

## **Encarcelamiento masivo y criminalización de la pobreza en Chile. Propuestas para una nueva Constitución.**

di *Silvio Cuneo Nash* \*

La vigencia de la ilegítima “Constitución” chilena, aprobada en un plebiscito fraudulento en 1980 en plena dictadura de Pinochet, hace dudar de qué tan democrático es el Chile actual.

Tras 27 años del fin de la dictadura, la imposibilidad de terminar con la Carta pinochetista genera importantes cuestionamientos. Por una parte, la propia “Constitución” establece mecanismos sumamente rígidos y tramposos (Atria, 2013) que hacen prácticamente imposible la modificación de las normas más importantes. Por otra parte, también los gobiernos social-demócratas que han sucedido a la dictadura, no parecen sentirse incómodos administrando, desde puestos gerenciales, el “modelo” pinochetista con su “Constitución”.

Acentuando las estructuras económicas desiguales y la exclusión, el encarcelamiento masivo crece como complemento a la inexistencia de un Estado social.

Asimismo, la politización del problema de la delincuencia alimenta el populismo punitivo que termina traducándose en un aumento del encarcelamiento a niveles mucho más altos incluso que aquellos de la dictadura. La selectividad con la que opera el Derecho penal ha terminado criminalizando la pobreza y a los pueblos originarios (especialmente al Mapuche).

El actual y necesario debate de una Constitución legítima para Chile, respetuosa de los derechos fundamentales, no debe olvidar la dignidad de los presos y en ese sentido deben establecerse límites al poder estatal que garanticen o tiendan a garantizar el respeto de la dignidad humana.

A continuación, esbozaremos algunas ideas de *lege ferenda* de la Constitución que queremos en materia carcelaria, respetuosa de los derechos humanos y que, en vez de fomentar la segregación y el encierro de los más pobres y marginados, tienda a la integración y al fortalecimiento del Estado social.

### **I. INTRODUCCIÓN**

Diversas constituciones contemplan disposiciones de carácter penal o procesal-penal tendientes a restringir el ejercicio del poder punitivo y, de esta manera, proteger la dignidad y los derechos de quien debe enfrentar un proceso penal y de quien resulte condenado. Normas constitucionales que prohíben condenar dos veces la misma conducta, que establecen la personalidad de las penas o que, como la constitución italiana, excluyen los tratamientos contrarios al principio de humanidad, buscan

---

\* Dottore in Studi Giuridici Comparati ed Europei, Università di Trento; Doctor en Derecho, Universitat Pompeu Fabra; Máster en Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Profesor departamento de Derecho Penal, Universidad de Valparaíso.

proteger al ciudadano creando límites al legislador, para que no pueda, buscando rédito electoral, desconocer la dignidad del condenado, vulnerando garantías fundamentales al contemplar penas incompatibles con el respeto por los derechos humanos.

Como cuestión preliminar pensamos que normas como las referidas se encuentran con dos tipos de problemas. En primer lugar, sabemos que la existencia de un enunciado constitucional no logra cambiar la realidad y, así, la pura disposición que obliga a tratar a los condenados con humanidad no se traduce necesariamente en un cambio de las circunstancias. En este punto -y esto bien lo saben las personas privadas de libertad - resulta falso aquello de que el lenguaje crea realidad, llegando dichos enunciados constitucionales incluso a resultar burlescos y ofensivos para aquellos que desde su celda solitaria y silenciosa, o hacinada y bulliciosa, sienten que su vida no merece ser vivida. Por otra parte, los principios penales y procesal-penales contemplados consagrados en la Constitución deben tener un sentido en el actual momento en que vivimos. Por ende, resultan insuficientes los postulados del liberalismo ilustrado de cara a los gigantescos niveles de encierro de las sociedades actuales.

