Gramática del encierro
Hacia un código penal para agentes del Estado

Santiago Tristany

2026

Contenido

INTRODUCCIÓN: EL ESPEJISMO DEL SOBERANO Y LA GRAMÁTICA DEL ENCIERRO 4

GENEALOGÍA DEL ENCIERRO: LOS ARGUMENTOS FORMALES Y LEGALES QUE JUSTIFICARON LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD 5

TRATADO SOBRE LA IATROGENIA ESTRUCTURAL DEL ENCIERRO INSTITUCIONAL: FUNDAMENTACIÓN EMPÍRICA, LÓGICA, CLÍNICA Y JURÍDICA PARA UNA NUEVA ARQUITECTURA PENAL 65

ADVERTENCIA METODOLÓGICA PREVIA: EL RECHAZO A LA DILUCIÓN Y AL EXCESO LÓGICO 65

RESUMEN EJECUTIVO: LAS TRES TESIS DEMOSTRADAS 66

PRÓLOGO: LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y LAS EXIGENCIAS EPISTEMOLÓGICAS . 67

MARCO DEFINICIONAL Y OPERATIVO 69

PARTE I: DEMOSTRACIÓN TEÓRICA — POR QUÉ EL ENCIERRO INSTITUCIONAL IMPIDE ESTRUCTURALMENTE LA REHABILITACIÓN 70

PARTE II: EVIDENCIA EMPÍRICA CONVERGENTE — LOS CUATRO PILARES DE LA IATROGENIA .. 77

PARTE III: CRÍTICA AL MARCO JURÍDICO-FILOSÓFICO ACTUAL — LAS CUATRO FALSEDADES FUNDAMENTALES Y LA DECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA 85

PARTE IV: RESPUESTA AL DESAFÍO DE LA "PRISIÓN SALUTOGÉNICA" — EL ANÁLISIS DE HALDEN 88

PARTE V: RESPUESTAS DIRECTAS A LAS CUATRO PROPOSICIONES EMPÍRICAS 90

PARTE VI: ARQUITECTURA DE LA ALTERNATIVA — MATRIZ DE VIABILIDAD ECOLÓGICO-VINCULAR (MVEV) Y EL ÍNDICE DE VIABILIDAD DE REHABILITACIÓN COMUNITARIA (IVRC) 91

PARTE VII: HERRAMIENTA DE SELECCIÓN — ÍNDICE DE BENEFICIO DE NO PRIVACIÓN DE LIBERTAD (IBNPL) 94

PARTE VIII: CATÁLOGO DE ALTERNATIVAS BASADAS EN EVIDENCIA 95

PARTE IX: DIAGNÓSTICO POLÍTICO — POR QUÉ EL SISTEMA RESISTE LA EVIDENCIA 96

PARTE X: HOJA DE RUTA DE IMPLEMENTACIÓN 98

PARTE XI: SÍNTESIS DE LA DEMOSTRACIÓN ESTRUCTURAL DE LA INCOMPATIBILIDAD 99

PARTE XII: EL PROBLEMA DE LA PROPUESTA "REFORMISTA" — LA CONTRADICCIÓN ONTOLÓGICA 100

PARTE XIII: CONCLUSIÓN INEQUÍVOCA — LAS TRES AFIRMACIONES DEMOSTRADAS 102

PARTE XIV: MANDATO FINAL — LA CARGA DE LA PRUEBA SE HA INVERTIDO 103

APÉNDICE: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS FUNDAMENTALES 104

INFORME DE CONVERGENCIA CIENTÍFICA 108

LA ASIMETRÍA ESTRUCTURAL DEL DERECHO PENAL: LA IMPUNIDAD EPISTÉMICA DEL ESTADO Y LA NECESIDAD DE TIPIFICAR LA IATROGENIA INSTITUCIONAL 158

CAPA 5: EL MARCO TEÓRICO Y RETÓRICO DE LA NIVELACIÓN PENAL 196

CAPA 6 (SECCIÓN COMPLEMENTARIA): LA ARQUITECTURA DEL BLOQUEO SISTÉMICO 266

7: CONCLUSIONES — EL ESPEJISMO DE LA INDEPENDENCIA Y LA INDEFENSIÓN ESTRUCTURAL DEL CIUDADANO 275

Introducción: el espejismo del soberano y la gramática del encierro

Este libro se ocupa de una pregunta: **¿por qué el Estado, que se presenta como garante de la libertad y la justicia, puede privar de libertad a millones de personas sin que sus propios agentes rindan cuentas por los daños que esa privación produce?**

La dificultad de la pregunta no es casual. No se debe a que sea difícil de responder, sino a que la respuesta amenaza con desmontar el relato fundacional del Estado moderno. Si el monopolio de la violencia legítima —esa promesa hobbesiana de paz a cambio de sumisión— se revela como una tecnología de producción de daño sistemático, y si el derecho penal, que debía ser la «carta magna del ciudadano», resulta ser un manual de subordinación de tipo clasista (agentes cumpliendo funciones del Estado Vs. agentes no cumpliendo funciones del Estado), entonces el edificio entero del constitucionalismo liberal se agrieta desde sus cimientos.

Este libro no es un ensayo de opinión ni un panfleto abolicionista. Es el resultado de un trabajo de ingeniería inversa sobre el discurso jurídico, penitenciario y político que ha legitimado el encierro masivo durante los últimos dos siglos. Su método es, a la vez, genealógico, empírico y formal. Genealógico, porque rastrea las capas de justificación que se han acumulado históricamente para hacer del encierro una respuesta «natural» al delito. Empírico, porque somete esas justificaciones a la prueba de la evidencia científica disponible —neurobiología, criminología experimental, epidemiología, economía, sociología, antropología. Formal, porque expone las contradicciones lógicas y gramaticales que subyacen al discurso normativo que blinda al Estado contra su propia responsabilidad.

El texto que el lector tiene entre manos se organiza en dos grandes movimientos.

El primero, contenido en las **Capas 1 a 4**, es una demostración negativa: el encierro institucional estándar no funciona, daña, es carísimo, desintegra familias y comunidades, contradice los principios del Estado de Derecho y no es ni natural ni inevitable. Esta demostración no se apoya en una sola disciplina, sino en la convergencia de múltiples saberes que, con métodos independientes, llegan a la misma conclusión. La carga de la prueba, por tanto, se invierte: ya no se trata de preguntar por qué deberíamos liberar a los presos, sino de exigir al Estado que demuestre, con evidencia científica, por qué encarcelar a una persona concreta produce mejores resultados que las alternativas comunitarias.

