las personas a través del esfuerzo de un gobierno por brindar adecuar su sistema penitenciario a uno donde se otorgue un adecuado disfrute de los derechos laborales a los privados de libertad.

2.3 CONCLUSIONES

En el Perú se viene utilizando el Test de Proporcionalidad también llamado Test de Razonabilidad o Ponderación con la finalidad de determinar si el legislador mediante una norma, general o particular, vulnera o no un derecho constitucional. Aplicando

http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/Gu%C3%ADa%20de%20Gesti%C3%B3n%20Laboral%202013.pdf Visto el 29.09.2015.

¹⁴⁶ Artículo 14° de la Ley 17.897: *Las empresas adjudicatarias deben contratar a personas liberadas registradas en la Bolsa de Trabajo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, entre los trabajadores afectados a las tareas licitadas. Estas personas deberán representar un mínimo equivalente al 5% del personal afectado a tareas de peón o similar, lo que se establecerá atendiendo a las categorías laborales correspondientes al grupo de actividad al que pertenezca la empresa contratada*

¹⁴⁷ CITENFOR E INSTITUTO NACIONAL DE REHABILITACION. Guía para la gestión laboral en centros penitenciarios. Pág. 23 disponible en http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/Gu%C3%ADa%20de%20Gesti%C3%B3n%20Laboral%202013.pdf Visto el 23.09.2015.

esta metodología para determinar si la protección del tratamiento penitenciario respecto a la actividad penitenciaria laboral vulnera o no de forma irrazonable o desproporcional a los derechos sociolaborales reconocidos en la constitución, corresponde afirmar que el tratamiento penitenciario de la actividad penitenciaria laboral no supera el test de proporcionalidad siendo inconstitucional el otorgamiento restringido de los derechos laborales a los trabajadores privados de libertad.

Acorde a los derechos fundamentales que recoge nuestro sistema normativo en la Constitución, corresponde que se modifique el reconocimiento y protección a la actividad penitenciaria laboral pues la privación de libertad no es un motivo prohibido que llegue a restringir el goce de los derechos laborales de las personas; nuestra carta fundamental no refiere en forma alguna la exclusión de las personas privadas de libertad del goce de su derecho fundamental inherente a todo ser humano a trabajar en igualdad de condiciones tal como lo gozan los trabajadores del mundo libre.

Habiendo efectuado el test de proporcionalidad, no sólo corresponde declarar la inconstitucionalidad del tratamiento penitenciario de la actividad penitenciaria laboral sino remediar dicha vulneración mediante la extensión del goce de los derechos laborales a este grupo social – los privados de libertad- mediante la equiparación de condiciones a los trabajadores del mundo libre.

Hoy en día, esta postura sobre la extensión del reconocimiento y protección de los derechos laborales de los privados de libertad es recogida por la OIT, la ONU y diversos estados. Estos últimos han modificado su legislación con la finalidad de procurar una adecuada protección y goce efectivo de los derechos laborales a los privados de libertad. Por tanto, producto de una revisión comparada del derecho podemos afirmar que actualmente el reconocimiento sobre la naturaleza laboral de la actividad penitenciaria en los talleres de trabajo viene siendo implementada por otros estados como son España, Argentina y Uruguay.

CAPITULO III: LA CREACIÓN EN EL PERÚ DEL REGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA LABORAL

"Cuando la gente piensa en el concepto "prisión", tiende a considerar su aspecto físico: muros, vallas, edificios con puertas cerradas y ventanas con barrotes. En realidad, el aspecto más importante de una prisión es la dimensión humana, ya que las prisiones tienen que ver fundamentalmente con seres humanos. Los dos grupos de personas más importantes de una prisión son los reclusos y el personal que los custodia. Y la clave para una prisión bien administrada es la naturaleza de las relaciones entre ambos grupos." (Coyle 2009: 15)

Con el paso del tiempo se han dado diversos cambios en materia laboral como por ejemplo la existencia de nuevas relaciones jurídicas entre dos personas cuyo objeto es el trabajo de una de ellas bajo características o un contexto distinto al del trabajo bajo su concepción general. Estos cambios han llevado al legislador peruano a extender el sistema normativo para así poder brindar una protección adecuada a las nuevas formas de trabajo mediante la creación de regímenes laborales especiales; los cuales coexisten de forma paralela con el régimen laboral común de la actividad privada.

A través de los Regímenes Laborales Especiales se reconoce la naturaleza laboral de ciertas actividades humanas pero con un trato diferenciado con relación a los derechos laborales.

A continuación, a partir de las características y elementos esenciales de la relación laboral que presenta la actividad penitenciaria laboral, estableceré la existencia en el Perú de una laguna jurídica respecto al tratamiento normativo que le da a la actividad penitenciaria laboral que termina por excluirla del ámbito del Derecho del Trabajo. Posteriormente, se propone como reparación a esta laguna jurídica y la eficacia del derecho fundamental al trabajo a los privados de libertad a través de la creación del Régimen Laboral Especial de la Actividad Penitenciaria Laboral.

3.1 LA "EFICACIA" DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO EN LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA LABORAL EN EL PERU: UNA LAGUNA JURÍDICA

Habiendo desarrollado los cambios en el tiempo de las características de la actividad penitenciaria y de la regulación internacional respecto al trabajo penitenciario; podemos determinar que hoy en día la actividad penitenciaria ha evolucionado siendo que en la realidad los privados de libertad ya no sólo realizan únicamente trabajos propios de la manutención de los centros penitenciarios como limpieza, pintura, reparaciones a la infraestructura del mismo o producción de bienes para el propio

consumo del privado de libertad o de su familia sino que actualmente la actividad penitenciaria que se realizan en los talleres de trabajo, tanto en el mundo como en el Perú, ha adquirido la naturaleza de una actividad productiva y remunerada que a su vez mantiene las características de ser una actividad por cuenta ajena y bajo la subordinación de la entidad penitenciaria siendo esta actividad la que denomino actividad penitenciaria laboral.

Sin embargo, como resultado del trabajo de campo efectuado y de la revisión de la normativa nacional e internacional vigente, se deduce la existencia de una laguna legal respecto al tratamiento legal de la actividad penitenciaria laboral en el Perú pues a pesar de que el trabajo penitenciario, acorde a lo señalado BOZA¹⁴⁸, reúne las condiciones que importan como trabajo al Derecho por ser un trabajo humano, productivo, prestado por cuenta ajena, en forma libre, subordinado y tener una contraprestación por su ejecución; hoy en día la actividad penitenciaria laboral no se encuentra comprendido en la tutela que brinda el Derecho del Trabajo en el Perú.

No obstante, es entendible que se haya dado esta laguna jurídica en el Derecho del Trabajo en el Perú debido a la aplicación e interpretación continuada que se ha hecho en la normativa nacional respecto a los alcances del Artículo 2° del Convenio OIT 29° – Convenio sobre el Trabajo Forzoso¹⁴⁹ en donde la OIT estableció que las actividades impuestas a los privados de libertad no tienen la naturaleza de trabajo forzoso.

Al respecto, considero que hasta la actualidad es válida la exclusión de trabajo forzoso respecto a las formas de ocupación que no son otras que las actividades de manutención del centro penitenciario o trabajo comunitario (actividad penitenciaria no laboral). Que, la obligatoriedad de las actividades de manutención a los privados de libertad es razonable pues al ser el lugar donde vivirá mientras cumple su pena es necesario el cuidado y mantenimiento del mismos asimismo esta actividad humana carece del carácter productivo del trabajo y es una de las medidas de resocialización impuestas a todos los privados de libertad todo ello acorde a lo estipulado en el Artículo 96° de la Ley N° 473 – Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena¹⁵⁰. Por otro lado, el trabajo comunitario son actividades que tienen como causa el

¹⁴⁸ BOZA PRO, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2001. Pág. 40.

¹⁴⁹ Artículo 2° Convenio 29° OIT: "(...) a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio no comprende: (...)

(c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado (...)"

¹⁵⁰ Artículo 96°: Obligaciones de los privados de libertad

cumplimiento de una pena (adicional en los casos de privación de libertad) como medida de resarcimiento al delito cometido por el privado de libertad y que se encuentra fundamentada en una sentencia judicial.

Distinta ha de ser la postura actual respecto a la no consideración como trabajo de las actividades que realizan los privados de libertad en los talleres de trabajo y de su errónea exclusión del concepto de trabajo forzoso en atención a dos motivos: primero, porque no es una actividad exigida al privado de libertad en virtud de su condena y segundo, por las características que reúne en la actualidad esta actividad humana.

Que, estas actividades no son exigidas a los privados de libertad por el INPE sino que es una actividad de naturaleza voluntaria que se ejecuta a pedido del privado de libertad ejerciendo así su derecho a la libertad de trabajo tal como lo señalan los Artículos 57^{o151} y 77^{o152} de la Ley N° 473 – Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena y por tanto no le corresponde la extensión del concepto de actividad excluida que estipula el Artículo 2° del Convenio OIT 29° – Convenio sobre el Trabajo Forzoso por ser la actividad penitenciaria laboral una actividad que las personas privadas de libertad deciden voluntariamente si ejecutan durante su pena no existiendo una imposición legal de trabajar en los talleres de trabajo.

Por otro lado, con el pasar de los años la actividad penitenciaria de los talleres de trabajo se ha transformado en una utilización del trabajo ajeno y la obtención de ganancias de él. Esta transformación ha colocado a la actividad penitenciaria laboral en el tipo de ocupación que considera el Derecho del Trabajo dentro de su regulación y protección.

Para los fines y efectos de la presente Ley y su Reglamento, se establecen a los privados de libertad las obligaciones siguientes: (...)

3). Colaborar para alcanzar una adecuada convivencia, respetar al personal del Sistema Penitenciario Nacional, a los otros internos y demás personas que entraren a los recintos penitenciarios.

4). Asistir y cumplir con la disciplina laboral.

5). Cuidar del aseo e higiene personal, así como de las instalaciones del centro penitenciario.

6). Realizar labores de limpieza y saneamiento de las instalaciones del centro penitenciario, así como de sus artículos personales 8...)"

¹⁵¹ *Artículo 57°: “Los privados de libertad o internos ubicados en el régimen laboral son aquellos que voluntariamente aceptaron el tratamiento reeducativo y han solicitado la reintegración en las diversas actividades del penal, su ubicación será en las galerías y celdas sin candados y/o de acuerdo a las condiciones físicas del centro penitenciario”*

¹⁵² *Artículo 77°: “La participación del privado de libertad o interno en el trabajo penitenciario, es el elemento fundamental para hacer posible el tratamiento penitenciario, por lo que los internos deben de cumplir con las características siguientes:*

1) voluntad expresa del privado de libertad o interno;

2) no tener carácter aflictivo, ni ser considerado una medida correctiva;

3) no atentar contra la dignidad del interno (...)

NEVES¹⁵³ nos señala que toda actividad que sea humana, productiva, por cuenta ajena, libre y subordinada importa al Derecho del Trabajo existiendo siempre una relación laboral en todo vínculo en que exista una prestación personal, subordinada y remuneración (elementos esenciales). En ese sentido, la laguna jurídica se da en tanto el legislador no ha considerado que con el paso del tiempo la actividad penitenciaria laboral adquirió las características y los elementos esenciales y típicos de la relación laboral.

Entonces, retomando lo señalado en el primer capítulo, BOZA¹⁵⁴ señala que los elementos esenciales del trabajo que importan al Derecho Laboral han sido especificados por la doctrina científica, la jurisprudencia y la legislación como prestación personal de servicios, remuneración y subordinación¹⁵⁵. En ese sentido, importa contrastar la actividad penitenciaria laboral con la legislación vigente a fin de demostrar la irrazonabilidad de su exclusión del ámbito del Derecho del Trabajo y que no corresponde la ausencia de normativa que tutele este trabajo y su condición especial por encontrarse los trabajadores privados de libertad.

De la prestación personal de servicios, como se ha explicado en el primer capítulo, desde sus inicios la actividad penitenciaria laboral ha sido una prestación personalísima efectuada por el privado de libertad y por tanto cumple con la regulación del Artículo 5° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Decreto Supremo N° 003-97-TR por ser una persona natural (privado de libertad) el que ejecuta la actividad de forma directa y personal sin valerse de terceros para realizar las actividades que le asigna el INPE en el taller de trabajo. Una situación particular en la que podemos reafirmar la naturaleza de prestación personal de servicios en la actividad penitenciaria laboral es en los casos que el privado de libertad se encuentra enfermo; en esta situación no se admite que sus familiares o terceros lo replacen en la prestación de servicios.

Respecto a la subordinación, si bien la Nueva Ley Procesal del Trabajo recoge la presunción de laboralidad con la simple demostración de una prestación de servicios para un tercero; el Artículo 4° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral –

¹⁵³ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2012. Pág. 15

¹⁵⁴ BOZA PRO, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2001. Págs. 42-44.

¹⁵⁵ Expediente N° 4875-2001-B.E: Sentencia de la Tercera Sala Laboral de Lima, define al contrato de trabajo como un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada trabajador se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de otra llamada empleador a quien a su vez se compromete a pagarle una remuneración, reconociendo además como elementos esenciales de esta clase de contrato la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración.

Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Decreto Supremo N° 003-97-TR¹⁵⁶ no recoge esta presunción desprendiéndose de su lectura, la necesidad de que se acredite el carácter subordinado de la prestación de servicios. Que, el privado de libertad para poder participar de los talleres de trabajo ofrece su actividad mediante una solicitud dirigida al Director del centro penitenciario en donde cumple su pena y permite al INPE conducir mediante el establecimiento del tiempo y lugar en que debe de ejecutar su actividad. En ese sentido, el privado de libertad no está todo el día ni todos los días en los talleres de trabajo sino sólo en el horario y lugar que le indica el INPE. Podemos ver como el poder de dirección del INPE en la actividad penitenciaria laboral encaja en la definición del Artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Decreto Supremo N° 003-97-TR¹⁵⁷.