Hoy más que nunca, en la era del encarcelamiento masivo, se hace necesario establecer límites al poder punitivo, y no basta que dichos límites tengan un contenido sólo cualitativo. En este sentido, la nueva Constitución tiene que ser una Constitución de límites. Límites al poder estatal y, especialmente, al poder punitivo. La nueva Constitución debe ser una que reconozca en sus ciudadanos la condición de personas con dignidad y derechos, y no la de súbditos, chivos expiatorios, ni sujetos de control; por ende, debe atajar o detener la cruel e inútil tendencia de encerrar cada vez a más personas, agravando así las condiciones de quienes padecen del encierro. Esto es fundamental toda vez que si las constituciones no logran cambiar la realidad carcelaria, quizá conviene más centrarse en lo único posible, esto es, en establecer límites a la expansión del encarcelamiento.

Si las constituciones de regímenes totalitarios utilizan al Derecho penal y a la pena como un instrumento al servicio de la opresión, e incluso como un mecanismo de terror, una Constitución democrática debe consagrar, proteger y garantizar las libertades individuales. Debe entregar pautas obligatorias y vinculantes para execrar del Derecho la arbitrariedad y los abusos del poder, muy especialmente en el ámbito más invasivo del Estado por sobre el individuo, esto es, el Derecho punitivo. Antes de elaborar una propuesta sobre qué disposiciones debiera tener la Constitución que queremos, analizaremos el encarcelamiento masivo como un fenómeno general y también chileno, el que, a juicio nuestro, hace imperativo un freno constitucional para no terminar, como Estados Unidos de Norteamérica, viviendo en una verdadera sociedad carcelaria.

## **II. EL ENCARCELAMIENTO MASIVO**

Ante todo conviene recordar que hay una brecha entre lo normativo y lo fáctico, y que del hecho que las cosas sean actualmente de una determinada manera no se

desprende que deban mantenerse así. Antes bien, debemos estar dispuestos a poner en cuestión y a cambiar aquello que repugna a nuestra conciencia moral. La esclavitud, la pobreza, las injusticias sociales y la explotación, al igual que el encarcelamiento masivo, no son fenómenos naturales: son construcciones sociales que se pueden y se deben modificar. Aun cuando algo parezca inviable (por ejemplo, el fin de la discriminación en contra de la mujer o de las miles de muertes diarias de niños por causas relativas a la pobreza), eso no lo hace menos deseable moralmente. Usualmente, el aumento del nivel de encarcelamiento se relaciona con la percepción de inseguridad. Si bien dicha percepción no coincide con la realidad, tiene bases ciertas, puesto que el delito es un problema real (no inventado), pero se percibe como mucho más grave de lo que en realidad es. Esta deformación agigantada del problema de la delincuencia se genera por múltiples causas, produciendo diversos efectos que de manera simple y general podríamos explicar de la siguiente forma:

1. Los medios de comunicación masiva sobreexplotan el delito, generando con ello una distorsión de la percepción del mismo.
2. Esta percepción exagerada del delito hace que la ciudadanía (principalmente aquella que más se informa por los medios de comunicación masiva) sienta un miedo desproporcionado de ser víctima de la delincuencia.
3. El miedo generalizado hace que el delito sea un problema masivo y sus posibles respuestas se politizan. En este contexto de miedo aparecerán políticos populistas dispuestos a mostrarse del lado de las víctimas y de los ciudadanos indefensos. Con un discurso simplista lleno de eslóganes, presentarán el problema de la delincuencia como un juego de suma cero, según el cual estar de parte de las víctimas significa estar en contra de los criminales, y en que cualquier concesión a los delincuentes supone el desprecio por las víctimas.
4. Sin escuchar las voces especialistas sobre prevención real de la delincuencia, las demandas ciudadanas de mano dura generarán réditos electorales y la respuesta a dichos reclamos será la promulgación de leyes que favorezcan el encarcelamiento sin importar su escaso efecto preventivo ni los efectos criminógenos que genera el encarcelamiento en quien lo padece y un consecuente posible aumento de los niveles de violencia y criminalidad.
5. Las diversas coaliciones que detentan el poder, tanto de izquierda como de derecha, votarán leyes más duras que contendrán penas de cárcel más largas y menos posibilidades de obtener la libertad antes del cumplimiento.
6. Lo anterior repercutirá en un mayor número de presos que supondrá, además de exorbitantes costos, un mayor hacinamiento en las cárceles, lo que a su vez generará más vulneraciones de los derechos de los presos y mayores efectos criminógenos en quienes padecen el encierro. Dichos efectos criminógenos podrán repercutir en un aumento de los índices de reincidencia.