El segundo movimiento, desarrollado en las **Capas 5 y 6**, es una demostración positiva y estructural. La **Capa 5** construye la arquitectura de la nivelación penal: un marco teórico y retórico (republicanismo, *accountability* horizontal), un blindaje epistémico (la ciencia como estándar), una crítica de la economía política del castigo (*Public Choice*), una refutación de los dogmas del excepcionalismo estatal, un conjunto de siete mecanismos operativos (desde el modelo Basaglia hasta las cláusulas *sunset*), una ingeniería procesal (*habeas corpus* epistémico, *willful blindness* como dolo,

ruptura del monopolio fiscal) y, finalmente, ejemplos tipológicos de delitos que los agentes del Estado deberían poder cometer, con la clara advertencia de que la redacción definitiva corresponde a un Consejo Independiente de Expertos ajeno al aparato estatal.

La **Capa 6**, por su parte, da el salto de la propuesta al diagnóstico de la imposibilidad. Demuestra formalmente que el sistema de control constitucional —legislativo, judicial, fiscal, internacional, epistémico— está diseñado como un sistema cerrado que no puede controlar al soberano porque cada mecanismo de control es bloqueado por los propios agentes que deberían ser controlados. El Estado de Cosas Inconstitucional no es una anomalía; es el equilibrio del sistema.

La **Conclusión** (Capítulo 7) cierra el círculo articulando este análisis con la tesis del *espejismo de la sustancia*: la impunidad del Estado y la indefensión del ciudadano no son fruto de una conspiración, sino de una gramática reificadora que oculta la agencia y el interés de los agentes concretos bajo el manto de «el Estado», «la ley» o «la independencia de poderes». La nivelación penal, por tanto, no es una reforma técnica; es una operación de des-reificación: devolver la responsabilidad a las personas que deciden, legislan, juzgan y administran.

Este libro no ofrece recetas fáciles ni consuelo moral. No dice qué hacer exactamente, pero sí demuestra que el statu quo es insostenible por contradicciones lógicas y empíricas que pueden ser formalizadas y verificadas. El lector encontrará aquí una caja de herramientas, no un manual de instrucciones. La pregunta final —cómo se traduce esta demostración en acción política, litigio estratégico o presión internacional— queda abierta. Pero la puerta ya no puede cerrarse con el argumento de que «no hay alternativa» o de que «la ciencia no sabe». La ciencia (sus agentes) sabe, y el derecho (sus agentes) también, si se atreve a mirarse al espejo.

Sobre la voz narrativa y la honestidad intelectual: El lector notará que en este texto utilizamos con frecuencia la primera persona del plural («nosotros», «hemos»). No es un recurso retórico de autoridad, sino una declaración de responsabilidad. Cada afirmación que se hace aquí está respaldada por evidencia, y cuando no lo está, se explicita. La arquitectura del texto está diseñada para que cualquier lector pueda verificar, discutir y, si es necesario, refutar sus argumentos. La transparencia es la única garantía que ofrecemos.

GENEALOGÍA DEL ENCIERRO: LOS ARGUMENTOS FORMALES Y LEGALES QUE JUSTIFICARON LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

I. APERTURA: EL DESTIERRO IMPOSIBLE Y LA INVENCIÓN NECESARIA

La tesis que afirma que el encierro habría surgido como sustituto funcional del destierro una vez que las fronteras nacionales volvieron impracticable la expulsión

física del transgresor, es una hipótesis plausible y sostenida por una parte de la historiografía jurídica, pero debe ser matizada con rigor antes de convertirse en tesis explicativa única. El destierro no desapareció simplemente porque los Estados nacionales consolidaran sus fronteras entre los siglos XVII y XIX; también desapareció porque las condiciones sociales que lo hacían viable se erosionaron: la existencia de tierras "vacías" o comunales donde el desterrado pudiera subsistir, la posibilidad de que otra comunidad lo acogiera, y la estructura de honor y reciprocidad que permitía a una comunidad simplemente expulsar a un miembro sin asumir la responsabilidad de su destino posterior.

Cuando el Estado moderno consolidó el monopolio de la violencia legítima (en la formulación de Weber) y el monopolio del espacio territorial, la expulsión física se volvió problemática por tres razones simultáneas: (1) no había ya "afuera" —todo territorio pertenecía a algún Estado que no tenía obligación de aceptar al expulsado; (2) la expulsión transfería el problema a otra jurisdicción, lo cual contradecía el principio de soberanía territorial emergente; (3) la expulsión dejaba al transgresor libre, mientras que la lógica estatal emergente requería que el castigo fuera visible, controlado y ejemplar dentro del propio territorio.

Corrección de precisión histórica fundamental: El destierro **no desaparece** en el siglo XIX; se **transforma**. La evidencia histórica muestra que el llamado "destierro imposible" fue en realidad un destierro que cambió de escala y de destino, convirtiéndose en **transporte penal ultramarino** y **deportación colonial**. Este es el eslabón perdido que conecta directamente la hipótesis del "destierro imposible" con la consolidación del encierro como pena principal.

1.1. El destierro en la historia comparada: una convergencia global

El destierro no fue una peculiaridad occidental. En todas las grandes civilizaciones premodernas, la expulsión territorial del transgresor funcionó como respuesta penal principal o secundaria:

- **Roma**: la *deportatio* (expulsión perpetua con pérdida de ciudadanía y confiscación de bienes) y la *relegatio* (expulsión temporal sin pérdida de ciudadanía) constituían penas principales. La *deportatio* era efectivamente una "muerte civil", una pena mucho más severa que la expulsión geográfica [EVIDENCIA: Mommsen, 1899; Cloud, 1989].

- **China imperial**: el *liu* (exilio a distancias graduadas: 2.000 a 3.000 *li*) era la cuarta de las Cinco Penas (*Wuxing*), por debajo de la muerte. El exilio operaba como castigo severo para delitos graves que no merecían la capital, con destinos específicos en regiones fronterizas [EVIDENCIA: Johnson, 1997; MacCormack, 1996].

- **Derecho germánico**: la proscripción (*Friedlosigkeit*) era una forma radical de destierro: el proscrito perdía toda protección jurídica; cualquiera podía matarlo sin consecuencias. Era una expulsión ontológica de la comunidad política [EVIDENCIA: Brunner, 1964].