Asimismo, podemos ver que lo señalado por NEVES¹⁵⁸ respecto a la subordinación como poder; se materializa en la actividad penitenciaria laboral pues “por tratarse la subordinación de un poder su ejercicio no es obligatorio para quien lo ostenta. El empleador puede decidir si lo ejerce o no y en qué grado”. Tal es así, que el INPE a través de sus servidores públicos que custodian los talleres de trabajo se encarga de decidir si sancionar o no los incumplimientos que pudieran cometer los privados de libertad en la ejecución de labores como ausencia injustificada, agresión, etc.

Por otro lado, en la actividad penitenciaria laboral existe dependencia económica de los privados de libertad pero no necesariamente dirección técnica no obstante la ausencia de esta característica no supone que la actividad penitenciaria laboral no reúna los elementos esenciales del trabajo protegido por el derecho.

Sobre la remuneración en la actividad penitenciaria laboral se ha verificado, más allá de que el monto no alcance la remuneración mínima vital, los privados de libertad perciben ingresos producto de la actividad que realizan en los talleres de trabajo a diferencia de los privados de libertad que participan en los talleres de educación o los que no se encuentran en ningún taller. En ese sentido, los privados de libertad que efectúan labor penitenciaria perciben una remuneración efectiva, lo que no significa

¹⁵⁶ *Artículo 4°: elementos esenciales del contrato de trabajo. Plazo y formalidad*
En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)

¹⁵⁷ *Artículo 9°: por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador (...)*

¹⁵⁸ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2012. Pág. 38.

según NEVES¹⁵⁹ que sea la remuneración debida por la actividad que realizan, pero que es hoy en día el integro de lo que el trabajador (privado de libertad) recibe por sus servicios en el taller de trabajo y, luego de las retenciones que efectúa el INPE, es el dinero de su libre disposición. Por tanto, estos pagos que reciben los privados de libertad poseen las características de la remuneración contemplada en el Artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Decreto Supremo N° 003-97-TR¹⁶⁰.

Habiendo explicado cómo se presentan los elementos esenciales en la actividad penitenciaria laboral y el sentido del Convenio sobre Trabajo Forzoso, es importante señalar que *“en la Constitución Política no hay una norma que señale los derechos de aquellas personas que se encuentran privadas de la libertad (...), entonces no puede pensarse que dicha omisión sea la voluntad tácita del legislador encaminada a desconocer los derechos de la citada universalidad de individuos”*¹⁶¹. Por tanto, corresponde afirmar que no existe una norma constitucional que excluya de la tutela del derecho laboral al trabajo materia de investigación.

Siguiendo a BOZA quien señala que los principios laborales son las ideas informadoras y fundamentales del ordenamiento jurídico laboral vigente que orientan la actuación protectora del Derecho del Trabajo donde *“la actual Constitución de 1993 consagra el principio protector (artículo 23°, primer párrafo), la igualdad de oportunidades sin discriminación, el indubio pro operario y la irrenunciabilidad de derechos (todos ellos en el artículo 26°) (...) Por su parte, el principio de primacía de la realidad también tiene un reconocimiento ex lege en la Ley General de Inspección del Trabajo”*¹⁶² y, en contraste, con la afirmación de QUIÑONES respecto a que *“los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos, no son ilimitados, sino que están sujetos a todo un sistema de límites (...) en otros términos, el contenido esencial es el límite constitucional de los límites de los derechos fundamentales”*¹⁶³; podemos afirmar que siendo el legislador peruano quien establece las restricciones a los derechos fundamentales y que no existe en la actualidad una restricción expresa en nuestra Constitución o en los convenios internacionales que excluyan el trabajo de los privados de libertad en los talleres de trabajo como actividad

¹⁵⁹ *“La remuneración indispensable para la existencia de un vínculo laboral es la debida y no la efectiva. En otras palabras, si de la configuración de la relación fluye que el deudor de trabajo tiene derecho a percibir la remuneración, aun cuando no la obtenga en los hechos, se satisface este requisito”*

¹⁶⁰ *Artículo 6°: “Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición (...)”*

¹⁶¹ PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana 2005 – 2009. Bogotá, 2011. Pág. 163.

¹⁶² BOZA PRO, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2001. Págs. 142-143.

¹⁶³ QUIÑONES INFANTE, Sergio. La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Lima: Palestra Editores S.A.C., 1° Edición. 2007. Pág. 55.

materia de protección y aplicación del Derecho del Trabajo, corresponde reconocer los derechos laborales de los privados de libertad aplicando los principios laborales pudiendo limitar a los privados de libertad los derechos ya reconocidos a los trabajadores del mundo libre pero sólo en su parte accesoria mas no en el núcleo esencial del derecho protegido.

Por tanto, la evolución que ha mostrado la actividad penitenciaria en el Perú nos permite señalar que hoy en día ya reúne las características y los elementos esenciales del trabajo materializándose en esta actividad el contenido esencial del derecho fundamental al trabajo y no existiendo una restricción legal, corresponde señalar que existe una deficiencia en la aplicación del Convenio sobre Trabajo Forzoso y el Derecho al Trabajo reconocido en los Artículos 2º¹⁶⁴ y 22º¹⁶⁵ de la Constitución peruana debiendo, como derecho fundamental, tener una protección efectiva en los privados de libertad.

En ese sentido, es menester de los operadores jurídicos revertir esta laguna jurídica mediante la promulgación de una Ley por medio de la cual se cree el Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario donde se estipule expresamente los derechos laborales de los que son titulares los privados de libertad que ejercen actividad penitenciaria laboral así como definir los procedimientos y formalidades a través de las cuales el INPE aplicará esta regulación. Sólo así los privados de libertad que efectúan actividad penitenciaria laboral conseguirán la protección y trato acorde a la naturaleza de la actividad que realiza la cual no ha de ser otra que una de carácter laboral.

3.2 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA RELACION PENITENCIARIA LABORAL

Si comparamos a un trabajador del mundo libre que efectúa trabajo en una zapatería con un privado de libertad que realiza sus actividades en el taller de zapatería del INPE podemos determinar que en los hechos; ambos individuos son objetivamente iguales y su situación es semejante pues prestan servicios personales, de forma subordinada sujetos a un horario y a la asistencia a un centro de trabajo a cambio de un pago por su producción. Entonces, si aplicamos el Principio Laboral de Igualdad,

¹⁶⁴ *Artículo 2º.-Derechos fundamentales de la persona*

Toda persona tiene derecho (...)

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

¹⁶⁵ *Artículo 22º.-Protección y fomento del empleo*

El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona

producto del análisis – no jurídico sino de los hechos – podemos concluir que estas dos personas son objetivamente iguales y ha de exigirse un trato igualitario para ambas pudiendo diferenciarse su tratamiento únicamente en una causa objetiva y razonable que lo justifique¹⁶⁶.

Asimismo, producto de la investigación efectuada se ha podido determinar que existe intra muros de los centros penitenciarios un trato diferenciado por parte del INPE según el régimen penitenciario en que se encuentre el privado de libertad (de mínima o máxima seguridad). El trato diferenciado se materializa en la poca promoción de la comercialización de la producción de los centros penitenciarios de máxima seguridad siendo que, existe una activa comercialización de la producción de los centros penitenciarios de mínima seguridad a través de campañas y ferias dentro o fuera del centro penitenciario mientras que la comercialización en los centros penitenciarios de máxima seguridad se da sólo en algunas de las ferias del poder judicial y mediante la venta dentro del propio centro penitenciario lo que, bajo el sistema de pago porcentual por venta efectiva, significan menos ingresos para los privados de libertad por el mismo trabajo.

Entonces, en atención al Principio de Igualdad, corresponde primero, que los privados de libertad gocen de forma equiparada pero diferenciada de los derechos laborales que caracterizan y determinan una relación de esta naturaleza en el mundo libre¹⁶⁷ y segundo, que el empleador ofrezca una similar promoción del trabajo penitenciario.

3.3 REGIMEN LABORAL ESPECIAL DEL TRABAJO PENITENCIARIO

Habiendo ya explicado los fundamentos que considero explican la existencia de una laguna jurídica en cuanto a la protección laboral de la actividad penitenciaria que se realiza en los talleres de trabajo; corresponde formular los alcances del Régimen Laboral Especial que el legislador peruano debe de implementar para que sea real y eficaz la tutela del derecho fundamental al trabajo de los privados de libertad.

Que, la factibilidad de que el legislador peruano cree un Régimen Laboral Especial para el trabajo penitenciario se fundamenta en la aplicación del Principio Laboral de Primacía de la Realidad y la Teoría de la equiparación; donde la exclusión de la

¹⁶⁶ BOZA PRO, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2001. Pág. 168.

¹⁶⁷ OIT. El trabajo dentro de las cárceles pág. 53: “Los derechos fundamentales laborales tienen vigencia aun cuando se trate del trabajo de personas privadas de la libertad (...) el derecho al trabajo de las personas reclusas se considera incluido en las normas internacionales”

actividad penitenciaria laboral del Derecho del Trabajo es un incumplimiento indirecto de la normativa por haber un ocultamiento de la vulneración de la normativa sociolaboral (Ley defraudada) bajo la idea de que son trabajos obligatorios permitidos (el Convenio sobre Trabajo Forzoso sería la llamada Ley de Cobertura) y que permiten la resocialización del privado de libertad.

En este caso, si aplicamos el Principio de Primacía de la Realidad reconocido en nuestra Constitución, NEVES¹⁶⁸ nos diría que la actividad penitenciaria laboral es una situación o relación jurídica con el INPE o terceros (caso Renzo Costa) que no guarda conformidad con su naturaleza y ello provoca que no esté sometida al régimen jurídico pertinente, el laboral.

Entonces, por el principio laboral expuesto, el legislador debe prevalecer la realidad que hoy presenta la actividad penitenciaria laboral. Ello sumado a la obligación del estado peruano de seguir la Recomendación Internacional del Trabajo 198 – Sobre la relación de trabajo - por existir una relación de trabajo entre los privados de libertad que realizan actividad penitenciaria laboral y el INPE (o terceros en algunos casos); se debe garantizar la protección efectiva a estos trabajadores.

Ahora bien, esta protección debe darse a través de un Régimen Laboral que considere las condiciones especiales y únicas del trabajador donde la equiparación es la fórmula que debe aplicar el estado peruano para revertir esta laguna jurídica y brindar una protección eficaz al trabajo penitenciario por los siguientes motivos:

Desde la situación socioeconómica de los privados de libertad, *“la equiparación consiste en ampliar las fronteras del Derecho del Trabajo, no por la ruta de considerar como laborales relaciones que en estricto no lo son, sino por la de extenderles a los sujetos que realizan el servicio algunos beneficios originarios del ordenamiento laboral (y de Seguridad Social)”*¹⁶⁹.

Recordemos, que la actividad penitenciaria laboral no reúne todos los criterios de subordinación que tiene una relación laboral en el mundo libre ya que, los privados de libertad sólo reciben dirección en cuanto al dónde y al cuándo de la actividad mas no ejerce subordinación el INPE respecto al cómo realizan la actividad teniendo los privados de libertad creatividad y autonomía sobre la producción (a excepción de los casos atípicos en que el INPE contrata con terceros por una producción específica).

¹⁶⁸ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2012. Págs. 41-42.

¹⁶⁹ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 2012. Pág. 53.

Al respecto, RODRIGUEZ-PIÑERO¹⁷⁰ nos ayuda a entender la teoría de la equiparación afirmando que existen algunas actividades denominadas zonas grises que han de ser abrazadas por el Derecho del Trabajo a pesar de ser supuestos genéricos de trabajos no dependientes. Asimismo, RODRIGUEZ-PIÑERO señala que la equiparación legal a los trabajadores dependientes se da sólo en las circunstancias en que estas personas (privados de libertad en este caso) efectúan una prestación personal y pura de trabajo, que el productor no trabaje para el mercado sino para un empresario concreto por un precio cierto (carácter asalariado), donde no se ofrecen servicios al mercado sino para una persona o círculo determinado de personas y efectúan un trabajo no dependiente. Entonces, como hemos señalado anteriormente, los privados de libertad no efectúan su prestación de servicios bajo una clasificación pura de subordinación (dependencia) pues este poder es sólo ejecutado por el INPE respecto al cuándo y dónde se ejecuta la actividad penitenciaria laboral pero no efectúa una dirección en su totalidad respecto al cómo o la forma de la actividad.

En ese sentido, la actividad laboral penitenciaria le corresponde ser una categoría asimilada porque reúne los elementos esenciales de una relación de trabajo (a excepción de la subordinación), por la dependencia económica directa que tienen los privados de libertad correspondiente a la situación en que se encuentran cumpliendo su pena y porque contiene los elementos necesarios para ser una actividad equiparada¹⁷¹ al trabajo protegido por el Derecho Laboral.

Acorde a nuestro ordenamiento jurídico y las normas internacionales las cuales prodigan el derecho que tienen todas las personas de tener la posibilidad de ganarse la vida con el trabajo que libremente elijan y que este sea bajo condiciones seguras y saludables y a su vez no sean degradantes de la dignidad humana; consideramos que el estado peruano debe de garantizar (bajo ciertas restricciones derivado de la situación penal en la que se encuentran) el respeto del derecho al trabajo a los privados de libertad a través de “cláusulas especiales por las que se extienda la aplicación de algunas disposiciones del Derecho del Trabajo a supuestos expresamente definidos”¹⁷².