Así, intentar reducir el delito con más cárcel es como pretender apagar un incendio con bencina. Lo anterior, aunque resulta demasiado básico, sirve para comprender más o menos cómo llegamos a los actuales niveles de encarcelamiento. Sin embargo, para intentar comprender estos fenómenos se debe rechazar explicaciones

monocausales, toda vez que el encarcelamiento masivo es un fenómeno complejo y son diversas las razones que determinan el aumento del nivel de encarcelamiento, las que tienen, principalmente, un carácter político y social. (Garland, 1999; 2001; 2005). Los múltiples elementos que influyen en el encarcelamiento masivo nos obligan a estudiarlo de manera interdisciplinaria, toda vez que la realidad se presenta como un todo y separar los factores puede conducir a una investigación sesgada que no tome en consideración cuestiones psicológicas, sociológicas, penológicas, criminológicas, etc. Por otro lado, cuando se busca entender o explicar este fenómeno, tendemos a dividir las causas en mediatas, por una parte, e inmediatas, por otra. Las primeras son las leyes y sentencias, mientras que las segundas se refieren a un contexto: populismo punitivo, sistema económico, etc. Esto significa fragmentar una realidad enmarañada y las divisiones del análisis, aunque útiles, nos resultan siempre un poco falsas.

Conocidos los efectos criminógenos de la cárcel y los elevados costos del encarcelamiento masivo, surgen algunas preguntas centrales: ¿por qué la pena de prisión sigue aumentando?; ¿no será que, quizá, alguien se beneficia del encarcelamiento masivo? Para intentar abordar estas interrogantes, se deben analizar las causas que, como hemos dicho, comprenden tanto las leyes que favorecen el encarcelamiento masivo como el ambiente que hace posible la promulgación de tales leyes.

Creemos que la situación actual global tiene un posible origen en las políticas criminales estadounidenses a partir de los años setentas del pasado siglo, las que luego fueron imitadas e impuestas en otras latitudes. Aunque también puede sostenerse que más que imitación de políticas criminales, ha habido situaciones análogas que han producido una mayor respuesta punitiva.

En EE.UU., la principal causa inmediata del encarcelamiento masivo fue la *Guerra contra la Droga*, que pretendía destruir el gran narcotráfico. Sin embargo, dicha justificación nada tiene que ver con su real aplicación, puesto que la guerra se lleva a cabo casi exclusivamente en los barrios pobres y negros de EE.UU., y sólo en casos muy excepcionales se condena a grandes narcotraficantes.<sup>†</sup> La situación no es distinta en Europa ni en Latinoamérica, y Chile tampoco es una excepción.

Por su parte, dentro de las causas mediatas encontramos dos grupos causales:

a) El desmantelamiento del Estado social y del ideal de rehabilitación <sup>‡</sup>

Usualmente la disminución del Estado social o de bienestar se compensa con el aumento del Estado penal, lo que implica un mayor punitivismo. Dentro de la caída del Estado social sufre una importante merma el ideal de rehabilitación como fundamento de la pena. Lo cierto es que la idea de usar la pena con fines rehabilitadores siempre ha tenido detractores. Por una parte, la derecha

---

<sup>†</sup> Una explicación más precisa de la selectividad racial y social del encarcelamiento masivo en Estados Unidos puede encontrarse en Alexander (2012) o en Cuneo (2015).

<sup>‡</sup> Para una profundización al respecto véase Wacquant (2000; 2002)

norteamericana (principalmente el Partido Republicano) consideraba que no debía gastarse dinero en beneficio de los criminales, y que las penas más que tratar de enmendar a los criminales, debían segregarlos de la comunidad de ciudadanos respetuosos de la ley. Luego, a la crítica de derechas se suma una crítica más académica y progresista, que consideraba que las doctrinas rehabilitadoras eran paternalistas, puesto que pretendían transformar a las personas según valores impuestos. Obras como “La Naranja Mecánica” (tanto el libro de Burgess como el filme de Kubrick) retratan el ambiente en que florece la crítica liberal.