- **Mundo islámico**: el destierro temporal (*nafy*) o la expulsión de la ciudad aparecen en las fuentes clásicas como forma de *ta'zir* (pena discrecional), especialmente para delitos contra el orden público o la moral [EVIDENCIA: Peters, 2005].

- **Rusia imperial**: el destierro a Siberia (*ssylka*) fue una pena principal desde el siglo XVII, combinada con trabajos forzados mineros (*katorga*), funcionando como colonización económica del vasto territorio siberiano [EVIDENCIA: Wood, 2016].

Esta convergencia global sugiere que el destierro respondía a una lógica común: la comunidad política se protegía expulsando al transgresor de su territorio, en lugar de mantenerlo dentro. La consolidación del Estado territorial moderno —que reclamaba soberanía exclusiva sobre un territorio delimitado y cerraba las fronteras— eliminó la posibilidad de esa expulsión. El "afuera" dejó de existir como solución viable.

1.2. La evidencia histórica documentada del "destierro imposible" y su transformación en transporte penal

Esta hipótesis no es solo una abstracción teórica; cuenta con puntos de inflexión histórica documentados donde la transición del destierro al encierro coincide temporalmente con el cierre de las fronteras de expulsión:

1. **Inglaterra**: La *Transportation Act* de 1718 institucionalizó el destierro a Norteamérica. Tras la independencia estadounidense (1776), Inglaterra perdió su principal destino de destierro. La solución interina fueron los *hulks* (barcos prisión anclados en el Támesis), un híbrido de encierro y destierro fallido, hasta la consolidación del destino australiano en 1788 [EVIDENCIA: Shaw, 1966; Ignatieff, 1978].

2. **Francia**: La deportación colonial (Guyana, Nueva Caledonia) funcionó como destierro moderno hasta mediados del siglo XX. La imposibilidad de continuar con la deportación tras la descolonización coincide con el crecimiento y consolidación de la población penitenciaria metropolitana [EVIDENCIA: Ekirch, 1987; Toth, 2006].

3. **Rusia**: El destierro a Siberia fue pena principal desde el siglo XVII. La prisión moderna rusa y el posterior *gulag* soviético (un híbrido de destierro, trabajo forzado y encierro) se consolidaron tras la abolición formal del destierro siberiano en 1900 [EVIDENCIA: Wood, 2016].

4. **Australia y el fin de la transportación**: Entre 1788 y 1868, aproximadamente 162.000 convictos fueron transportados a las colonias australianas. El movimiento anti-transportación de las colonias ya establecidas (que no querían seguir recibiendo población penal) forzó el fin del sistema en 1868. Es exactamente en la segunda mitad del siglo XIX cuando el sistema penitenciario doméstico británico se consolida definitivamente, construyendo prisiones como

Pentonville (1842) y aprobando las *Penal Servitude Acts* de 1853 y 1857 [EVIDENCIA: Shaw, 1966; Hughes, 1987].

Dato comparado de peso: En 1850, Australia recibía más convictos por año que la población carcelaria total de Inglaterra en 1700. El "afuera" existió, pero se cerró por decisión política de las colonias, no por imposibilidad geográfica. El transporte penal fue la *verdadera* sustitución masiva del destierro premoderno, y su agotamiento —no por falta de territorio sino por resistencia política de los destinos coloniales— es el detonante inmediato de la prisión doméstica moderna.

1.3. La convergencia de factores: más que un sustituto funcional

Sin embargo, la afirmación de que el encierro "sustituyó" al destierro por necesidad funcional es una simplificación. Los historiadores del castigo —Spierenburg, Ignatieff, Rusche y Kirchheimer, Melossi y Pavarini— han demostrado que la prisión como pena no surgió como solución de ingeniería penal ante la imposibilidad del destierro, sino como resultado convergente de múltiples procesos: la transformación de las relaciones laborales tras la crisis del feudalismo, la emergencia de una nueva concepción del cuerpo y del tiempo, la influencia de la teología penitencial cristiana, el utilitarismo ilustrado y las necesidades de disciplina de la mano de obra industrial.

Rusche y Kirchheimer (1939) vincularon las formas del castigo al mercado de trabajo: cuando el trabajo es escaso, el castigo tiende a utilizar el trabajo forzado (galeras, trabajos públicos); cuando el trabajo es abundante, el castigo tiende al encierro puro. Esta tesis ha sido criticada por determinismo económico (Garland, Beattie), pero sigue siendo un eje analítico útil si se combina con factores culturales, ideológicos y geopolíticos.

1.4. El giro ontológico del poder: del espacio al tiempo

Como señaló Foucault, la transición no fue solo espacial, sino ontológica: el poder punitivo pasó de operar sobre el *espacio* (el cuerpo expulsado) a operar sobre el *tiempo y el alma* (el cuerpo retenido, cronometrado y disciplinado). La prisión no es solo un sustituto funcional; es una tecnología de control cualitativamente distinta que permite la vigilancia continua y la extracción de subjetividad [EVIDENCIA: Foucault, 1975].

La pregunta que formulamos aquí es más precisa: ¿qué argumentos formales, filosóficos y legales esgrimieron los agentes que diseñaron, legislaron y aplicaron el encierro para justificarlo ante la sociedad? Y, crucialmente, ¿cómo se sostienen esas justificaciones frente a la evidencia empírica contemporánea?

II. LA ANTIGÜEDAD Y LA EDAD MEDIA: CUANDO EL ENCIERRO NO ERA PENA

Un error historiográfico frecuente consiste en proyectar la función actual de la prisión sobre todas las épocas anteriores. Los datos disponibles muestran que, durante la mayor parte de la historia jurídica occidental, el encierro no fue una pena en sí mismo, sino una medida de custodia preventiva o de contención temporal. Esta afirmación, que puede parecer contraintuitiva desde la perspectiva contemporánea, se confirma al examinar las fuentes jurídicas y la práctica penal de la Antigüedad y la Edad Media.

2.1. Roma: la custodia y el ergastulum

El derecho romano conocía diversas formas de privación de libertad, pero ninguna funcionaba como pena principal autónoma en el sentido moderno. La custodia pública (*carcer*) era una medida preventiva: se encerraba al acusado mientras se esperaba el juicio o la ejecución. La *Lex Iulia de vi* (s. I a.C.) regulaba el encarcelamiento preventivo, pero la pena de muerte, la *deportatio* (expulsión perpetua con pérdida de ciudadanía), la *relegatio* (expulsión temporal), los trabajos forzados en minas (*ad metalla*) y las multas constituían las penas principales [EVIDENCIA: Mommsen, 1899; Kelly, 1966].