¹⁷⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo en Revista de Política Social, Instituto de Estudios Políticos, N° 71. Madrid. Págs. 161-166.

¹⁷¹ La idea de prestación personal de trabajo no dependiente por precio cierto y por cuenta ajena es lo que permite definir a ese trabajo jurídicamente independiente pero equiparable a ciertos efectos al trabajador dependiente.

¹⁷² RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo en Revista de Política Social, Instituto de Estudios Políticos, N° 71. Madrid. Pág. 162.

A continuación se formulan los alcances del Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario:

3.3.1 AMBITO DE APLICACIÓN

El Código de Ejecución Penal regula el tratamiento penitenciario y con ello automáticamente encuadra dentro de su normativa al trabajo penitenciario.

Asimismo, en los hechos, por el estado de privación de libertad, tanto el trabajador como su actividad (trabajo) se dan en circunstancias, condiciones y particularidades distintas a las del mundo libre lo que hace que éste trabajo deba estar sujeto a una regulación particular.

Por tanto, corresponde denominar como una relación laboral especial la que se origina en los talleres de trabajo y tiendas físicas de los centros penitenciarios al ser una actividad humana en la que convergen dos fines: por un lado, los fines propios del INPE como es el tratamiento penitenciario y la resocialización del privado de libertad dentro de la normativa propia del régimen penitenciario en el Perú y por otro lado, los fines naturales del trabajo como la producción de un bien o servicio, la retribución por la actividad realizada y la formación laboral del privado de libertad.

Se encuentran comprendidas en el Régimen Laboral Especial de Trabajo Penitenciario las partes que reúnan las siguientes características:

3.3.1.1 EL TRABAJADOR

Son trabajadores las personas que se encuentren privadas de su libertad, tengan sentencia o se encuentren en proceso judicial, y efectúan actividades en los talleres de trabajo o tiendas físicas del centro penitenciario en el cual se encuentran cumpliendo su pena.

No son trabajadores los privados de libertad que sólo efectúan formas de ocupación en el centro penitenciario o que efectúan actividad penitenciaria no laboral mediante su inclusión en los talleres de educación del centro penitenciario.

3.3.1.2 EL EMPLEADOR

La relación laboral especial es la existente entre el organismo autónomo competente de administrar el tratamiento penitenciario y los privados de libertad que desarrollan actividades laborales en los talleres o tiendas físicas de los centros penitenciarios.

Por tanto, en todas las relaciones laborales dentro de un taller de trabajo o tienda física de un centro penitenciario la figura del empleador recae en la administración penitenciaria a través del órgano competente que hoy en día es el INPE; por ser la única autoridad con facultades, según el Código de Ejecución Penal y su Reglamento, para administrar el tratamiento penitenciario mediante su dirección y fiscalización.

3.3.2 FORMA DE CONTRATACIÓN LABORAL

El contrato de trabajo es el acuerdo de voluntades entre trabajador y empleador para la prestación de servicios personales bajo una relación de amenidad (servicios subordinados prestados para otra persona)¹⁷³. En el trabajo penitenciario, se genera este negocio jurídico cuando el INPE acepta la solicitud de inscripción al área de trabajo del INPE (ANEXO 1-A) presentada por el privado de libertad.

En este documento ambas partes, el privado de libertad – el trabajador y el INPE – el empleador, dejan constancia de forma escrita su voluntad de iniciar una relación laboral ya que por un lado, el privado de libertad en ejercicio de su derecho a la libertad de trabajo pone a disposición del INPE su fuerza humana para realizar una actividad específica mediante su elección de un taller de trabajo y por otro lado, el INPE mediante su autorización de participación en la actividad penitenciaria laboral, el mismo que se da con el visado y sello de conformidad por el Director de Trabajo del INPE en la solicitud, se consuma este acuerdo de voluntades.

En cuanto al tipo de contrato del trabajo penitenciario, este es a plazo indeterminado ya que las actividades en los talleres de trabajo o tiendas físicas son actividades permanentes no discontinuas y así como el derecho penal mediante el Código de Ejecución Penal no limita el tratamiento penitenciario a un plazo determinado o fijo pues la resocialización del privado de libertad, clasificado como fácilmente readaptable o difícilmente readaptable¹⁷⁴, puede llevar todo el tiempo que tenga como pena. En ese sentido, la permanencia del privado de libertad en los talleres de trabajo sólo concluye en dos supuestos, cuando comete una falta grave o termina su pena en el centro penitenciario; tal como ocurre hoy en día.

Si bien las relaciones laborales a plazo indeterminado en la actividad privada general se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, no siendo necesaria la formalidad escrita de un contrato; en el caso del Contrato de Trabajo Penitenciario la voluntad de las partes debe de constar en un contrato escrito. Al respecto, hoy en día

¹⁷³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derecho Individual del Trabajo. Lima: Gaceta Jurídica. 1° Edición, 2011. Pág. 35.

¹⁷⁴ Artículo 60° al 64° del Código de Ejecución Penal.

se cumple con esta formalidad ya que el consentimiento de las partes consta por escrito en la Solicitud de Inscripción en los talleres de trabajo del INPE (ANEXO 1-A).

Ahora bien, respecto a las modalidades de prestación de servicios del trabajador penitenciario estas pueden ser de dos tipos, por servicios directos o por la modalidad de cesión, y deben de estar especificadas en el Contrato de Trabajo Penitenciario o en una Adenda al mismo. La primera de ellas es cuando el trabajador presta sus servicios en los talleres de trabajo o tiendas físicas del centro penitenciario y su producción es aprovechada por el INPE. La modalidad de cesión, que no es otra que una tercerización o intermediación en el mundo libre, se dará cuando el INPE ceda a un tercero la fuerza de trabajo del privado de libertad y la producción que se genere como resultado de esta es aprovechado por este quien paga un precio único al INPE por su prestación.

El Contrato de Trabajo Penitenciario debe contar (y cuenta actualmente) con la siguiente información:

- Nombres del trabajador y pabellón que ocupa en el centro penitenciario
- El tipo de taller de trabajo en el que ejecutará labores
- El lugar en el que se desempeñara el trabajador (taller o tienda física)
- La fecha de inicio de la actividad penitenciaria laboral
- Las firmas de los contratantes

Asimismo, es necesario que en el Contrato de Trabajo se incluya la siguiente información: la modalidad de contratación y la fecha de pago al trabajador la cual dependerá de la gestión administrativa del empleador - el INPE.

Cabe señalar, que a diferencia del régimen laboral común, no corresponde aplicar un periodo de prueba al trabajo penitenciario ya que no es razonable poner a prueba la capacidad o profesionalismo del trabajador por ser uno de los fines de la actividad penitenciaria laboral; el enseñar al privado de libertad una profesión o técnica de trabajo así como perfeccionar sus capacidades. Por tales motivos, no resulta justificable someter a los alcances del periodo de prueba y no es aplicable su extensión al trabajo penitenciario.

Por último, por ser el empleador una entidad pública, no corresponde que estos contratos sean registrados ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo pero si resulta necesario que el INPE tenga una base interna actualizada donde se guarden los registros de todos los contratos celebrados con sus trabajadores – privados de libertad.

3.3.2.1 LA REGULACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN Y TERCERIZACIÓN EN LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA LABORAL

Como parte de la evolución del Derecho Laboral, hoy en día coexisten con la típica relación laboral y han sido reconocidas en la normativa sociolaboral, la intermediación y tercerización (outsourcing), por ser figuras de “externalización de servicios por el cual el empleador se desvincula de una actividad o proceso del ciclo productivo que venía realizando para trasladarla a un tercero”¹⁷⁵ o desde el otro lado, procesos productivos en las cuales un trabajador presta sus servicios por cuenta ajena para un tercero que no es su empleador.

Al respecto, el trabajo penitenciario en el Perú no ha sido ajeno a la aparición de estas nuevas figuras laborales dando paso a nuevas formas de trabajo en sus talleres de trabajo mediante los contratos civiles suscritos entre el INPE y empresas privadas como por ejemplo el caso RENZO COSTA. Cabe señalar, que esta es la única empresa privada a la que se le ha cedido la fuerza de trabajo de los privados de libertad. Que, la empresa Renzo Costa utiliza la fuerza de trabajo de los privados de libertad de un determinado taller de trabajo para que ejecuten una parte de su proceso productivo de confección de bienes hechos a base de cuero; y la prestación de servicios se hace dentro del centro penitenciario sin desplazamiento de los trabajadores (privados de libertad) al centro de trabajo de la empresa.

En el Perú, la normativa reconoce y define la intermediación como aquel supuesto en el cual un empleador destaca exclusivamente mano de obra a un tercero – empresa usuaria- para que preste servicios bajo la dirección y fiscalización de esta última¹⁷⁶. Sin embargo, podemos ver que por la condición especial de los trabajadores es decir su privación de libertad hay una cesión temporal de trabajadores del INPE a una empresa privada cambio de un precio pero no has destaque o desplazamiento de los trabajadores a las instalaciones de la empresa usuaria. En ese sentido, la intermediación en el trabajo penitenciario se diferencia por el no destaque del trabajador a los centros de trabajo de la empresa usuaria sino que toda la provisión de mano de obra se efectúa dentro del centro penitenciario. No obstante, acorde a la intermediación laboral en el mundo libre, el INPE sólo cede parte de su poder de dirección pero mantiene su poder disciplinario.

¹⁷⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derecho Individual del Trabajo. Lima: Gaceta Jurídica. 1° Edición, 2011. Pág. 127.

¹⁷⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derecho Individual del Trabajo. Lima: Gaceta Jurídica. 1° Edición, 2011. Pág. 126.

En ese sentido, considero que es aplicable al trabajo penitenciario los alcances de la Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores – Ley N° 27626 y su Reglamento. Lo que significa principalmente; que la empresa usuaria debe de cumplir con ciertas formalidades como es encontrarse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan Actividades de Intermediación Laboral y suscribir un contrato civil con el INPE, otorgar a los trabajadores penitenciarios iguales derechos y beneficios que a sus trabajadores siempre que no contravengan los derechos del Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario y; en caso sean actividades temporales, el número de privados de libertad cedidos a la empresa usuaria no pueden superar el 20% del total de trabajadores de esta última.

Asimismo, este prestamismo laboral ha de figurar en el Contrato de Trabajo Penitenciario bajo la modalidad de contratación de cesión del trabajo penitenciario ya que la causa del contrato es el cumplimiento del contrato civil entre el INPE y una empresa lo que significa que el INPE ha tenido que implementar un nuevo taller de trabajo no siendo una actividad penitenciaria laboral de carácter permanente en el tratamiento penitenciario. Por lo antes expuesto, la vigencia del contrato de trabajo penitenciario en estos casos de intermediación estará sujeta a la vigencia del contrato civil.

La intermediación en el trabajo penitenciario no distorsiona las facultades que otorga la Constitución y el Código de Ejecución Penal al INPE, no hay una pérdida de la subordinación sino que implica un reparto de facultades de dirección y fiscalización con la empresa usuaria pero el INPE es el órgano que mantiene el poder disciplinario y de supervisión del tratamiento penitenciario.

Respecto a la tercerización, a pesar que en la actualidad no hay contratos civiles por el cual el INPE se haga cargo íntegramente de una fase del proceso productivo de una empresa, considero que al igual que con la intermediación el Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario no debe de prohibir la existencia de esta figura laboral pero que; por la condición especial de privación de libertad del trabajador, se entiende que toda la prestación de servicios se efectuará dentro del centro penitenciario y que el INPE mantiene la supervisión del tratamiento penitenciario. El outsourcing en los centros penitenciarios se regulará complementariamente por la Ley N° 27626 y su Reglamento siempre que no contravenga las normas del Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario.

Particularmente considero que la intermediación y tercerización significa una favorable promoción del trabajo penitenciario que a su vez mejora de forma significativa los ingresos de los trabajadores privados de libertad por los ingresos fijos que obtendrían durante la vigencia del contrato civil que tendrían las empresas con el INPE y la profesionalización del privado de libertad. En ambas figuras laborales de externalización de servicios en los centros penitenciarios debe de suscribirse un contrato civil que puede ser bajo la modalidad de un Convenio marco de colaboración donde las empresas privadas usan los talleres de trabajo de un centro penitenciario lo que significa el uso de las instalaciones y mano de obra de los privados de libertad para la fabricación de sus productos que posteriormente comercializa la empresa por su cuenta y riesgo.

3.3.2.2 FACULTADES DEL EMPLEADOR

En la relación jurídica que surge entre privados de libertad y el INPE existe un Contrato de Trabajo que se materializa con la puesta a disposición del privado de libertad de su fuerza de trabajo bajo las condiciones establecidas por el INPE. Que, como cualquier empleador, puede ejercer el trípode de facultades del poder de dirección reconocidas en el Derecho Laboral como son la dirección, fiscalización y sanción sobre la prestación de servicios del privado de libertad en los talleres de trabajo y tiendas físicas.

En ese sentido, por los poderes que confiere el Contrato de Trabajo Penitenciario corresponde al empleador planificar, organizar, dirigir y controlar el trabajo efectuado por los privados de libertad bajo los siguientes límites:

- De la planificación de los talleres de trabajo o tiendas físicas: en este aspecto corresponde ver la facultad del empleador para planificar la actividad penitenciaria laboral desde la contratación del trabajador penitenciario siendo que es el empleador quien decide a que privado de libertad contratar mediante su conformidad a la Solicitud de Inscripción en un Taller de Trabajo y contrata a quien estime conveniente según el perfil del tratamiento penitenciario y la disponibilidad de ocupación que tenga cada taller de trabajo o tienda física en un centro penitenciario.
- De la organización del trabajo penitenciario: el empleador establece la forma, el modo y el lugar de la prestación de servicios del privado de libertad donde el empleador debe de procurar que los talleres de trabajo y las tiendas físicas se parezcan lo máximo posible a los centros de trabajo en el mundo libre.