Caso emblemático de esta crítica progresista lo constituye el famoso artículo de Robert Martinson "*What Works? – Questions and Answers About Prison Reform*" y su premisa pesimista de que en rehabilitación nada funciona (*nothing works*), que sirvió de argumento científico con base empírica en contra de las políticas de rehabilitación que se utilizaron para justificar un endurecimiento penal de una mal entendida retribución. Martinson conocía bien la cárcel, pues había estado en una prisión de máxima seguridad 40 días por participar en manifestaciones por los derechos civiles, y sufrió con la distorsión de su artículo al ver cómo este resultaba legitimante de un sistema más punitivo, en circunstancias que la idea del propio Martinson era la contraria. La propuesta de Martinson, al cuestionar los sistemas de rehabilitación, era la de limitar estos y, así, limitar también la aplicación del poder punitivo; sin embargo, se distorsionó su premisa y la crítica a la rehabilitación se malentendió como un llamado a un sistema penal más duro, mal llamado retributivo o del merecimiento. Martinson se esmeró y escribió nuevos artículos explicando que no proponía el abandono de las políticas de rehabilitación, sino una modificación de las mismas y, en todo caso, una disminución del punitivismo. Sin embargo nadie, o casi nadie, lo escuchó. Completamente desesperado, una triste tarde invernal de 1980 saltó del noveno piso de un edificio de Nueva York, poniendo fin a sus días.

#### b) Populismo punitivo

Un segundo grupo causal mediato lo constituye el populismo punitivo que, como señalamos anteriormente, viene alimentado por los medios de comunicación masiva. En EE.UU. primero fueron los republicanos (como en Chile primero fue la derecha tradicional) quienes hicieron suyo el punitivismo como discurso electoral, pero visto el rédito electoral también los demócratas hicieron propio el discurso punitivista (y en Chile la Concertación o Nueva Mayoría). Este fenómeno nacido en EE.UU. fue imitado e impuesto en el mundo.

La impopularidad de un discurso no punitivista queda de manifiesto con un par de ejemplos. El último candidato a la presidencia de los EE.UU. que se manifestó en contra de la pena de muerte fue Michael Dukakis en 1988 y perdió la elección. Por otra parte, parece ser que el discurso punitivista sí genera réditos electorales: en 1992 Bill Clinton fue a presenciar una condena de muerte de un hombre afroamericano con problemas mentales que ni siquiera entendía lo que estaba pasando (de hecho, el condenado pidió que el postre de su última comida se lo guardaran para el día siguiente).

### c) La no-causa

Antes de estudiar qué sucede en Chile, conviene decir algo sobre una aparente causa que no resulta real. Se puede rechazar la idea (de sentido común) de que el aumento del nivel de encarcelamiento es consecuencia de un aumento de la criminalidad, puesto que existe un débil nexo entre crimen y nivel de encarcelamiento. Las verdaderas causas del encarcelamiento masivo reflejan decisiones políticas que pueden tener lugar en democracia o dictadura y que no son consecuencia de un aumento de la delincuencia. Conviene señalar que sí, en cambio, suele estar precedida (y en cierta manera ser consecuencia) de una mayor sensación de inseguridad.<sup>§</sup>

### III. ENCARCELAMIENTO MASIVO EN CHILE

Para analizar la situación chilena es importante ver el nexo con EE.UU., por el rol de laboratorio experimental que desempeñó Chile en materia económica. Las respuestas al alto nivel de encarcelamiento en Chile pueden encontrarse también en el puente que une verticalmente a estos dos países.