Precisión sobre el *Carcer Tullianum* (Mamertino): Era la única cárcel estatal en Roma, y su función era exclusivamente la custodia preventiva (*custodia publica*). Las penas romanas eran la muerte, la *damnatio ad metalla* (trabajo en minas), la *deportatio*, la *relegatio*, la multa y la *ignominia* (pérdida de derechos políticos). El *ergastulum*, por su parte, era una institución **privada** para esclavos (*servi*), bajo el *ius vitae necisque* del *dominus* —no una pena pública.

Innovación cristiana (siglos IV-V): Constantino prohibió los *ergastula* privados (315 d.C.) y obligó a los obispos a visitar las cárceles. Con esta medida nace la **"custodia caritativa"**: el encierro como ocasión de conversión, un antecedente directo de la "prisión penitencial" que se desarrollará en la Edad Media [EVIDENCIA: Cloud, 1989].

La máxima jurídica de Ulpiano: Es crucial citar textualmente la máxima clásica que rigió durante dos milenios antes de la invención de la prisión penal:

"Carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet" (La cárcel debe servir para custodiar a los hombres, no para castigarlos). — **Ulpiano**, *Digesto* 48.19.8.9.

Esta cita es un dato de peso enorme: el propio derecho romano clásico distinguía conceptualmente, con precisión doctrinal, la custodia de la pena —distinción que el sistema penal moderno diluyó progresivamente al convertir el encierro en la pena misma. La máxima de Ulpiano es una evidencia de primer orden de que el encierro como castigo no era una categoría jurídica reconocida en la tradición romana.

La muerte civil y la brutalidad doméstica: La *deportatio* romana no era un simple destierro; incluía la confiscación de bienes y la *interdictio aquae et ignis* (privación de agua y fuego), lo que la convertía efectivamente en una "muerte civil", una pena

mucho más severa que la expulsión geográfica [EVIDENCIA: Cloud, 1989]. Por su parte, el *ergastulum* no era un mero encierro disciplinario doméstico, sino un espacio de trabajo forzado en condiciones de brutalidad extrema, comparable por algunos historiadores a la esclavitud de plantación [EVIDENCIA: Bradley, 1984]. Asimismo, la *custodia* incluía a los deudores encerrados hasta pagar (*nexum*), una práctica que persistió en los hechos durante siglos a pesar de su abolición formal [EVIDENCIA: Cloud, 1989].

Los emperadores cristianos, a partir de Constantino, intentaron regular el *ergastulum* y limitarlo, pero nunca lo convirtieron en modelo de pena pública. La *deportatio* y la *relegatio* romanas funcionaban como destierro formal: se expulsaba al condenado de la comunidad política, con pérdida o conservación de la ciudadanía según la gravedad. Este modelo era viable porque Roma operaba como un imperio territorial expansivo donde siempre había "afuera".

2.2. El derecho germánico: la composición y el destierro

El derecho germánico altomedieval (los códigos visigótico, salico, burgundio, lombardo) operaba bajo una lógica radicalmente distinta a la romana y a la moderna. La respuesta principal al delito no era la privación de libertad, sino la composición económica: el *wergeld* (precio del hombre), una suma que el ofensor pagaba a la víctima o a su familia para evitar la *vendetta* (*faida*). El *Liber Iudiciorum* visigodo (654) y las leyes de Etelberto de Kent (c. 600) contienen tablas detalladas de compensaciones por cada tipo de lesión [EVIDENCIA: Brunner, 1964].

Matización crucial: El *wergeld* no es simplemente una "multa" en el sentido moderno; es el **precio de la paz** (*Friedensgeld*), un mecanismo para evitar la venganza privada (*faida*) y restaurar el equilibrio entre linajes. La composición económica no era una sanción estatal, sino un acuerdo entre partes mediado por la comunidad.

Cuando la composición no era posible o el delito era demasiado grave, el derecho germánico recurría a dos medidas: la muerte y la proscripción (*Friedlosigkeit*). La proscripción era una forma radical de destierro: el proscrito perdía toda protección jurídica; cualquiera podía matarlo sin consecuencias. Era, en efecto, una expulsión ontológica de la comunidad política —no solo del territorio, sino de la *ley misma* [EVIDENCIA: Brunner, 1964].

Ausencia de prisión: No se trataba de una "falta de infraestructura" material, sino de una **concepción jurídica distinta**: el delito era un conflicto *interpersonal*, no una ofensa al Estado. El Estado no tenía el *ius puniendi* monopolizado; la comunidad y los linajes eran los principales agentes de la respuesta al daño. En este sistema, no había espacio conceptual para la privación de libertad como pena: el tiempo no era una mercancía susceptible de ser expropiada, y la comunidad no tenía infraestructura ni interés en mantener encerrado a nadie durante períodos prolongados.

2.3. El derecho canónico: la invención teológica de la prisión como penitencia

El aporte del derecho canónico medieval a la historia del encierro es quizás el más subestimado por la historiografía secular, y sin embargo es constitutivo del modelo penitenciario moderno. La Iglesia medieval desarrolló la prisión eclesiástica como instrumento de penitencia: el objetivo del encierro del clérigo que había pecado era crear las condiciones para la contrición, la reflexión y la reconciliación con Dios [EVIDENCIA: Pugh, 1968; Geltner, 2008].

Corrección cronológica y conceptual: El texto original menciona la Regla de San Benito (siglo VI) como antecedente, pero esta regla es anterior al derecho canónico formal y establecía principios de comunidad monástica, no un sistema penitenciario sistemático. La institucionalización de la prisión eclesiástica como *medicina animae* se desarrolló principalmente a partir del siglo XII-XIII, no desde el siglo VI.

El monasterio funcionó como modelo: la celda individual, el silencio, el trabajo, la oración y la reflexión constituían una tecnología de transformación interior. La Regla de San Benito (s. VI) establecía procedimientos de corrección fraterna que incluían el aislamiento. Pero fue **Graciano** (c. 1140) en su *Decretum* quien sistematizó la distinción entre *poena medicinalis* (pena medicinal, orientada a la enmienda) y *poena vindicativa* (pena vindicativa, orientada a la retribución). La prisión canónica era *medicinalis*: buscaba la *emendatio* (enmienda) del pecador.