Respecto a la forma de prestación de servicios del privado de libertad, el empleador determinará el tipo de actividad que ejecutará el trabajador penitenciario en cada taller o tienda física teniendo la facultad de establecer si el trabajador penitenciario sólo participa en una fase del proceso productivo o cada individuo se encarga de todo el proceso o servicio. Sin embargo, el empleador no tiene la facultad de exigir al privado de libertad una actividad económica distinta para la cual ofreció su fuerza de trabajo a menos que exista un acuerdo de voluntades.

El modo del trabajo penitenciario va a depender de la modalidad por la cual se contrató al privado de libertad, si para prestar servicios directamente al empleador en sus talleres de trabajo o tiendas físicas o para ceder su mano de obra dentro del centro penitenciario a terceros. En ambos casos, el empleador va a elegir el modo de trabajo penitenciario en cada taller de trabajo según las necesidades u oportunidades del tratamiento penitenciario.

Sobre el lugar de la prestación de servicios, el empleador debe de comunicar al privado de libertad sobre la ubicación de su centro de trabajo dentro del centro penitenciario ya que no puede prestar servicios en cualquier unidad productiva o dentro de su celda sino en un lugar adecuado y donde se realice la actividad penitenciaria laboral para la cual se le contrato.

Que, la instrumentalización del poder de organización del empleador del trabajo penitenciario se da mediante el Código de Ejecución Penal y el MAPRO del INPE; los cuales vendrían a cumplir los fines del Reglamento Interno de Trabajo del mundo libre y organizan de forma general la actividad penitenciaria laboral.

Cabe señalar, que el poder organizativo del empleador le permite unilateralmente modificar la prestación de servicios del trabajador penitenciario siempre y cuando el *ius variandi* sea usado de forma razonable para adaptar el trabajo penitenciario ya sea a los nuevos fines del tratamiento penitenciario o a los intereses propios del empleador.

Al respecto, siguiendo la clasificación de ARCE¹⁷⁷, el empleador puede hacer uso de su poder organizativo bajo cuatro tipos de variación de las condiciones del trabajo penitenciario:

a) Variaciones no esenciales de las condiciones de la prestación de servicios ya determinada: el empleador puede efectuar cambios accesorios o secundarios de las condiciones del trabajo penitenciario ya pactado como por ejemplo modificar la modalidad de contratación pero sin cambiar el tipo de actividad a desempeñarse o implementar el uso de uniforme de trabajo.

b) Variaciones esenciales de las condiciones de la prestación de servicios ya determinada de carácter permanente: el empleador podría sobrepasar los límites razonables e impactar en los intereses de los trabajadores a fin de adecuar la prestación de servicios a sus necesidades como por ejemplo, modificar los horarios de trabajo o la jornada de tal forma que se cruce o se superponga con los días u horarios de visita que tiene el trabajador penitenciario.

c) Variaciones esenciales de las condiciones de la prestación de servicios ya determinada de carácter temporal: la única diferencia con el tipo de variación anterior es que la variación será sólo temporal; por ejemplo que se modifique el horario de trabajo o que se restrinja la actividad penitenciaria a una producción específica por campaña navideña o día de la madre.

d) Variaciones esenciales de carácter extraordinario o de emergencia fundada en circunstancias imprevistas: el empleador podrá modificar las condiciones de trabajo por hechos imprevisibles como por ejemplo reducir el horario de trabajo, modificar el lugar de trabajo reuniendo diversos talleres en uno solo o clausular el taller de trabajo por un incendio, plaga, inundación del centro penitenciario o área de trabajo.

- De la dirección y control del trabajo penitenciario: el empleador tiene la facultad de adoptar las medidas que estime oportunas para la vigilancia y control de la actividad penitenciaria laboral los cuales deben ser acorde y dentro de los límites de los derechos del privado de libertad como son el derecho a su integridad, privacidad, entre otros. Producto del ejercicio del poder de fiscalización, el

¹⁷⁷ ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores. 2008. Págs. 456 - 466.

empleador puede advertir incumplimientos de los privados de libertad a sus obligaciones laborales como por ejemplo la asistencia injustificada a los talleres de trabajo o tiendas físicas o un comportamiento contrario a las normas de convivencia establecidas por el INPE lo que en ambos casos, dará lugar a la facultad del empleador de sancionar las referidas conductas y todas aquellas que contravengan la organización del trabajo penitenciario.

Que, el empleador como parte del poder de sanción podrá expedir diversas medidas de sanción como llamadas de atención verbal, llamadas de atención escrita, suspensiones e incluso disponer el término del vínculo laboral. En todos estos casos, la aplicación del poder de sanción del empleador debe quedar por escrito en el expediente del trabajador penitenciario. Entonces, queda claro que en los talleres de trabajo y tiendas físicas quien sanciona a los privados de libertad es el INPE y las medidas de sanción adoptadas son: el informe, la suspensión o el retiro del taller de trabajo.

El informe es equivalente a una llamada de atención escrita o memorándum donde se comunica al Director y al Jefe de Trabajo del Centro Penitenciario sobre las faltas leves cometidas por el privado de libertad dentro del taller de trabajo. Esta medida de sanción no afecta su continuidad en el taller de trabajo pero si afecta los resultados de su evaluación bimensual de progresión del privado de libertad. Mientras que la suspensión se da como medida disciplinaria por las faltas graves cometidas por el privado de libertad como son la reiterada ausencia injustificada al taller de trabajo o conductas agresivas o faltas de respeto dentro de los mismos. Por último, el retiro del taller es la medida de sanción de mayor gravedad donde el privado de libertad pierde la plaza laboral en el taller de trabajo. Cabe señalar que esta medida de sanción no siempre está relacionada con la conducta del privado de libertad dentro del taller de trabajo sino con su conducta en el centro penitenciario como por ejemplo en los casos de intento de fuga del centro penitenciario o la participación del privado de libertad en trifulcas o por su agresión al personal del INPE. Sobre estos dos últimos ejemplos, podemos determinar que la conducta pasible de sanción en el ámbito penitenciario no sólo es la que se da dentro del espectro de las obligaciones laborales sino también sobre toda la conducta que tiene en el centro penitenciario el privado de libertad; no obstante, considero que es válida esta aplicación extensiva sobre la conducta del privado de libertad en el centro penitenciario ya que, por ser el taller de trabajo un beneficio para los privados de libertad y un espacio de resocialización; debe de pedirse el

fiel cumplimiento de las normas de convivencia que establece el INPE, tanto dentro como fuera del taller de trabajo, lo que sería similar al Código de Conducta que tienen algunas empresas en el mundo libre.

Cabe señalar, que la principal conducta por la cual se retira a los privados de libertad de los talleres de trabajo es por el impago de la retención al INPE. Al respecto, siendo el retiro la figura símil al despido, considero que esta conducta no debe ser considerada como causal de despido y se configura como una vulneración a la estabilidad laboral de los privados de libertad debiendo ser eliminada del actual tratamiento penitenciario ya que, es irrazonable, desproporcional e injusto privar del trabajo no por la conducta en el desempeño de sus funciones sino por no alcanzar el costo del pago mínimo al INPE como derecho por pertenecer al taller (retención) más aun cuando los ingresos de estas personas dependen enteramente de la producción efectivamente vendida.

La condición especial del trabajador de encontrarse privado de libertad no restringe el poder de dirección al empleador sobre el trabajo penitenciario el cual es equivalente a la de un empleador de la actividad privada en el mundo libre y bajo los límites expuestos anteriormente.

3.3.2.3 DEBERES DEL TRABAJADOR

El trabajador tiene la obligación de prestar sus servicios de buena fe, con diligencia y disciplina; atendiendo de forma responsable las órdenes del empleador sobre el desempeño de sus funciones laborales.

Por otro lado, el trabajador mientras efectúa actividad penitenciaria laboral debe de guardar un fiel cumplimiento a las órdenes generales de convivencia en el centro penitenciario y a su vez, observar las reglas de su tratamiento penitenciario para la obtención de su reinserción laboral y resocialización.

Asimismo, el trabajador tiene el deber de observar con las medidas de prevención de riesgos laborales en los talleres de trabajo y tiendas físico siendo su obligación la práctica de la cultura de seguridad y salud ocupacional desarrollada por el empleador.

3.3.3 DERECHOS LOS TRABAJADORES PENITENCIARIOS

En el Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario, debido a la naturaleza especial del trabajo penitenciario se reconoce a los trabajadores privados de libertad algunos de los derechos laborales que gozan los trabajadores del régimen laboral común. Así tenemos:

3.3.3.1 REMUNERACION

A pesar que la actividad penitenciaria laboral no genere al INPE la utilidad que espera una empresa en el mundo libre, de todos modos se requiere una protección legal a la contraprestación por el trabajo de las personas privadas de libertad para evitar posibles abusos¹⁷⁸. Por tanto, se debe procurar una remuneración a los privados de libertad debiendo ser su otorgamiento bajo parámetros distintos al del mundo libre por la situación especial de esta actividad y según el tipo de modalidad de contratación del trabajador penitenciario, existen dos tipos de remuneración en este Régimen.

Si el trabajador penitenciario tiene un contrato por modalidad de cesión, la empresa usuaria debe de pagar al INPE como mínimo una remuneración mínima vital por cada trabajador que le preste servicios ya que, el trabajo del privado de libertad no debe de ser aprovechado por las empresas privadas para abaratar costos de mano de obra. En ese sentido, bajo esta modalidad de contratación el trabajador penitenciario percibirá una remuneración equivalente al ingreso mínimo legal sin perjuicio de los descuentos del régimen penitenciario a los que está sujeto el privado de libertad.

En cambio, si el trabajador penitenciario mantiene un contrato de trabajo por la modalidad de contratación directa (que es relación laboral común en los centros penitenciarios); la remuneración mínima del trabajador penitenciario no podrá ser inferior al costo promedio mensual de la canasta básica alimentaria vigente a la oportunidad de pago. Actualmente, el INEI ha estipulado que los peruanos tienen un consumo mínimo de alimentación ascendente a S/ 169.00 al mes¹⁷⁹.

En ese sentido, de acuerdo al estudio de medición de la pobreza efectuado por el INEI un peruano puede subsistir con el monto establecido en la canasta básica alimentaria, estudio que es efectuado anualmente en atención al costo promedio de los alimentos y que define el indicador de bienestar de una persona según el gasto per cápita mensual. Cabe señalar que este es el costo promedio mensual que limita el gasto per

¹⁷⁸ OIT. El trabajo dentro de las cárceles. Pág. 84.

¹⁷⁹ INEI. Evolución de la pobreza monetaria en el Perú, 2015 disponible en https://www.inei.gob.pe/media/cifras_de_pobreza/exposicion_inei_pobreza2015.pdf visto el 20.09.2016.

cápita entre un pobre extremo y un pobre no extremo en el país pero que al fin y al cabo cubre el bienestar de la alimentación de una persona.

Bajo esta modalidad, y como viene dándose en la actualidad, debe de mantenerse el esquema remunerativo de un haber 100% variable donde se otorga al trabajador penitenciario el 90% de las ventas efectivas de la producción del taller de trabajo y en los casos que las ventas no lleguen a cubrir la remuneración mínima del trabajador penitenciario, el INPE debe de subvencionar el pago al trabajador penitenciario.

Particularmente, esta regulación impulsará al INPE a promover de una forma más diligente y empresarial los productos y servicios que brinda el trabajo penitenciario; pues con la obligación de otorgar una remuneración mínima, el INPE mejorará los canales de comercialización y acortará la periodicidad de campañas y ferias en las que participa dando así una mayor rotación y penetración en el mercado a los productos y servicios de los centros penitenciarios.

3.3.3.2 DESCANSO VACACIONAL

Actualmente, ningún privado de libertad que realiza actividad penitenciaria laboral goza de este derecho no obstante, efectúan actividad penitenciaria laboral todo el año e incluso se ha podido conocer el testimonio de privados de libertad que realizan actividad penitenciaria laboral por más de 17 años.

Sin embargo, con la creación del Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario, se reconoce a los privados de libertad que realicen actividad penitenciaria laboral el derecho al descanso vacacional de la siguiente manera: por cada año trabajado en el taller o tienda física del INPE se debe otorgar el descanso físico de 30 días calendario siendo los periodos de descanso vacacional decididos entre las partes de común acuerdo o unilateralmente por el empleador según sus necesidades o como resultado de la valoración de la progresión/resocialización del trabajador. Que, el descanso vacacional mínimo es de siete días continuos y corresponde el pago de una indemnización al trabajador en los supuestos que no halla gozado de descanso vacacional hasta dos años después de adquirido el derecho.

Respecto al pago, este no va ser uno adelantado sino que va a darse en la oportunidad del pago de la remuneración y se efectuará en función a la venta efectiva de la producción del trabajador durante el mes en que se gozó del descanso físico siendo en los supuestos que no alcance la remuneración mínima; el empleador subvencionará. Por ejemplo: si el privado de libertad se encuentra en los talleres de manualidades varias, cerámica, zapatería, etc y tiene producción elaborada y en stock,

su remuneración será calculada en base a sus productos efectivamente vendidos durante su descanso vacacional ya sea por el INPE o sus compañeros del taller a la población penitenciaria o visitas.