EE.UU., como paradigma, ha tenido una enorme influencia en América Latina. Son sus políticas las que se implementan en Chile, aunque con presupuestos mucho más reducidos. Por su parte, el régimen económico chileno ayuda a identificar al delincuente, a quien se encarcela atendiendo a criterios de selección principalmente sociales, pero también raciales (el preso es moreno, con rasgos indígenas, pelo tieso, etc.). Sin embargo, no es sólo la estructura económica chilena (neoliberal y desigual) la que ayuda a la implementación del Estado penal. La democracia trajo consigo también un mayor autoritarismo penal, alimentado por discursos de populismo penal. Si nos detenemos en el Chile reciente (últimos 25 años) y analizamos el ambiente en el que se votan las leyes que más relevancia tienen en el aumento del encarcelamiento, veremos que el proceso electoral y el lenguaje punitivo de las campañas políticas constituyen un factor importante del encarcelamiento masivo. Dentro de las causas inmediatas del aumento del encarcelamiento en Chile, se encuentran diversas leyes sustantivas que aumentan las penas privativas de libertad. Especialmente punitiva resulta la ley 20.000 que, imitando la *guerra contra las drogas* implementada en EE.UU., rompe toda proporción al presumir la responsabilidad penal y sancionar masivamente a drogo-dependientes e incluso a

---

<sup>§</sup> En relación a la no causa, puede señalarse que el encarcelamiento masivo no es consecuencia ni respuesta a un mayor índice de criminalidad, ni tampoco es cierto que sea causa de una disminución de los delitos. Es decir, no existen estudios empíricos que demuestren que más personas presas significa menos delincuencia. En cambio, sí existen estudios que apuntan a mostrar una relación en la dirección opuesta, esto es, que el encarcelamiento genera mayor delincuencia de la que previene al desgarrar redes sociales frágiles, destrozando familias y creando una clase permanente de personas no aptas para el mercado laboral. Así, en Estados Unidos la *Guerra contra las Drogas* es la causa principal de la pobreza, desempleo crónico, familias rotas y delincuencia (Alexander, 2012:355)

consumidores.

La reforma procesal penal es también una importante causa inmediata del encarcelamiento masivo en Chile. Si bien esta reforma reemplazó un procedimiento inquisitivo por uno acusatorio, aparentemente más liberal, los hechos demuestran que detrás de este ropaje garantista el nuevo proceso penal esconde un autoritarismo que permitió que, con una velocidad y facilidad sin precedentes, se encarcelara masivamente\*\*. La justicia negociada, a través de procedimientos abreviados y simplificados con sus incentivos de admisión de culpa, contribuye al aumento del encarcelamiento al hacer muy fácil y rápido condenar y encarcelar. Por otra parte, las modificaciones que aumentan los poderes del Ministerio Público y de la policía nacen primeramente como excepcionales para delitos graves (terrorismo, tráfico de drogas, etc.) y gradualmente pasan a ser una práctica estándar, amenazando expandirse a otras áreas del proceso penal.

Al igual que en otras latitudes, vemos cómo se consolida un Estado penal que crece en un contexto de desigualdad, segregación y neutralización de enemigos. Curiosamente, la crítica a dicha reforma procesal penal resulta prácticamente inexistente. Mientras las cátedras universitarias loan el espíritu liberal de dicha reforma, poco se habla sobre sus efectos y del vínculo que tiene con el aumento del encarcelamiento.

Ante este aumento de presos, que generó problemas de hacinamiento, la respuesta de los gobiernos socialdemócratas fue la construcción de nuevas cárceles, las que velozmente se fueron llenando, sin resolver los problemas de sobrepoblación. Conviene recordar que aunque parezca evidente que más prisiones pueden significar menos hacinamiento, la experiencia internacional enseña que esto no es así, y que a medida que se construyen nuevas cárceles es el nivel de encarcelamiento el que aumenta, sin afectar la sobrepoblación.

En materia penal se vislumbran muchas coincidencias entre las coaliciones que detentan el poder político en Chile, lo que hace pensar que defienden y representan intereses similares. Curioso resulta que casi nadie se pregunte por el nexo entre encarcelamiento masivo y las estructuras sociales siempre más desiguales en el Chile de hoy. Tampoco existe un serio cuestionamiento a la selectividad del sistema penal, que termina encarcelando casi exclusivamente a miembros de los sectores más pobres de nuestras ciudades. ¿No será la respuesta penal veloz y eficaz el único modo de control de las masas pobres, desempleadas y sobrantes de una sociedad post-capitalista basada en la explotación y la exclusión? ¿Será que el Derecho penal es el complemento necesario de la falta de Estado social?