El **Cuarto Concilio de Letrán (1215)** impuso la confesión anual obligatoria (*Omnis utriusque sexus*), consolidando la idea de que la transgresión requiere un proceso interior de examen y arrepentimiento. Esta institucionalización de la introspección obligatoria es un antecedente directo de las tecnologías del yo que Foucault identificaría en la prisión moderna.

La prisión inquisitorial y la tecnología psicofísica: Es vital notar que el Cuarto Concilio de Letrán también sentó las bases de los procedimientos inquisitoriales que llevaron al desarrollo de prisiones eclesiásticas para herejes. La Inquisición medieval utilizó el encierro prolongado y el aislamiento como pena para herejes no arrepentidos, influyendo directamente en la arquitectura penitenciaria moderna [EVIDENCIA: Peters, 1985; Geltner, 2008]. Además, la *medicina animae* (medicina del alma) no era puramente espiritual: incluía prácticas de ayuno, vigilia, trabajo manual y aislamiento que operaban sobre el cuerpo para producir transformación interior. La prisión eclesiástica era una **tecnología psicofísica** de sometimiento, no solo un retiro espiritual [EVIDENCIA: Pugh, 1968].

Prisiones episcopales: Para clérigos reos de delitos graves, los obispos desarrollaron prisiones episcopales cuyo objetivo era la **restauración al ministerio** —una forma de rehabilitación funcional que constituye la primera "prisión rehabilitadora" documentada en Occidente. Estas prisiones no eran penas de duración determinada, sino que dependían del arrepentimiento del clérigo, anticipando las sentencias indeterminadas del siglo XIX.

Precisión sobre el tipo de afirmación: La teología penitencial medieval, cuando declara que el encierro produce *medicina animae*, no está haciendo una afirmación verificable en el sentido empírico moderno — está haciendo una afirmación teológica sobre la eficacia de la gracia divina mediada por la contrición, que por su propia naturaleza no se somete a verificación empírica mundana. Esta distinción entre afirmación teológica y afirmación empírica es crucial para no atribuir al derecho canónico una pretensión de eficacia rehabilitadora que no tenía en su propio marco conceptual.

2.4. Las cárceles municipales medievales

Las ciudades medievales italianas, flamencas y alemanas desarrollaron cárceles municipales desde el siglo XII, pero su función principal seguía siendo la custodia preventiva y la contención de deudores. Los *Statuta* de numerosas ciudades italianas regulaban las condiciones de las cárceles, la alimentación de los presos y la separación por sexo y condición social. Las cárceles medievales no estaban diseñadas para la transformación moral; estaban diseñadas para retener personas hasta el juicio, la ejecución o el pago de la deuda [EVIDENCIA: Geltner, 2008; Spierenburg, 1991].

La prisión de deudores como motor económico: En los siglos XIII-XV, más del 60% de los presos en Florencia, Bolonia, París y Londres eran deudores (*captio debitoris*). La función de la prisión no era el castigo, sino la **coacción para el pago** (*contrainte par corps*), una herramienta crediticia al servicio de los acreedores. Las familias de los presos pagaban su manutención (*alimenta*), convirtiendo la prisión en un **negocio privado** donde el carcelero era un empresario que obtenía beneficios de los presos y sus familias. Esta lógica económica —el pago por privilegios, la subcontratación de la gestión, la explotación del trabajo de los presos— es el antecedente directo de la economía interna de la prisión moderna y de las prisiones privadas contemporáneas [EVIDENCIA: Geltner, 2008].

Como documenta Geltner (2008), la distinción entre "custodia" y "pena" era más difusa en la práctica: en las cárceles municipales italianas del siglo XIII, el tiempo de encierro para deudores y ciertos delincuentes menores comenzaba a funcionar *de facto* como una sanción prolongada, aunque no estuviera formalmente codificada como "pena" en los estatutos. La novedad moderna no es el encierro *per se*, sino su sistematización legal, su vinculación al trabajo disciplinado y su justificación terapéutica [EVIDENCIA: Geltner, 2008].

III. LA EVIDENCIA COMPARADA GLOBAL: EL ENCIERRO FUERA DE OCCIDENTE — SISTEMAS TRADICIONALES, EXPORTACIÓN COLONIAL Y ALTERNATIVAS CONTEMPORÁNEAS

Un sesgo eurocéntrico frecuente es asumir que la prisión es la respuesta "natural" o inevitable de cualquier sociedad compleja ante el delito. La antropología jurídica y la historia comparada demuestran que el encierro masivo de larga duración es una

excepción histórica y geográfica. La universalización de la prisión no es una evolución natural de la justicia humana, sino la difusión de una tecnología específica del colonialismo europeo y del capitalismo industrial mediante la dominación imperial.

3.1. China imperial: el sistema de las Cinco Penas (五刑, wǔ xíng)

El derecho penal chino imperial, codificado de forma más completa en el *Código Tang* (唐律, 653 d.C.) —uno de los códigos legales más influyentes de Asia oriental, que sirvió de modelo directo para los códigos de Japón, Corea y Vietnam premodernos— organizaba las penas en cinco categorías graduadas:

1. **Chi** (笞): azotes con vara ligera (10-50 golpes).
2. **Zhang** (杖): azotes con vara pesada (60-100 golpes).
3. **Tu** (徒): servidumbre penal temporal con trabajos forzados (1-3 años).
4. **Liu** (流): exilio a distancias graduadas (2.000 a 3.000 *li*, aproximadamente 1.000-1.500 km).
5. **Si** (死): pena de muerte por estrangulamiento o decapitación.

Función de la prisión (*Jianyu*, 監獄): La cárcel existía exclusivamente como lugar de detención preventiva para esperar el juicio, la tortura procesal o la ejecución. El confinamiento celular en sí mismo **jamás fue concebido como pena retributiva o correccional** en el derecho dinástico chino. El sistema chino clásico sí contemplaba una forma de privación de libertad con trabajo forzado (*tu*) como pena intermedia, con duraciones típicas de uno a tres años, pero la pena de mayor gravedad relativa por debajo de la muerte no era el encierro sino el **exilio graduado por distancia** (*liu*), replicando en un contexto completamente independiente de la tradición romano-germánica la misma lógica de destierro territorial escalonado que en Roma era la *relegatio*/*deportatio*.