Asimismo, durante el descanso vacacional el privado de libertad deberá ser exonerado de pagar la retención del 10% al INPE ya que no existe fundamento para el cobro de estos gastos institucionales como son luz, agua, etc pues el trabajador no hizo uso de los mismos por no encontrarse durante este periodo en el taller de trabajo.

Si el caso fuera de privados de libertad que efectúan labores en los talleres de pastelería o tiendas físicas como la lavandería y panadería; el empleador otorgará un pago proporcional a los ingresos mensuales obtenidos en el taller ya que en estos talleres interviene más de un trabajador para la obtención del bien o servicio final.

3.3.3.3 TIEMPO DEL TRABAJO PENITENCIARIO

Los trabajadores penitenciarios no podrán efectuar una jornada mayor a ocho horas al día o mayor a 48 horas a la semana.

Asimismo, los trabajadores gozan del derecho al descanso obligatorio semanal el cual deberá otorgarse en al menos uno de los días de visita que hay en el centro penitenciario que se encuentra recluso. También son días de descanso obligatorio los feriados.

Dentro del horario de trabajo, los trabajadores tienen el derecho de gozar de un refrigerio no inferior de 45 minutos.

Sobre el particular corresponde acotar que actualmente los privados de libertad efectúan labores en los talleres o tiendas físicas del INPE, cinco o seis días a la semana dependiendo de la actividad penitenciaria en que se ocupen y en promedio entre 06 y 08 horas diarias (ANEXO 1-B). No obstante, producto del trabajo de campo, advierto que los privados de libertad que se encuentran en los talleres de trabajo no gozan de una toma de refrigerio adecuado pues efectúan habitualmente la ingesta de alimentos en los talleres de trabajo mientras siguen efectuando actividades laborales en los mismos. Entonces, si bien los privados de libertad no efectúan actividades en los talleres por encima del número máximo de horas de trabajo y gozan del descanso semanal estipulado en la normativa nacional; no hay un respeto fiel de las disposiciones respecto al derecho al refrigerio en los casos de trabajo en horario corrido acorde a lo estipulado en el Texto Único Ordenado De La Ley De Jornada De Trabajo, Horario Y Trabajo En Sobretiempo - Decreto SUPREMO N° 007-2002-TR

3.3.4 DEBERES ADICIONALES DEL EMPLEADOR

Como en el mundo libre, además del deber de retribuir la fuerza del trabajador penitenciario, el empleador del trabajo penitenciario tiene el deber de protección de la persona del trabajador y su profesionalidad.

Que, en el Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario corresponde que se señale expresamente dos deberes del empleador, el de la seguridad y salud ocupacionales en los talleres de trabajo y tiendas física y el de la ocupación efectiva de los trabajadores.

3.3.4.1 DEBER DE SEGURIDAD Y SALUD OCUPACIONAL EN LOS TALLERES DE TRABAJO

El trabajador no sólo pone a disposición de un tercero su actividad sino su propia persona y por tanto, el empleador tiene el deber de procurar a sus trabajadores condiciones seguras para trabajar y no deteriorar la salud de sus trabajadores.

La seguridad y salud ocupacional es una deber del empleador que deriva de la protección del Artículo 7° de la Constitución¹⁸⁰ por la cual se obliga a los empleadores a brindar condiciones de seguridad e higiene a cualquier persona dentro de sus instalaciones. Asimismo, respecto al tema de investigación en particular, la normativa internacional también ha señalado las condiciones de seguridad y salud ocupacional que debe brindarse a la actividad penitenciaria laboral siendo que la OIT¹⁸¹ ha señalado: *“el trabajo penitenciario debe desempeñarse respetando las condiciones de seguridad e higiene, corresponde la indemnización en caso de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, deben establecerse jornadas máximas de trabajo, respetando el descanso semanal, procurando así el bienestar físico y psíquico del privado de libertad”*.

El deber del empleador se sujeta a la normativa específica sobre seguridad y salud ocupacional que se aplica a los empleadores del mundo libre; el empleador tiene la obligación de velar por garantizar la seguridad y salud a sus trabajadores en el

¹⁸⁰ Artículo 7°: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

¹⁸¹ OIT. Alto al trabajo forzoso. Informe del Director General, informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo disponible en www.ilo.org/declaracion. Visto el 30.06.2016.

desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor¹⁸² donde el cumplimiento de este deber se encuentra supeditado a los principios en materia de seguridad y salud ocupacional estipulados en el Título Preliminar del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo - Decreto Supremo N° 009-2005-TR.

En ese sentido, el empleador debe cumplir con el Principio de Protección¹⁸³ y de Prevención¹⁸⁴ estando obligado a mitigar los riesgos a los que pudiera ser expuesta una persona en su calidad de trabajador ya sea dentro del centro de trabajo o fuera de este pero siempre que sea en el espacio y tiempo que el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador o un tercero (casos de cesión de mano de obra).

Cabe señalar que en la actualidad, he podido verificar mediante las visitas a los centros penitenciarios, no existe esta protección en los talleres de trabajo y tiendas físicas los cuales no tienen señalización alguna sobre salvamento o socorro, señales de advertencia, de prohibición, de equipos de lucha contra incendios como tampoco tienen los equipos necesarios para mitigar un riesgo como extintores por ejemplo.

El empleador tiene la obligación de brindar una adecuada capacitación e información oportuna y suficiente sobre los peligros y riesgos de su actividad laboral a los trabajadores acorde al Principio de Información y Capacitación¹⁸⁵ de la política nacional de seguridad y salud ocupacional.

Con el Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario se modificará la situación actual de información y capacitación en materia de seguridad y salud ocupacional ya que, como resultado de las encuestas y entrevistas realizadas se verificó que el 100% de la población penitenciaria entrevistada nunca recibió capacitaciones sobre la adecuada acción preventiva en las labores que desarrollan o respecto a su actuación en casos de siniestros (terremoto, incendio, etc.). Asimismo, no existe un adecuado sistema de gestión de la seguridad y salud ocupacional en los centros penitenciarios,

¹⁸² ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores. 2008. Págs. 403 - 404.

¹⁸³ *“Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores promuevan condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y social. Dichas condiciones deberán propender a:*

a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable.

b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales del trabajador”.

¹⁸⁴ *“El empleador garantizará, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que no teniendo vínculo laboral prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores”.*

¹⁸⁵ *“Los trabajadores recibirán del empleador una oportuna y adecuada información y capacitación preventiva en la tarea a desarrollar, con énfasis en lo potencialmente riesgoso para la vida y salud de los trabajadores y su familia”.*

en todos los casos de incidentes o accidentes laborales el procedimiento es comunicar al técnico del INPE a cargo del taller, quien procede a llevar al tópicó del centro penitenciario al privado de libertad y sólo en casos de emergencia reciben asistencia médica fueran del centro penitenciario.

Por otro lado, los trabajadores del Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario tienen el derecho de constituir un Comité de seguridad y salud como todas las facultades que les confiere la normativa nacional para que efectúen su labor de vigilancia.

Asimismo, en los casos que el empleador incumpla u omite su deber de seguridad y salud de sus trabajadores, poniendo en riesgo la salud o la vida de los trabajadores penitenciarios; estos últimos tienen el derecho de exigir el cese de la hostilidad y exigir una protección eficaz primero ante la autoridad administrativa del trabajo y luego, de agotada la vía administrativa, podrá tomar acciones judiciales.

Por lo antes expuesto, el trabajo penitenciario no es ajeno a la protección que se brinda en el mundo libre a los trabajadores siendo la seguridad y salud ocupacional una condición básica para la protección social y el desarrollo de las relaciones de trabajo decentes siendo deber del empleador no poner en peligro la integridad del trabajador penitenciario sino procurar condiciones seguras.

3.3.4.2 DEBER DE OCUPACIÓN EFECTIVA

El empleador tiene el deber de proteger la libertad de trabajo y profesionalidad del trabajador ocupándolo en la actividad económica por la que contrataron y procurándole durante la vigencia del vínculo laboral al trabajador un puesto de trabajo en los talleres o tiendas físicas.

Si se diera el caso que el trabajador es trasladado a otro centro penitenciario, el empleador debe de observar su prioridad para acceder a un puesto de trabajo vacante en los talleres o tiendas físicas del nuevo centro penitenciario. Que, esta prioridad se dará siempre que el trabajador haya tenido más de tres meses continuos en la actividad penitenciaria laboral con un desempeño positivo y sin medidas disciplinarias.

3.3.5 FORMAS DE SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL VÍNCULO LABORAL

La prestación de servicios en el Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario, a diferencia del régimen laboral general, puede paralizarse o terminarse sólo en los siguientes supuestos:

- La suspensión de la relación laboral puede darse por mutuo acuerdo de las partes, por la incapacidad temporal del trabajador por razones de salud, por la maternidad o riesgo durante la gestación de la trabajadora penitenciaria, por las acciones referentes a un procedimiento judicial en que se encuentre involucrado el trabajador como por ejemplo su asistencia a un juicio o examen psicológico, por el cumplimiento de sanciones disciplinarias, por aislamiento o razones de seguridad dentro del centro penitenciario.

En todos estos casos, el trabajador penitenciario se encuentra exonerado de sus obligaciones laborales y por otro parte, el empleador no tiene la obligación de remunerar. Asimismo, el empleador tiene la facultad de suplir el lugar del trabajador con otro privado de libertad sólo mientras dure la suspensión del vínculo laboral.

- La extinción del vínculo laboral entre el empleador y el privado de libertad se dará en los siguientes supuestos: el traslado del privado de libertad a otro centro penitenciario, la terminación del convenio de cesión de mano de obra con un tercero, los casos de incapacidad o invalidez permanente sobrevenida al trabajador penitenciario, por muerte, por medida disciplinaria, por excarcelación del trabajador penitenciario, por razones de tratamiento penitenciario como por ejemplo que el trabajador penitenciario no responda a la progresión esperada durante su desempeño en el taller de trabajo, por acuerdo de las partes o por renuncia del trabajador penitenciario.

Que, en los casos de traslado del privado de libertad a otro centro penitenciario, con la finalidad de no perjudicar su progresión obtenida mediante el trabajo penitenciario y procurar la continuidad del vínculo laboral, el empleador colocará preferencialmente al privado de libertad trasladado en la lista de inscripciones para el ingreso a un taller de trabajo o en caso de existir un cupo en los talleres de trabajo del nuevo centro penitenciario; deberá de procurársele y facilitarle al privado de libertad su ingreso al taller.

Por otro lado, en los casos que la extinción del vínculo laboral se dé como resultado de una medida disciplinaria, la decisión del empleador debe de estar fundada en una causa objetiva, razonable y proporcional debiendo seguir el procedimiento de despido que señala el régimen laboral general. Que, en atención a la situación especial de privación de libertad en que se encuentra el trabajador, es factible que la defensa del privado de libertad tanto sus descargos como la posible impugnación de su despido pueda ser llevada por terceras personas. En ese sentido, el privado de libertad a través de una cesión de facultades otorga poder a un tercero para que pueda realizar de forma oportuna y adecuada su defensa contra un despido arbitrario, nulo o fraudulento.

Cuando se determine un despido ilegal como medida de reparación al derecho del trabajo afectado; el Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario otorga únicamente al privado de libertad la posibilidad de su reposición en la actividad penitenciaria laboral que realizaba. Que, no se otorga la indemnización en los casos de trabajo penitenciario debido a que el empleador es una entidad pública que depende de un presupuesto anual en el cual no se encuentran presupuestados estos gastos pues el empleador no tiene planeado despedir a sus trabajadores pues se encuentra en un vínculo de buena fe que busca la continuidad en el paso del tiempo así mismo, el fundamento del trabajo penitenciario es la resocialización y progresión del privado de libertad por encima de la manutención y obtención de riqueza del trabajador penitenciario siendo la medida adecuada ante un despido ilegal en los centros penitenciarios; la continuidad de su reinserción a través de su reincorporación en los talleres de trabajo.

En los casos de hostigamiento laboral, el trabajador penitenciario podrá darse por despedido correspondiendo que el empleador procure su reubicación en otro taller de trabajo dentro del mismo centro penitenciario o de ser factible; se podrá dar el traslado del privado de libertad a otro centro penitenciario para que ahí pueda continuar con su actividad penitenciaria laboral en otro taller.

Respecto a la extinción del vínculo laboral, si bien el privado de libertad tiene la posibilidad de impugnar el despido, es importante que el empleador tome conciencia sobre las consecuencias de su decisión pues por la condición del trabajador penitenciario, su despido lo coloca en una situación de mayor vulnerabilidad al no

existir otros empleadores en su entorno lo que termina por recrudecer la precariedad en que vive el privado de libertad y, además del aspecto económico, el despido afecta la pena del privado de libertad debido a que estos casos son calificados por la entidad penitenciaria y el poder judicial como una regresión del privado de libertad y se niega la continuidad de la reducción de su pena.

Por último, a diferencia del tratamiento actual que se dan en los talleres de trabajo, en el Régimen Laboral Especial del Trabajo Penitenciario no es una obligación de trabajo susceptible de sanción la incapacidad del privado de libertad de pago al INPE de las cuotas por participación en los talleres o de manutención del centro penitenciario ya que, en los casos que el trabajador penitenciario no cuente con la capacidad de pago – solvencia económica - no es una conducta dentro o fuera del taller de trabajo o tienda física del trabajador sino un hecho (el pago) que se dará siempre y cuando la conducta del empleador sea adecuada es decir, como la remuneración del trabajador penitenciario es una 100% variable depende enteramente de las ventas que promoció el empleador siendo la solvencia económica de los privados de libertad, a excepción de los que trabajan por modalidad de cesión de mano de obra, dependiente de forma directa y única de los resultados de la comercialización que efectúa el INPE. En ese sentido, la capacidad de pago al INPE depende de una conducta del empleador – adecuada comercialización.