Mención aparte merece la fundación *Paz Ciudadana* como ente pseudo-científico que se presenta como un centro de estudios de la delincuencia en Chile.†† Su presidente y fundador, Agustín Edwards, es un especialista en el montaje de

---

\*\* La reforma procesal penal entró en vigencia en todo el país el año 2000. En dicho año había 215 presos por cada 100.000 habitantes, cifra que ascendió a 313 pasados diez años desde la implementación de la reforma ([www.prisonstudies.org](http://www.prisonstudies.org)).

†† Al respecto, véase Ramos y Guzmán (2000).

realidades (hoy condenado por el Colegio de Periodistas por el montaje realizado por su diario durante el gobierno de Salvador Allende y que buscaba desestabilizar la democracia chilena, y la negación de las masivas violaciones a los derechos humanos en dictadura). Llegada la democracia, Edwards crea Paz Ciudadana para continuar con sus maquinaciones. Con un trabajo llevado a cabo más por publicistas que por criminólogos, crea una realidad sobre la delincuencia que estigmatiza al delincuente como feo, sucio y malo (parafraseando el filme de Ettore Scola). Entre los integrantes de dicha fundación se encuentran políticos de ambas coaliciones y también grandes criminales económicos, como Carlos Délano. Esto explicaría su predilección por una delincuencia callejera y “flaite”<sup>‡‡</sup>, con total omisión a los delitos de cuello blanco, calificados como “errores” por quienes respaldan la estigmatización social de la delincuencia. Paz Ciudadana, como ente impulsor de las alteraciones penales y procesal-penales en la ruta al autoritarismo, no sólo cuenta entre sus filas a reconocidos partidarios de la dictadura y caricaturas del punitivismo, como el senador pinochetista Alberto Espina. Dada la rentabilidad electoral del punitivismo, ex socialistas como Ricardo Lagos y Sergio Bitar también integran dicha fundación y no dudan en criminalizar la pobreza en Chile para así mantener sus cuotas de poder. De la mano de Paz Ciudadana, nuevas leyes, en la ruta progresiva al autoritarismo penal, han sido votadas mayoritariamente por el Congreso Nacional. Un análisis especial de las agendas cortas (una por cada gobierno de Michelle Bachelet) merecerían una atención más detallada que escapa a las pretensiones de este artículo.<sup>§§</sup>

#### IV. PROPUESTA

Dado que nuestro ordenamiento jurídico continuará contemplando las penas privativas de libertad, las que no parecen prescindibles al día de hoy, estas deben aplicarse de acuerdo con el principio de humanidad. Esto hace necesario que se establezcan límites a las autoridades para evitar, o al menos restringir, el trato indigno que usualmente conlleva el encierro. Asimismo, debe ponerse límites al legislador para frenar el abuso populista de promulgar leyes cada vez más punitivas que desembocan en gigantescos niveles de encarcelamiento. Estos, a su vez, se traducen en el hacinamiento de las cárceles con el consecuente deterioro de las condiciones de vida de los condenados, llegando a niveles que nada tienen que ver con el respeto y reconocimiento de la dignidad humana. Sobre este punto conviene recordar, aunque sea someramente, que la única manera de evitar el hacinamiento no es

---

<sup>‡‡</sup> Término chileno que se utiliza para mencionar a las personas pobres, con poca educación, de malas costumbres y socialmente inadaptadas.

<sup>§§</sup> Dichas alteraciones, como sus nombres lo sugieren, buscan aumentar las penas efectivas de los delitos en contra de los derechos patrimoniales y refuerzan las atribuciones de la policía. La primera agenda corta (ley 20.253), del año 2008, se denomina “Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías” y la segunda, del año 2016 (ley 20.931), “Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”.

mediante la construcción de nuevas prisiones –aunque parezca lo contrario- sino la búsqueda de políticas criminales que reduzcan el ingreso de personas a los centros penitenciarios y la creación de mecanismos tendientes a liberar presos.