La convergencia entre civilizaciones sin contacto directo (China imperial y Roma clásica) en usar el destierro graduado como pena principal por debajo de la capital, y reservar la privación de libertad prolongada para funciones de custodia o trabajo forzado de duración limitada, es un dato empírico que refuerza sustancialmente la hipótesis general sobre la centralidad histórica del destierro como respuesta pre-moderna dominante.

Datos adicionales sobre el exilio chino: Durante las dinastías Han, Tang y Song, el exilio a regiones fronterizas (como el sur de China o las fronteras del norte) era una pena severa que implicaba no solo desplazamiento geográfico, sino también la pérdida de estatus social y la separación familiar. Sin embargo, a diferencia del encierro moderno, el exiliado conservaba su libertad de movimiento dentro de la región de destino y podía, en muchos casos, reintegrarse a la sociedad tras el cumplimiento de la pena. Este sistema era viable porque China mantenía comunicación y control

administrativo sobre todo su territorio, eliminando la "imposibilidad del afuera" que caracterizó a los Estados nacionales europeos.

Occidentalización forzada (1902–1910): A finales de la dinastía Qing, el jurista Shen Jiaben lideró la modernización penal bajo la presión de las potencias occidentales (que exigían la abolición de los castigos corporales tradicionales como condición para revocar los tratados desiguales y la extraterritorialidad jurídica). El *Código Penal de la Gran Dinastía Qing* (1910) adoptó el modelo penitenciario japonés-occidental, sustituyendo los azotes y el destierro por la privación de libertad graduada en años [EVIDENCIA: Johnson, 1997; MacCormack, 1996; Dikötter, 2002].

3.2. El derecho islámico clásico (*Fiqh*): la marginalidad del *Habs*

El derecho penal islámico clásico organiza las sanciones en tres categorías:

1. **Hudud** (حدود): delitos con pena fija establecida por texto religioso (robo, adulterio, difamación, apostasía, consumo de alcohol, bandidaje). Las penas son predominantemente corporales (amputación, flagelación), pecuniarias o capitales, y operan bajo estándares probatorios extraordinariamente exigentes (por ejemplo, cuatro testigos presenciales directos para el adulterio) que en la práctica histórica hacían su aplicación efectiva mucho más rara de lo que sugiere su fama.

2. **Qisas** (قصاص): talión o compensación por delitos contra las personas, con la víctima o su familia teniendo derecho a exigir retribución equivalente, perdonar, o aceptar *diya* (compensación económica).

3. **Ta'zir** (تعزير): delitos y sanciones discrecionales, dejadas al criterio del juez o gobernante.

El estatus del encarcelamiento (*Habs* / *Sijn*): Como documentan Al-Mawardi (*Al-Ahkam al-Sultaniyya*) e Ibn Qayyim al-Jawziyya, el encierro no era una pena aflictiva estándar. Se limitaba a:

- Detención preventiva para investigación (*habs al-tuhma*).
- Coacción civil para obligar al deudor solvente a pagar (*habs al-madin*).
- Detención indeterminada reservada exclusivamente para infractores incorregibles hasta que mostraran arrepentimiento (*tawba*).

Es notable que **la privación de libertad prolongada no forma parte de las penas *hudud* clásicas**. El sistema *qisas/diya* es particularmente relevante en términos comparativos con la tradición germánica del *wergeld*: ambos sistemas priorizan la compensación a la víctima o su familia y el restablecimiento de una relación entre las partes, por sobre la privación de libertad del ofensor como respuesta estatal centralizada —lo cual sugiere que la lógica compensatoria/restaurativa no es una peculiaridad germánica aislada sino un patrón recurrente en sistemas jurídicos preestatales o de estatalidad limitada en distintas regiones del mundo [EVIDENCIA: Peters, 2005; El-Awa, 1982].

Innovaciones islámicas: Diyya, Kaffara y Sulh: El derecho islámico desarrolló mecanismos como la *Diyya* (indemnización por daño), la *Kaffara* (expiación voluntaria mediante trabajo o ayuno) y el *Sulh* (conciliación entre las partes), todos ellos orientados a la reparación y la paz social, no al aislamiento del ofensor. La *Hisba* (supervisión comunitaria) funcionaba como un mecanismo de control social horizontal que evitaba el encierro. Como documenta **Vogel (1990)**, el encierro como pena principal es una innovación posterior que no aparece en los textos clásicos del derecho islámico hasta el siglo XIX, cuando fue introducido mediante la codificación napoleónica.

La colonización penal: La prisión moderna fue introducida en el mundo islámico mediante la codificación napoleónica (Código Penal Otomano de 1858) y la administración colonial británica y francesa en el siglo XIX, desmantelando los sistemas de restitución de la *Diya*. El Imperio Otomano ofrece otro caso de transición documentada: hasta las reformas del Tanzimat (1839-1876), operaba un sistema dual de *sharia* (jurisdicción religiosa) y *kanun* (derecho secular del sultán). Las reformas del Tanzimat introdujeron códigos penales de inspiración francesa, incorporando la prisión como pena principal moderna —otro ejemplo de transferencia institucional consciente, motivada por la necesidad de modernización defensiva frente a la presión europea [EVIDENCIA: Peters, 2005].

3.3. Rusia imperial: la *Katorga* y el destierro como colonización extractiva

En el Imperio Ruso (desde el *Ulozhenie* de 1649 hasta los Códigos de 1845), el destierro siberiano (*ssylka*) combinado con trabajos forzados mineros (*katorga*) funcionó como el pilar del sistema punitivo. El Estado zarista no encerraba entre muros urbanos; utilizaba el vasto territorio siberiano como una **geografía carcelaria de colonización económica**. La prisión cerrada solo emergió masivamente a finales del siglo XIX, cuando el desarrollo industrial exigió centros de detención cerrados en la Rusia europea, proceso que luego derivaría en el sistema concentracionario del GULAG [EVIDENCIA: Wood, 2016].

El destierro siberiano era, en esencia, una forma de colonización penal: los convictos eran enviados a regiones periféricas para trabajar en minas, construir caminos y colonizar territorios. Este sistema combinaba la expulsión territorial con el trabajo forzado, y funcionó durante siglos porque Rusia disponía de un "afuera" siberiano prácticamente infinito. La abolición formal del destierro siberiano en 1900 no supuso el fin del destierro, sino su transformación en el sistema de *katorga* y, posteriormente, en el GULAG, que mantuvo la lógica de la geografía carcelaria como instrumento de colonización económica y control político.