3.3.6 DERECHO COLECTIVO

En el Perú, todas las personas que sean trabajadores tienen reconocidos en el Artículo 28^{o186} de la Constitución los derechos a la libertad sindical como son: derecho de sindicación, de negociación colectiva y de huelga. En ese sentido, no existe una restricción legal expresa para el goce efectivo de los derechos a la libertad sindical por ser trabajadores que se encuentren privados de libertad.

Sin embargo, debido a la condición especial y particularidades que concurren en el trabajo penitenciario como es la privación de libertad del trabajador, la existencia de un único empleador en la actividad penitenciaria laboral y la prioridad de la consecución

¹⁸⁶ Artículo 28°: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”

de los fines propios de la institución penitenciaria sobre los fines empresariales del empleador; hacen que el reconocimiento y goce de los derechos colectivos del trabajador penitenciario también se encuentren sujetos a una regulación especial.

El trabajador tiene derecho a crear y organizar sindicatos para defender sus intereses, en ese sentido no existen restricciones al derecho de sindicación siendo análogo al goce de este derecho por los trabajadores del mundo libre. Cabe señalar que por la privación de libertad, sería común que la sindicación sólo se daría entre los privados de un centro penitenciario ya que no podrían participar en las asambleas ordinarias o extraordinarias que llevara una organización sindical en un centro penitenciario o lugar distinto al que cumplen su pena. En ese sentido, mayormente las personas privadas de libertad formarían organizaciones sindicales de trabajadores por centro penitenciario o por taller de trabajo.

Asimismo, el trabajador tiene derecho a la negociación y huelga bajo la misma forma que los trabajadores de la actividad privada en el mundo libre con la diferencia, que por la condición de privación de libertad del trabajador, todas las etapas de la negociación colectiva se llevarían a cabo en el centro penitenciario como son el trato directo, la conciliación, huelga o arbitraje y; en todos los casos en que se requiera la actuación de la autoridad administrativa competente (hoy en día el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) esta deberá acudir al centro penitenciario a fin de coadyuvar al no entorpecimiento de los derechos colectivos de los trabajadores penitenciarios. Asimismo, la huelga de sindicatos formados por trabajadores penitenciarios significa la no asistencia del privado de libertad a los talleres de trabajo y tiendas físicas y que, su ejecución no se vea obstaculizada por el poder de dirección del empleador a través de amenazas o incremento de la pena por ejemplo.

Asimismo, no debería pensarse como inviable la negociación colectiva con los trabajadores penitenciarios por ser su empleador del sector público toda vez que la negociación sobre la mejora de condiciones de trabajo incluyendo la remuneración de los trabajadores privados de libertad no se encuentra circunscrita al presupuesto público, principal fundamento del estado para continuar negando la negociación colectiva en este extremo (el económico) y respecto del cual el Tribunal Constitucional ya ha dado su postura. Que, en el Régimen Especial propuesto y acorde a la forma en que perciben actualmente su remuneración los trabajadores penitenciarios, estos son ingresos extraordinarios del INPE no presupuestados y respecto de los cuales se podría negociar la factibilidad de su mejora.

Que, la vigencia del derecho fundamental a la libertad sindical en la actividad penitenciaria laboral, además de ser un derecho inherente a las personas que tienen la calidad de trabajadores, encuentra un fundamento adicional en los fines del tratamiento penitenciario en el Perú; donde es la libertad sindical el medio ideal para que el trabajador penitenciario se pueda reinsertar a la sociedad y se erradique la reincidencia criminal del privado de libertad a través de su conocimiento y experiencia sobre la defensa de sus intereses laborales por medio de la actividad sindical

Por tanto, el derecho a la libertad sindical acerca su integración laboral a la realidad en el exterior por reconocer un vínculo laboral similar tanto en el aspecto individual como colectivo al del mundo libre que significa que estos trabajadores adquieren una mejor formación y desenvolvimiento tras su liberación al tener conocimiento sobre los conflictos entre empleadores y trabajadores y los mecanismos para la obtención de los intereses de los trabajadores.

3.4 CONCLUSIONES

La actividad penitenciaria laboral nació como un medio por el cual el tratamiento penitenciario en el Perú busca conseguir que los delincuentes adquieran hábitos y responsabilidades a partir del trabajo humano. Sin embargo, a medida que se fue desarrollando fue adquiriendo nuevas características y formas que la volvieron, hoy en día, una actividad humana que reúne las características del trabajo protegido por el derecho peruano.

Lamentablemente, no ha habido una evolución en el tratamiento normativo de esta actividad lo que ha dado paso a la existencia de una laguna legal respecto de la actividad penitenciaria laboral en el Perú. Que, el trabajo penitenciario a pesar de reunir las condiciones que importan como trabajo al Derecho; hoy en día no se encuentra comprendido en la tutela que brinda el Derecho del Trabajo en el Perú. No obstante, es entendible que se haya dado esta laguna jurídica en el Derecho del Trabajo en el Perú debido a la aplicación e interpretación continuada que se ha hecho en la normativa nacional respecto a los alcances del Artículo 2° del Convenio OIT 29°.

La herramienta para desaparecer esta laguna jurídica es mediante la equiparación con la creación de un Régimen Laboral Especial que reconozca los derechos laborales al trabajo penitenciario y delimite los alcances de su reconocimiento y protección siendo el fundamento de su regulación especial radica en la condición de privación de libertad del trabajador y la conjugación de los fines propios del trabajo con los del régimen penitenciario.

CONCLUSIONES:

Junto con la creación de la pena privativa de libertad apareció la imposición del trabajo al penado como forma de castigo por los delitos cometidos no siendo una actividad humana considerada dentro de las actividades reconocidas por el Derecho como trabajo.

Posteriormente, en todo el mundo se suprimió este tipo de trabajos ad honorem para el estado como su imposición al privado de libertad pasando a ser obligatorias sólo las actividades de manutención del centro penitenciario y el trabajo social que pudiera ser impuesto por un juez como parte de la pena a cumplir. Ante esta nueva coyuntura, el Derecho Internacional intervino, señalando que estos dos tipos de actividades ejecutadas por los privados de libertad no han de ser consideradas como trabajo y menos como uno forzoso acorde a lo estipulado por el Convenio OIT N°29.

De la mano de este nuevo reconocimiento normativo en los centros penitenciarios, la resocialización del privado de libertad pasó a ser el objetivo principal de los estados en su tratamiento penitenciario añadiéndose dos nuevas actividades para la obtención de este objetivo: los talleres de trabajo y de educación del privado de libertad. El Perú no fue ajeno a esta evolución de la filosofía penitenciaria e insertó en su tratamiento penitenciario las actividades de educación y trabajo dando como reconocimiento por su ejecución; el beneficio penitenciario de redención de la pena.

No obstante, se ha demostrado que con el pasar del tiempo, ha evolucionado la actividad que realiza la población penitenciaria llegando a adquirir la forma y características propias del trabajo protegido por la Constitución Política en el Perú. Desde sus inicios, los privados de libertad trabajan en los talleres bajo la subordinación del INPE pero ahora, esta actividad es una productiva que genera ventaja patrimonial al INPE y a los privados de libertad; habiendo adquirido el valor de actividad útil y productiva como lo son las demás actividades económicas que realizan las empresas en el mundo libre. Asimismo, el poder de subordinación también ha cambiado con el tiempo siendo hoy en día un acto voluntario a partir del cual se da inicio al vínculo que se desarrollará en los talleres de trabajo y a diferencia del pasado, el INPE hoy en día decide unilateralmente porqué prescinde de esta fuerza de trabajo (casos de retiro del taller) sin que ello signifique una alteración en la manutención del centro penitenciario.

En la actualidad la actividad penitenciaria laboral es regulada bajo la inicial valoración del trabajo en los centros penitenciarios siendo que; nuestro sistema penitenciario no

ha evolucionado a la realidad de la actividad penitenciaria en el Perú y se continúa enfocando y protegiendo el trabajo penitenciario únicamente como medio para la reinserción social y no como un derecho social y fuente de protección de la dignidad humana. En ese sentido, a pesar que la actividad penitenciaria laboral ha adquirido las características y elementos esenciales y típicos (no esenciales) de la relación laboral y; que nuestra Constitución no la excluye del derecho laboral, actualmente es un trabajo excluido del ámbito del derecho.

Que, de la mano de esta evolución fáctica de la actividad penitenciaria laboral se tiene la evolución normativa de la OIT y la ONU que ha repercutido y ayudado a que otros estados, como España, Argentina y Uruguay, modifiquen su sistema normativo a uno donde el trabajo en los centros penitenciarios sea reconocido como una actividad de naturaleza laboral y como tal se le extiendan derechos a los privados de libertad.

Una herramienta adecuada para determinar si en el Perú corresponde o no otorgar este reconocimiento y por ende protección legal a los privados de libertad que efectúan trabajo penitenciario es utilizando el Test de Proporcionalidad también llamado Test de Razonabilidad o Ponderación.

Al aplicar esta metodología, corresponde afirmar que el tratamiento penitenciario de la actividad penitenciaria laboral no supera ninguno de las seis etapas del test de proporcionalidad siendo inconstitucional el otorgamiento restringido de los derechos laborales a los trabajadores privados de libertad. En ese sentido, si fuera el Tribunal Constitucional el que hubiese aplicado este Test correspondería que declare la inconstitucionalidad del tratamiento del trabajo penitenciario.

Lamentablemente, esta inconstitucionalidad se fundamenta en la laguna legal que existe respecto al tratamiento normativo del trabajo penitenciario. Es entendible que se haya dado esta laguna jurídica en el Derecho del Trabajo en el Perú debido a la aplicación e interpretación continuada que se ha hecho en la normativa nacional respecto a los alcances del Artículo 2° del Convenio OIT 29° por medio de la cual se ha seguido brindado un tratamiento como trabajo no forzoso y permitido de la mano; con la visión de que los beneficios penitenciarios son la contraprestación que satisface esta actividad humana. En ese sentido, la no evolución en el tratamiento normativo y la evolución que se ha dado en los hechos ha dado paso a la existencia de una laguna respecto al tratamiento legal de la actividad penitenciaria laboral en el Perú.

Por tanto, habiendo demostrado que existe una desprotección legal en este sector creciente de la población peruana donde la actividad penitenciaria que se efectúa en

los talleres de trabajo no poseen la cobertura propia del Derecho del Trabajo siendo un trabajo oculto evadido por la protección de la legislación laboral, corresponde remediar dicha vulneración mediante la extensión del goce de los derechos laborales a este grupo social – los privados de libertad- mediante la equiparación de condiciones a los trabajadores del mundo libre. La herramienta para efectuar esta equiparación es a través de la creación de un Régimen Laboral Especial que reconozca los derechos laborales al trabajo penitenciario y delimite los alcances de su reconocimiento y protección siendo que el fundamento de su regulación especial radica en la condición de privación de libertad del trabajador y la conjugación de los fines propios del trabajo con los del régimen penitenciario.

El trabajo en los talleres de los centros penitenciarios no debe valorarse como algo especial, separado o ajeno del resto de la población peruana, sino como una de las modalidades o variantes del trabajo general y para ello se requiere que sea una actividad plenamente integrada y reconocida en el sistema normativo peruano.



ANEXO 1-A:

Modelo de solicitud de inscripción al área de trabajo del INPE



INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO

2. El Responsable de Trabajo y Comercialización del establecimiento penitenciario o quien haga sus veces, realizará durante los primeros cinco días hábiles del mes, el depósito de las retenciones legales del 10% T.P. a la cuenta corriente de RDR Trabajo Penitenciario del Banco de la Nación, de la Oficina Regional respectiva. Por ningún motivo deberá depositarse las captaciones fuera de la fecha indicada.
3. El responsable de trabajo y comercialización, una vez recibido el dinero de parte del encargado de control laboral solo tendrá un plazo máximo de 24 horas para realizar los depósitos, conforme a lo dispuesto en la norma de tesorería del Ministerio de Economía y Finanzas y bajo responsabilidad funcional²⁴, no debiendo excederse del quinto día hábil de iniciado el mes para realizar el último depósito.

H. DURACIÓN

La cobranza y depósito de las retenciones legales del 10% por trabajo penitenciario se realizará diariamente y durante los primeros cinco días hábiles de cada mes.

I. FORMATO



MODELO DE RECIBO DE RETENCIONES LEGALES 10% TRABAJO PENITENCIARIO

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO
GRUPO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO
ÁREA DE TRABAJO Y COMERCIALIZACIÓN

Recibo N°

Establecimiento Penitenciario de:

Recibi del interno:

La cantidad de S/..... por concepto de retenciones legales del 10% de su remuneración mensual - Trabajo Penitenciario, devengado en la actividad laboral de..... correspondiente al mes de.....

por () días efectivos laborados. S J (P) (S)

Fecha: (d/m/año)...../...../.....

Encargado de Control Laboral
(Firma y por firma)

Distrito de:

Código:

Código:

10.5 cm.

²⁴ Artículo 4.1° de la Directiva de Tesorería N° 001-2007-EF/77.15 aprobada por R.D. N° 002-2007-EF/77.15

ANEXO 1-C:

Modelo de recibo de retenciones legales del trabajo penitenciario del INPE



INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO

I. FORMATO

Solicitud de inscripción al área de trabajo/reinscripción al área de trabajo.