A nuestro juicio, la Constitución que queremos, como norma fundamental, debe consagrar algunos elementos. En primer lugar, el carácter personal de la responsabilidad penal. Con esto aseguramos el respeto de la culpabilidad como principio cardinal del Derecho penal y la irresponsabilidad por hechos ajenos. En segundo lugar, la humanización de las penas. Este principio es una exigencia de todo Derecho penal liberal. La Constitución Italiana lo contempla de manera negativa al establecer en su artículo 27,3 que las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentimiento de humanidad. Parece conveniente, a juicio nuestro, establecerlo en positivo: las penas sólo pueden consistir en una privación jurídica y ejecutarse de un modo compatible con la dignidad humana. Este precepto debiera además complementarse con dos cosas. Por una parte, con la prohibición de las penas perpetuas y el establecimiento de un límite temporal máximo de las mismas, puesto que no debe nunca cerrarse la posibilidad de que el penado pueda volver a vivir en libertad. Por la otra, con la prohibición de encarcelar a más personas de las que humanamente quepan dignamente en una prisión. De esta manera, la Constitución debiera impedir el hacinamiento, dejando en manos de los legisladores y del poder ejecutivo la tarea de crear mecanismos tendientes a no sobrepoblar las cárceles.

De acuerdo con lo señalado, creemos que debiera contemplarse a nivel constitucional una norma como la siguiente: *La pena privativa de libertad no debe restringir más derechos que la privación misma de libertad y los que sean consecuencia de esa privación.* Convendría además otorgar reconocimiento constitucional a los fines de la pena, remarcando que las penas privativas de libertad deben ser excepcionales, de *ultima ratio*, y no deben desconocer la dignidad humana. Creemos que el principal fundamento de las penas debe ser la justicia y sólo en virtud de este principio se debe imponer excepcionalmente la pena privativa de libertad. La utilidad, sólo en cuanto no se oponga a los principios de justicia, puede jugar un rol al pretender buscar o fomentar políticas rehabilitadoras o resocializadoras, o con más realismo, a disminuir los efectos criminógenos del encierro.

También creemos que sería conveniente, en relación directa con los límites del ejercicio de la potestad en materia carcelaria, establecer a nivel constitucional la necesidad de crear un sistema control judicial de ejecución penal. Dichos límites constitucionales al poder punitivo deben establecerse en la etapa de la ejecución de las penas, pero con mayor razón en la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, puesto que se trata de una situación teóricamente excepcional, pero en muchos casos una regla, en que se encarcela a personas técnicamente inocentes.

## V. CONCLUSIONES

1. La Constitución que queremos es una constitución democrática, legítima, respetuosa de la dignidad humana y de los derechos fundamentales.

2. Porque la idea de dignidad humana es universal y no conoce jerarquías, la Constitución que queremos debe proteger la dignidad humana de todos, sin perjuicio de lo que hayan hecho ni de la condena que cumplan. En este sentido, la cárcel no puede ser un espacio de no-derecho en donde no se respeten los derechos fundamentales. Concebir al preso como un sujeto sin derechos no es compatible con la idea de dignidad.
3. En virtud del principio de humanidad de las penas, deben excluirse las penas perpetuas y limitarse temporalmente, y debe prohibirse el encierro de más personas de las que quepan en las prisiones en condiciones dignas.
4. No basta con el solo reconocimiento de la dignidad humana a nivel constitucional. Deben existir mecanismos tendientes al real respeto de los derechos del preso y procesos y mecanismos que hagan aplicables los derechos fundamentales contemplados en la Constitución y en los tratados internacionales.
5. Estas normas constitucionales o internacionales deben poder ser aplicadas de manera directa y deben ser vinculantes para los distintos órganos del Estado, especialmente para los jueces de la república.
6. Concebir la dignidad humana como un principio constitucional y establecer mecanismos de aplicación directa facilitará el respeto por los derechos fundamentales. En este sentido, ante la pugna de un cuerpo legiferante que resulte incompatible con el respeto por la dignidad humana y las normas constitucionales, siempre deberán aplicarse las normas tendientes al respeto por los derechos humanos.