3.4. Japón: del período Tokugawa a la occidentalización Meiji

El Japón Tokugawa (1603-1868) operó bajo un sistema penal derivado en parte del modelo chino Tang pero con adaptaciones propias, que incluía penas corporales, destierro (*tsuihō*, con variantes según distancia), trabajos forzados, y la pena capital, con un uso extendido de la responsabilidad colectiva familiar y comunitaria (*gonin-*

gumi, grupos de responsabilidad mutua de cinco familias) —un mecanismo de control social horizontal que sustituía en buena medida la necesidad de infraestructura carcelaria estatal centralizada: la comunidad misma era responsabilizada colectivamente por la conducta de sus miembros. Las prisiones (*roya*) en el período Edo estaban diseñadas más para degradación y contención temporal que para reforma o pena larga [EVIDENCIA: Botsman, 2005].

El cambio hacia la prisión moderna en Japón es un caso de estudio particularmente valioso porque es un ejemplo de transferencia institucional consciente y deliberada: tras la Restauración Meiji (1868), Japón envió misiones específicas a Europa y Estados Unidos (incluida la Misión Iwakura, 1871-73) para estudiar sistemas penitenciarios occidentales, y adoptó el Código Penal de 1880 (fuertemente influido por el modelo francés, a través del jurista francés Gustave Boissonade, contratado directamente por el gobierno japonés) y posteriormente el Código de 1907 de inspiración alemana. Este es uno de los casos históricos mejor documentados de adopción institucional deliberada del modelo carcelario occidental como parte de un proyecto explícito de modernización y de obtención de reconocimiento internacional (la abolición de los tratados desiguales que sometían a Japón a la jurisdicción consular extranjera estaba condicionada, entre otras cosas, a que Japón demostrara tener un sistema legal "civilizado" según estándares occidentales) —un dato que aporta una dimensión geopolítica y de poder colonial a la genealogía [EVIDENCIA: Botsman, 2005].

3.5. África precolonial: pluralidad de mecanismos y restitución comunitaria

La antropología jurídica africana (documentada extensamente por autores como Max Gluckman en su estudio clásico sobre los Barotse, y por trabajos posteriores sobre sistemas akan, igbo y zulú) muestra una notable diversidad de mecanismos de resolución de la transgresión que, en su gran mayoría, **no incluían el encierro prolongado como respuesta institucional**, por razones que además de culturales eran materiales: sociedades sin excedente económico suficiente para sostener población improductiva encerrada de forma sistemática tendían estructuralmente hacia soluciones de restitución, trabajo compensatorio para la parte ofendida, sanciones de estatus (pérdida temporal de ciertos derechos comunitarios), o en los casos más graves, ejecución o destierro. Los sistemas jurídicos de los reinos de África occidental (Mali, Songhai, Ashanti) operaban mediante compensación material al linaje de la víctima, destierro o rituales de reintegración comunitaria. El encarcelamiento como castigo era desconocido antes de la colonización europea [EVIDENCIA: Elias, 1956; Bernault, 2007].

Ubuntu y justicia restaurativa: En el sur de África, la filosofía *Ubuntu* ("I soy porque somos") hacía incompatible la privación de libertad con la concepción comunitaria de la persona. El daño rompía la red comunitaria, y la justicia consistía en tejerla de nuevo mediante la reparación y la reconciliación, no en aislar al ofensor. **Merry (2006)** documenta que en muchas sociedades tradicionales africanas, el encierro prolongado era culturalmente inaceptable porque la comunidad no podía "mantener encerrado" a un miembro sin asumir responsabilidad por su bienestar.

Un ejemplo particularmente estudiado es el sistema de justicia *gacaca* ruandés, que aunque su forma contemporánea (usada tras el genocidio de 1994) es una adaptación moderna, se basa en un mecanismo tradicional preexistente de resolución comunitaria de disputas mediante asambleas públicas orientadas a la confesión, la reparación y la reintegración, más que al encierro punitivo —y es notable que el propio Estado ruandés post-genocidio, enfrentado a decenas de miles de acusados y una capacidad carcelaria y judicial formal absolutamente insuficiente, recurrió deliberadamente a este mecanismo tradicional restaurativo como alternativa funcional al colapso del sistema penal formal de encierro, con resultados documentados de reintegración social a gran escala [EVIDENCIA: Bernault, 2007].

3.6. Pueblos originarios de las Américas

En el Tawantinsuyu (Inca) y la Triple Alianza (Azteca), las penas principales eran la muerte, el trabajo obligatorio (*mita*), las multas y el destierro. Las estructuras de confinamiento eran cárceles señoriales de custodia preventiva, no instituciones de castigo temporal [EVIDENCIA: Rostworowski, 1999; Soustelle, 1955].

Sistemas de justicia indígena contemporáneos: El sistema jurídico mapuche tradicional (*Az Mapu*) contemplaba la compensación material a la familia ofendida, el *pichi ñewen* (trabajo compensatorio) y, en casos extremos, la exclusión de la comunidad —pero no el encierro institucional prolongado, que es una institución introducida por completo con la colonización. Los sistemas de justicia indígena andina contemporáneos (reconocidos constitucionalmente en Ecuador y Bolivia bajo el paraguas del pluralismo jurídico) documentan mecanismos como el *ayni* invertido (trabajo comunitario compensatorio) y rituales de purificación/reincorporación pública, con el encierro breve (habitualmente días, no años) reservado como medida excepcional de contención inmediata, nunca como pena principal de duración prolongada [EVIDENCIA: Rostworowski, 1999].

Sistemas amerindios precolombinos: En el Imperio Azteca, el castigo incluía trabajo comunitario (*tlacoztli*) y restitución, no encierro. En el Imperio Inca, el exilio (*mitma*) era una medida de reorganización territorial, no castigo. Los sistemas mayas utilizaban ceremonias de purificación y restitución comunitaria [EVIDENCIA: Restrepo, 2009].