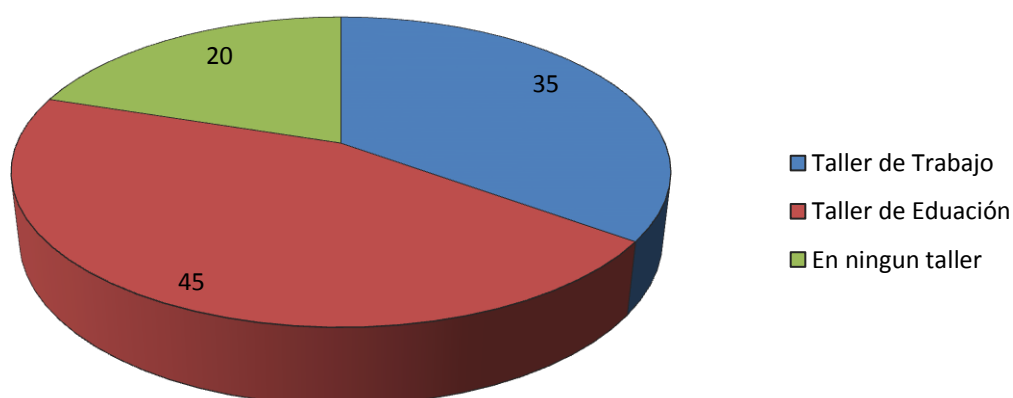
<i>Solicito : Inscripción al Área de Trabajo</i> <i>Reinscripción al Área de Trabajo</i>		<input type="checkbox"/>
Señor Director del Establecimiento Penitenciario _____		
Yo, _____ Interno del Pabellón _____		
Edad _____ F. de nacimiento _____ Nacionalidad _____ F. I. al E		
Delito _____ S.J. (P) (S).		
<p>Me presento ante usted para solicitar tenga a bien disponer las acciones correspondientes para la inscripción o reinscripción en la actividad laboral de _____, comprometiéndome a cumplir con las disposiciones emanadas por el área de trabajo tales como reglas de comportamiento, horarios de trabajo, aportaciones mensuales, participación en actividades y otras organizadas por el área de trabajo. En caso de incumplimiento de mis aportaciones durante dos (02) meses consecutivos o cuatro (04) alternados en el lapso de un año; tres (03) faltas consecutivas o seis (06) no consecutivas en el lapso de un mes, autorizo a que se me retire de las planillas de control laboral diario. <u>Declaro además, tener conocimiento de la actividad laboral a la que postulo y No estar registrado actualmente en la Institución Educativa de este E.P.</u></p>		
POR LO TANTO:		
Señor Director, ruego a usted se sirva atender mi solicitud al considerarla procedente de justicia.		
Ciudad, _____ de _____ del 20 _____		
Firma del Solicitante Post firma		_____ HD
NOTA: 1.- La presente solicitud tiene carácter de declaración jurada.		Para uso interno del Área de Trabajo a) Actividad Productiva b) Actividad Soporte: c) Fecha de ingreso al AT y C.
NOTA: 2.- El rubro del interno del libro de planillas solo sera en casos de actividades desvirtuadas en talleres y de aquellas establecidas en el numeral 5 de las Instrucciones del procedimiento N° 43 del MAPRO de Trabajo Penitenciario.		
		dd / mm / aaaa



ANEXO 1-D:

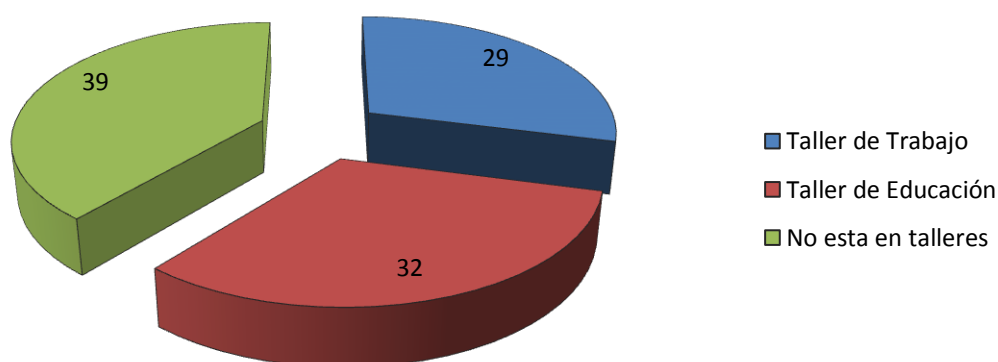
RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS A LOS PRIVADOS DE LIBERTAD DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS DE MUJERES DE CHORRILLOS Y DE MAXIMA SEGURIDAD ANEXO DE CHORRILLOS

Centro penitenciario de Mujeres de Chorrillos (Ex Santa Mónica)



La población penitenciaria en el Centro Penitenciario de Mujeres de Chorrillos (de mínima seguridad) es de 708 privadas de libertad. El 35% (248 privadas de libertad) efectúa labores en los talleres de trabajo y tiendas físicas (lavandería y panadería) del INPE y, el 45% (319 privadas de libertad) está inscrito en los talleres de educación.

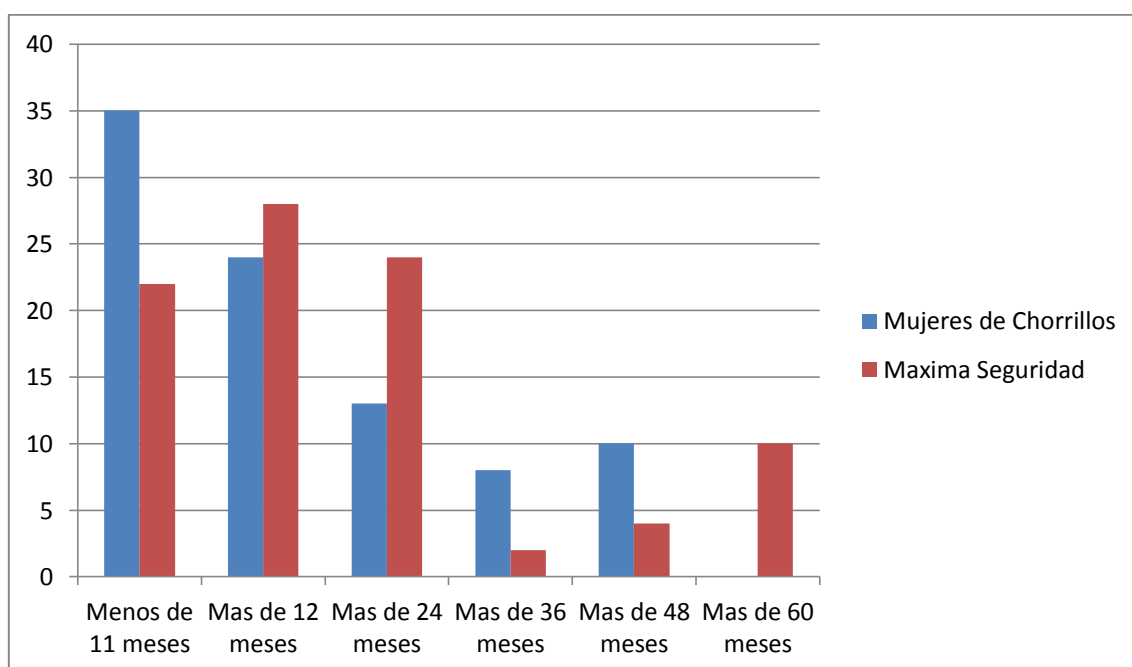
Centro Penitenciario de Maxima Seguridad Anexo de Chorrillos



La población penitenciaria en el centro penitenciario de Máxima Seguridad Anexo de Chorrillos es de 316 privadas de libertad. El 29% (90 privadas de libertad) efectúan labores en los talleres de trabajo; mientras que el 32% (101 privadas de libertad) ocupan su tiempo en los talleres de educación.

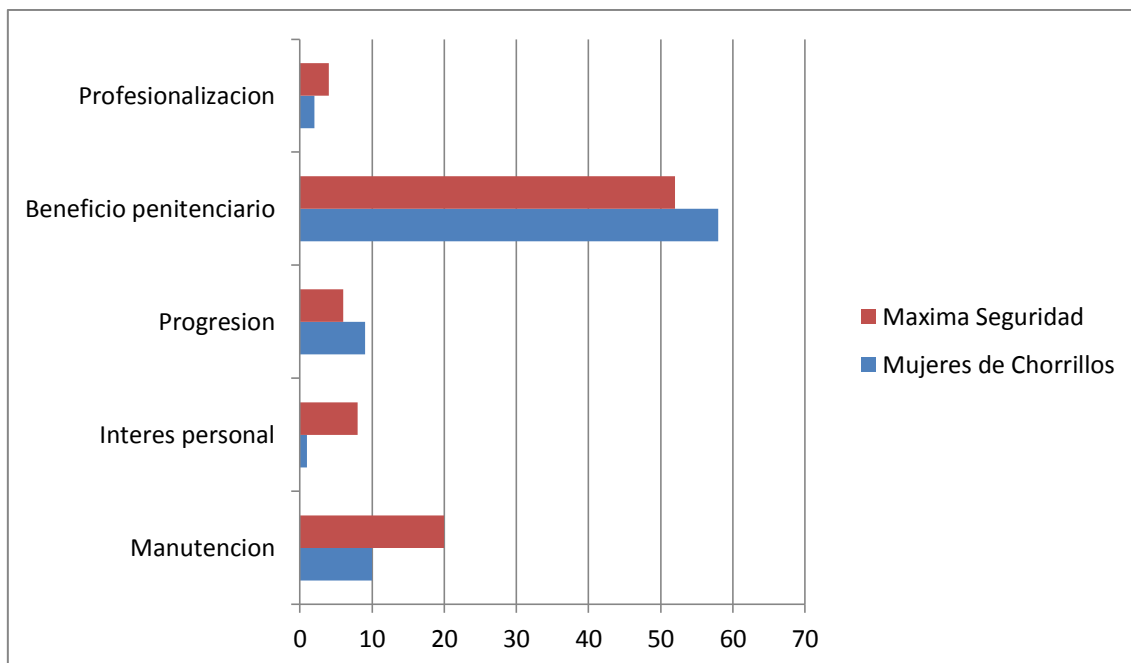
Que la población entrevistada en los dos centros penitenciarios han sido 170 privadas de libertad siendo los resultados de las mismas el siguiente:

1. El tiempo (en meses) que vienen efectuando actividades continuas en los talleres de trabajo del INPE es:

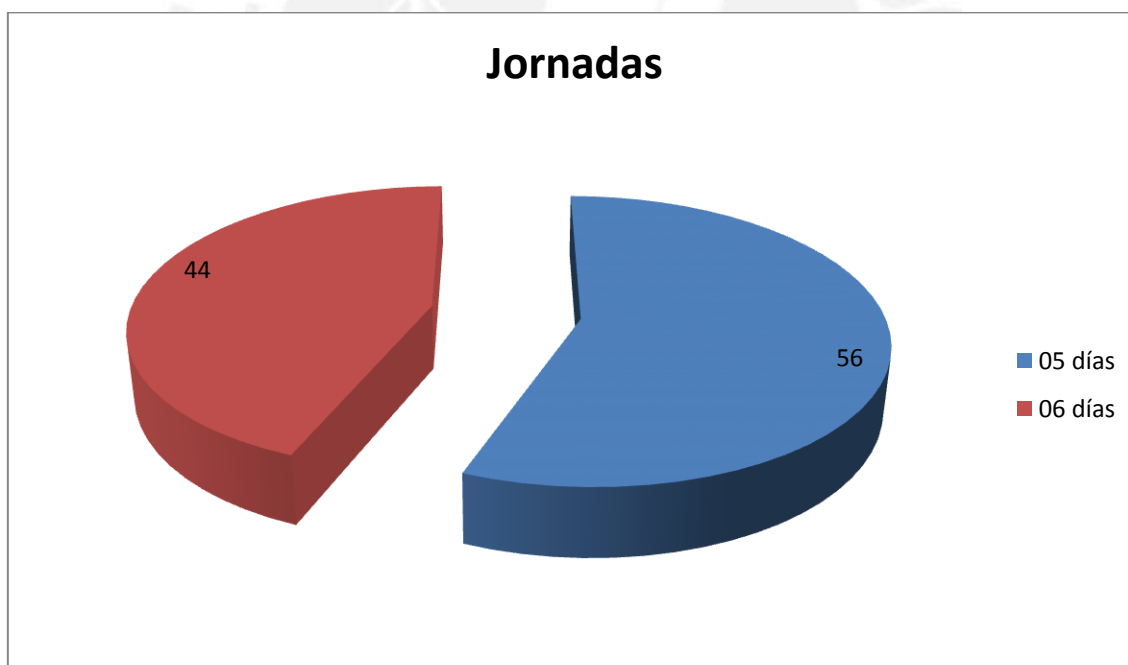


Que, la mayoría de privadas de libertad tienen continuidad en su participación en los talleres de trabajo y, las que tienen menos de 11 meses es porque su situación penitenciaria es de procesadas pero, cuando adquieren la calidad de sentenciadas, permanecen en los talleres de trabajo hasta redimir toda su pena.