## VI. REFLEXIÓN FINAL

Como señalamos anteriormente, el encarcelamiento masivo no es una cuestión natural. Es consecuencia de decisiones políticas que se pueden y se deben modificar. Una sociedad con menos cárceles es deseable y posible. Se pueden hacer propuestas, punitivas y no punitivas, para enfrentar el encarcelamiento masivo; por ejemplo, penas no privativas de libertad para delitos de baja y mediana gravedad, reducción de las condenas, despenalización y uso de sanciones administrativas, indultos y amnistías, sistema de cupo en virtud del cual se ideen mecanismos para no tener más presos que la capacidad de las prisiones, etc.

Temas como estos, si bien tienen una naturaleza más sociológica que jurídica, deben ser abarcados por los juristas. Es necesario recordar que el Derecho penal es una moneda de dos caras (*delitos y penas* nos decía Beccaria hace poco más de 250 años). Sin embargo, parece que los penalistas se olvidaron de la pena, y en sus manuales, tratados y monografías se dedican casi exclusivamente a la teoría del delito, omitiendo estudios sobre la pena. Muchos penalistas ni siquiera han pisado en su vida una cárcel. Así, el cómplice silencio de los juristas termina legitimando un espacio que es un vacío de derecho o la negación del mismo. Un espacio sin justicia, olvidado por los penalistas.

En miras a una nueva Constitución, no debemos jamás perder de vista a la persona humana, que debe ser la estrella polar que debe guiar toda la construcción jurídica.

Hay que tener una visión crítica sobre si nuestro ordenamiento jurídico concibe a la persona como un fin en sí mismo o como un mero medio, si considera su esencia como algo preciado e inviolable, o no.

Tampoco debemos olvidar la existencia de un concepto de persona reconocido internacionalmente y que es parte de nuestra legislación. Se trata de normas que integran los sistemas jurídicos nacionales, por lo que las disposiciones legislativas, reglamentarias y las prácticas oficiales, deben someterse a ellas. En este sentido, todas las leyes deben ser coherentes, lógicas y axiológicamente, porque concebir la cárcel es también concebir la pena, y concebir la pena es concebir al ser humano. Episodios fatales como las muertes de detenidos por incendios o por otros internos, la tortura, las leyes xenófobas disfrazadas de legislación anti-terrorista, entre otras cosas, nos hacen dudar del real respeto por los derechos humanos en el Chile de hoy. Por último, quisiéramos plantear que el problema de la cárcel tiene que solucionarse escuchando a las mismas personas privadas de libertad. Sin embargo, difícilmente podrá resolverse desde la prisión misma, sino que debe ser desde afuera, en la sociedad que lo crea, que lo produce, que lo alimenta y que lo reproduce. En este sentido, la mejor opción no es *mejorar* una institución salvaje y violenta como la cárcel, sino pensar siempre en menos cárcel y buscar estrategias reales para contenerla y reducirla. Conviene insistir en eso porque, tras doscientos años de fracasos en intentos de mejora carcelaria, parece iluso pretender arreglar lo que la experiencia muestra como inmejorable (Rivera, 2009).

Encarcelar a un semejante es un acto violentísimo, que supone fijar un cuerpo en un espacio diminuto, deshumanizando a quien debe sufrirlo; deshumanizar a un semejante significa también deshumanizarnos a nosotros mismos, donde la deshumanización masiva supone, necesariamente, la deshumanización de la sociedad. Y esto es así, aunque no nos enteremos del dolor de los presos. El encarcelamiento masivo, como un espectro silencioso corroe la libertad de todos y termina quitándonos lo más preciado de la vida misma.

Por otro lado, los efectos criminógenos que produce la cárcel serán también costos que se pagarán a futuro y que se traducirán en más delitos y mayores niveles de violencia, lo que generará también más cárceles, más controles, más policías y, además, más presos. De esta manera, el encarcelamiento masivo, como un espiral ascendente, tiene como punto de llegada el encierro de todos. Sólo un cambio de dirección, un viraje hacia el respeto por la dignidad humana, puede ayudarnos a evitar una política suicida.