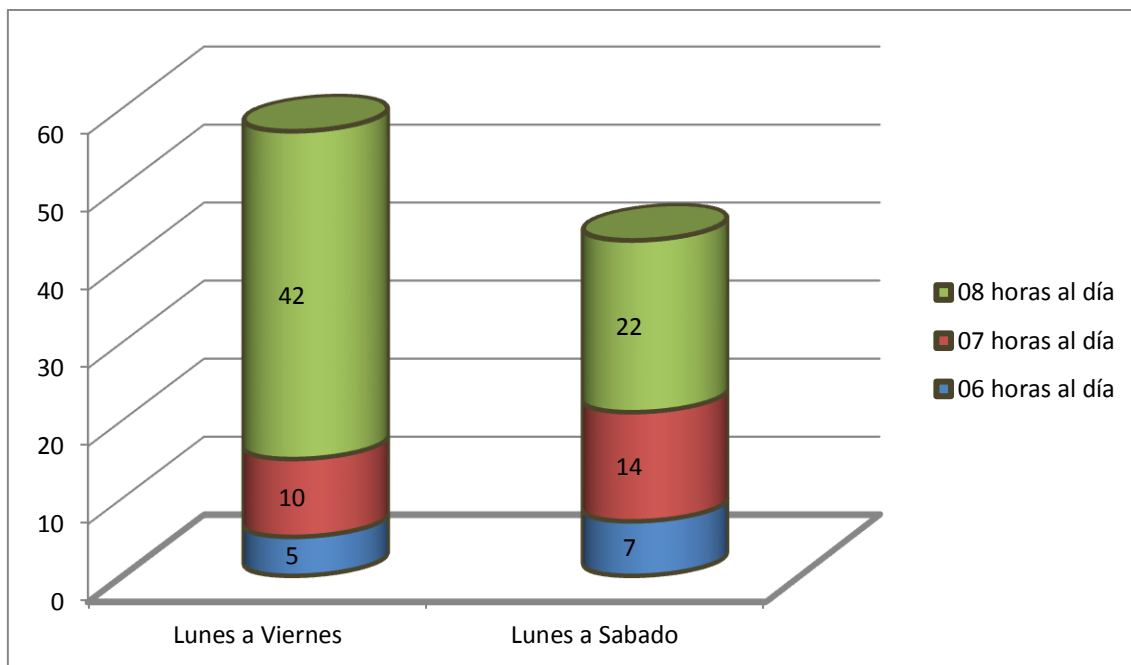
2. Se les pregunto el principal motivo que impulsa su participación en los talleres de trabajo del INPE siendo las respuestas las siguientes:



3. Las jornadas y horarios en los talleres de trabajo del INPE vienen dándose de la siguiente manera:



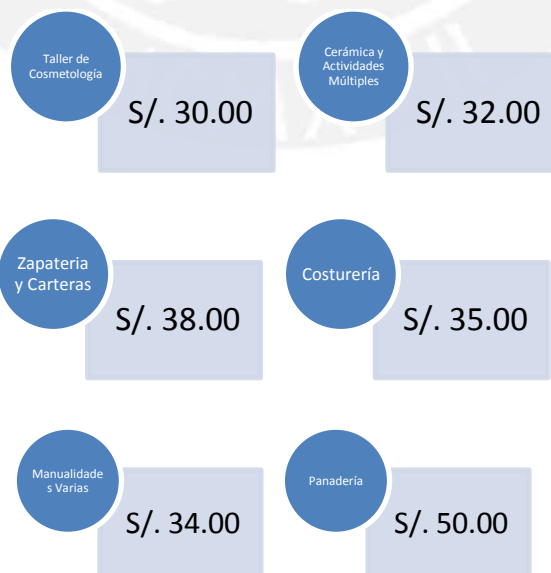
El 44% de la población penitenciaria entrevistada efectúa labores en los talleres de trabajo 06 días a la semana y, el 56% los realiza de lunes a sábados.



Ninguna de las privadas de libertad entrevistadas superan la jornada máxima del mundo libre (48 horas). Que, la mayor jornada de trabajo la realiza el 42% (71 privadas de libertad) quienes trabajan 08 horas diarias durante 06 días a la semana y, el 5% (09 privadas de libertad) realizan la menor jornada de trabajo – 30 horas a la semana.

4. El 100% de la población penitenciaria entrevistada afirmó que gozan de descanso semanal y no efectúan trabajo en sobretiempo.

5. Para permanecer en los talleres de trabajo del INPE, los privados de libertad deben de efectuar los siguientes pagos mensuales como mínimo (en caso la retención de la producción vendida no alcance estos pagos):



BIBLIOGRAFIA:

1. ARCE ORTIZ, Elmer (2008). Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores.
2. BAKER, BRENDA (1992). Penance as a model for punishment. Social, Theory & Practice. Volumen 18 Edición 3.
3. BOZA PRO, Guillermo (2001). Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
4. CASTAÑEDA OTSU, Susana (2000). "Protección Internacional de los derechos de las personas privadas de Libertad" en Agenda Internacional. Lima: Instituto de Estudios Internacionales, Año VII N°15.
5. CASTELLO, Alejandro (2008). "Vigencia y alcance del Principio de Irrenunciabilidad" en Derecho Sociedad. Lima: Año 19 N° 30.
6. CIEZA DE LEON, Pedro (1943). Del Señorío de los Incas Prólogo y notas de Alberto Mario Salas. Buenos Aires: Editorial Argentinas Solar.
7. CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAISES IBEROAMERICANOS (2010). Declaración de San José. México disponible en <http://www.comjib.org/sites/default/files/DECLARACION-DE-SAN-JOSE.pdf>
8. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2>
9. CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA disponible en <http://www.senado.gov.ar/Constitucion/capitulo1>
10. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993 disponible en <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>
11. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979 disponible en <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>
12. DECRETO LEGISLATIVO N° 330
13. DECRETO 484/87 disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/77255/norma.htm>
14. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (1994). "Cárcel y actividad laboral: el derecho de los presos a un trabajo penitenciario resocializador" en *Derecho Penitenciario y Democracia*. Fundación El Monte, Sevilla.
15. DELGADO, Luis Humberto (1933). Historia Republicana del Perú. Lima: American Express.

16. GARCÍA BASALO, J. Carlos (1961). Informe General sobre la integración del Trabajo Penitenciario en la economía nacional incluida la remuneración de los reclusos. Buenos Aires.
17. GARCÍA YZAGUIRRE, José Victor (2012). El test de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Editorial ADRUS. Arequipa, Perú.
18. GONZALES HAKER, Luis Jorge (2000). Situación penitenciaria y pena privativa de libertad. Santa Fe de Bogotá. Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>
19. INEI. Nota de prensa sobre el Primer Censo Nacional Penitenciario en <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/primer-censo-nacional-penitenciario-registro-77-mil-86-internos-en-los-establecimientos-penitenciarios-del-pais-9175/>
20. INEI. Evolución de la pobreza monetaria en el Perú, 2015 disponible en https://www.inei.gob.pe/media/cifras_de_pobreza/exposicion_inei_pobreza2015.pdf
21. INEI. Indicadores de precios de la economía disponible en https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1240/libro.pdf
22. INFORME ANUAL 2013 DE LA PROCURADORÍA PENITENCIARIA DE LA NACIÓN disponible en <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202013.pdf>
23. LATCHAM CARTWRIGHT, Ricardo Eduardo (1930). Los incas, sus orígenes y sus ayllus. Santiago de Chile.
24. LEY N° 24.372 disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/67467/norma.htm>
25. LEY N° 24.660 disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>
26. LUMBRERAS, Luis Guillermo; RAVINES, Rogger; PEASE, Franklin; SILVA S., Jorge E; ORTÍZ RESCANIERI, Alejandro; VALCARCEL, Luis E. (1980). HISTORIA DEL PERÚ – Perú Antiguo. Editorial Juan Mejía Baca. Lima.
27. MARIN RUBIO, Juan Carlos (2013). El trabajo Penitenciario en España. Tesis Magisterial en Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación.
28. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2015). Informe estadístico penitenciario. Disponible en http://www.inpe.gob.pe/pdf/febrero_15.pdf
29. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2012). Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo procesal acusatorio. Lima.

30. MINISTERIO DE JUSTICIA (2003). Plan Nacional de Tratamiento Penitenciario – Resolución Ministerial N° 343-2002-JUS.
31. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS E INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO (2007). Diseño de Políticas Penitenciarias – Anexo de la Resolución Ministerial N° 0419-2007-JUS. Lima: El Peruano.
32. NACIONES UNIDAD URUGUAY (2012). Síntesis de reuniones bilaterales y dialogo multipartito sobre formación y empleo en el sistema penitenciario disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/genericdocument/wcms_198479.pdf
33. NEUMAN, Elías (1977). Mediación y conciliación penal. Buenos Aires.
34. NOEL, María (2010). Buenas prácticas penitenciarias en la república del Uruguay disponible en <http://www.cidh.org/PRIVADAS/Seminario/Seminario.III.m.pdf>
35. NEUMAN, Elías (1971). Evolución de la Pena Privativa de la Libertad y Regímenes Penitenciarios. Buenos Aires: Ediciones Pannedille.
36. NEVES MUJICA, Javier (2012). Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
37. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal 1955-2010 en http://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/55years_ebook_es.pdf
38. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO E INSTITUTO NACIONAL DE REHABILITACION DE URURUGUAY (2014). Guía para la gestión laboral en los centros penitenciarios. Uruguay disponible en http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/Gu%C3%ADa%20de%20Gesti%C3%B3n%20Laboral%202013.pdf
39. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009). Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y textos seleccionados. Ginebra.
40. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. “Diálogo sobre empleo y formación en el Sistema Penitenciario” disponible en http://www.ilo.org/global/docs/WCMS_197863/lang--es/index.htm
41. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Convenio 29 – Convenio sobre Trabajo Forzoso disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::No:12100:p12100_INSTRUMENT_ID:312174:NO
42. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. R203 – Recomendación sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias) disponible en

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3174688

43. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos disponible en http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1484:pacto-internacional-de-derechos-civiles-y-polcos&catid=236:marco-normativo-libsin&Itemid=1262
44. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Orígenes e Historia de la OIT en <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>.
45. ORTEGA, Ángel Elías (2004). Aspectos de interés práctico en la regulación de la relación laboral especial penitenciaria en “La relación laboral penitenciaria”. Madrid, disponible en <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1006>
46. PALOMINO RAMIREZ, Teodosio (2013). Derecho Laboral Penal. Buenos Aires.
47. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA (2011). Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana 2005-2009. Bogotá.
48. PROCURADURÍA PENITENCIARIA DE LA NACIÓN (2012). “El acceso a los derechos económicos, sociales y culturales en las cárceles federales” en Informe Anual 2012. Buenos Aires disponible en <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Cap%C3%ADtulo%20DESC%20Informe%20Anual%202012.pdf>
49. Proyecto L “Apoyo a la reforma de las instituciones para personas privadas de libertad” disponible en http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/breve_proyectol.pdf
50. QUIÑONES INFANTE, Sergio (2007). La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Lima: Palestra Editores S.A.C., 1º Edición.
51. QUIÑONES INFANTE, Sergio (2007). La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Lima: Palestra Editores S.A.C., 1º Edición.
52. REAL DECRETO 1106/2014 disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2014/12/27/pdfs/BOE-A-2014-13518.pdf>
53. REAL DECRETO 782/2001 disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rd782-2001.html
54. REAL DECRETO 39/97 disponible en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:k4kc-->

[EVnXqJ:www.ilo.org/dyn/legosh/en/f%3Fp%3DLEGPOL:503:9560288939327:::503:P503_REFERENCE_ID:173937+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe](http://www.ilo.org/dyn/legosh/en/f%3Fp%3DLEGPOL:503:9560288939327:::503:P503_REFERENCE_ID:173937+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe)

55. Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo – Decreto Supremo N° 009-2005-TR
56. RESOLUCIÓN N° 73 DEL CONSEJO DE EUROPA DEL 19 DE ENERO DE 1973 disponible en <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2011122/06+-+Segunda+parte+II.pdf>
57. RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel (1966). La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo en Revista de Política Social, Instituto de Estudios Políticos, N° 71. Madrid.
58. RONZONI, Raul (2008). Reforma al sistema penal y carcelario en Uruguay. 1° Edición, Uruguay.
59. RUBIO CORREA, Marcial (2011). El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
60. SMALL ARANA, Germán (2006). Situación carcelaria del Perú y beneficios penitenciarios. Lima: Grijiley.
61. SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS (2010). El sistema penitenciario español. Madrid, disponible en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/El_sistema_penitenciario_espanol.pdf
62. SENTENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN “KEPUCH YURIY TIBERIVEVICH” - Expediente N° 1318/13 disponible en https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2014/12/2014-12-01-cfed-casacic3b3n-penal_керyч_тpабо-интpамурос-privados-de-libertad-ezeiza.pdf
63. SUAREZ GALDOS, Emilio (1954). El trabajo en el régimen penitenciario. Arequipa: Editorial Universitaria.
64. TORRES GONZALES, Eduardo (2014). Beneficios Penitenciarios: medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Lima: 2° Edición.
65. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (2011). Derecho Individual del Trabajo. Lima: Gaceta Jurídica. 1° Edición.
66. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (2015). Derecho Individual del Trabajo en el Perú: un enfoque teórico-práctico. Lima: Gaceta Jurídica.
67. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 12.08.2005. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>.

68. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 18.01.2010 en el Expediente 1473-2009-PA-TC.
69. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 03.06.2005 en el Expediente 0050-2004-AI-TC.
70. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 29.10.2005 en el Expediente 0045-2004-PI-TC.
71. VILLAVICENCIO TERRERO, Felipe (1990). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Lima: Cultural Cuzco Editores.
72. WALZER-FASS, Michael (2008). La revolución de los santos: estudio sobre los orígenes de la política radical. Buenos Aires: Katz.