3.7. India: dharmaśāstra y el sistema colonial británico

El derecho hindú clásico (codificado en textos como las *Manusmṛti*, c. siglos II a.C.-II d.C.) contemplaba un sistema de penas (*daṇḍa*) fuertemente estratificado por casta —una característica sin paralelo directo en los sistemas ya mencionados, y que introduce una variable comparativa relevante: la misma transgresión podía acarrear penas de gravedad radicalmente distinta según la casta del transgresor y de la víctima, lo cual constituye un antecedente histórico documentado de un principio —la proporcionalidad de la pena determinada por el estatus social del sujeto, no solo por la gravedad del hecho— que contrasta agudamente con el principio de igualdad ante la ley que Beccaria formularía siglos después como fundamento del derecho penal

moderno, y que sigue siendo, en la práctica empírica contemporánea de casi todos los sistemas penales del mundo (incluidos los occidentales), un ideal normativo sistemáticamente contradicho por los datos de aplicación desigual de la pena según clase social, raza y origen [EVIDENCIA: Kane, 1930-1962; Olivelle, 2013].

El *Arthashastra* de Kautilya (c. 300 a.C.) y la *Manusmriti* establecen multas, mutilación y destierro con confiscación de bienes. Las prisiones (*bandhana-griha*) eran para retener acusados, no para castigarlos. El sistema penitenciario indio moderno es, en cambio, un producto casi puro de la administración colonial británica: el *Prisons Act* de 1894, todavía vigente en su estructura básica en la India independiente, y el sistema de "clases" penitenciarias diferenciadas según origen social del preso (una distinción heredada directamente de la administración colonial, que preveía condiciones de reclusión distintas para "presos europeos" y presos nativos), constituyen otro caso donde la prisión moderna llega como tecnología de importación colonial, no como desarrollo jurídico endógeno —patrón que se repite, con variantes locales, en la práctica totalidad de los sistemas penitenciarios de África, Asia y América colonizados entre los siglos XVI y XX [EVIDENCIA: Kane, 1930-1962; Olivelle, 2013].

3.8. Tabla comparativa de tradiciones no occidentales de respuesta al daño

Sociedad / Sistema	Respuesta Principal al Daño	Lógica	Fuente
Māori (Aotearoa/NZ)	*Whānau, Hapū, Iwi* → *Hui* (reunión), *Muru* (compensación), *Utu* (reciprocidad/restitución)	Restauración de la armonía (*mana*), reparación a víctima, reintegración ofensor	Mikaere (2011), Tauri (2016)
Navajo (Diné, EE.UU.)	*Peacemaking* (*Hozhooji Naat'aanii*) → Diálogo circular, restitución, "hablar el corazón"	Restauración de *Hózhó* (equilibrio/belleza), no castigo	Yazzie (1994), Zion (1998)
Ruanda (Post-1994)	*Gacaca* (comunidad juzga, confiesa, repara, reintegra)	Verdad + Reparación + Reconciliación masiva (1M+ casos)	Clark (2010), Penal Reform Intl
Canadá (First Nations)	*Sentencing Circles* (R. v. Moses 1992) → Juez + comunidad + víctima + ofensor	Sanación comunitaria, plan de vida, no aislamiento	Stuart (1996), RCAP 1996
África Subsahariana (Ubuntu)	*Ubuntu justice* → "Umuntu ngumuntu ngabantu"	Reparación relacional, el daño rompe la red, la justicia la teje	Mbiti (1969), Tutu (1999), Skelton

			(2013)
Islam (Sharia - Hudud/Qisas/Tazir)	*Qisas* (igualdad/talión controlado), *Diyya* (indemnización), *Tazir* (discrecional), *Sulh* (conciliación)	Derecho de la víctima + Interés público + Paz social	Kamali (1998), Hallaq (2009)
China Imperial (Tang-Song-Ming-Qing)	Cinco Penas (azotes, bastón, destierro, muerte) + Compensación a víctima + Confesión moral	Orden cósmico (*Li*), jerarquía, filialidad, restitución + corrección moral	Jones (1999), Chen (2013)
Japón (Edo/Meiji)	*Ie* (casa/linaje) responsabilidad colectiva → *Gonin-gumi* (grupos 5 familias)	Responsabilidad colectiva, reintegración vía vergüenza (*haji*) no culpa	Haley (1991), Foote (1996)

Conclusión comparada: El encierro prolongado en jaulas es una **anomalía histórica y cultural**. La norma antropológica en múltiples civilizaciones es la restitución, la restauración relacional, la reintegración y la vergüenza reintegrativa (Braithwaite). La prisión moderna es una invención occidental colonial, no una evolución natural de la justicia humana.

3.9. La exportación colonial del modelo penitenciario (siglos XIX-XX)

La universalización de la prisión no es un triunfo de la civilización o los derechos humanos, sino el resultado de la **imposición colonial**. El sistema penitenciario moderno se exportó a todo el mundo mediante la dominación imperial, y los Estados postcoloniales conservaron en gran medida los códigos penales coloniales sin transformación sustantiva.

Potencia Colonial	Modelo Exportado	Regiones	Mecanismo
Reino Unido	*Separate System* (Pentonville) → *Prison Act 1898*	India, África, Caribe, Malaya, Hong Kong, Australia, Canadá	*Indian Prisons Act 1894* (vigente en India/Pakistán/Bangladesh); *Prisons Ordinance* colonias
Francia	*Code Pénal 1810* + *Loi 1875* (individualización) + *Bagnes* coloniales	Argelia, Indochina, África Occidental, Guyana, Nueva Caledonia	*Code de l'Indigénat* (justicia sumaria), *Bagne* (trabajo forzado)
España	*Código Penal 1848/1870* +	Filipinas, Cuba, Puerto Rico,	*Ley de Presos Políticos*, *Presidios* (Fernando Poo, Ceuta)

	Reglamento Prisiones 1879	Guinea, Marruecos	
Portugal	*Código 1852/1886* + *Decreto 1936* (Estado Novo)	Angola, Mozambique, Goa, Timor, Brasil (herencia)	*Trabalho forçado* (trabajo forzado "civilizador")
Bélgica	*Loi 1870* (celular)	Congo (Estado Libre/Congo Belga)	*Travail obligatoire* (caucho, marfil), terror estatal
Japón (Imperio)	*Prison Law 1908* (modelo prusiano/francés)	Corea (1910-45), Taiwán, Manchuria	*Choseon Hyungbeop* (ley penal coreana), trabajo forzado

Datos clave: India (1947) heredó el *Indian Prisons Act 1894* (basado en el *Prison Act 1877* del Reino Unido). Hoy tiene más de 400.000 presos, con un 70% en prisión preventiva, bajo un modelo colonial vigente. África: 54 países, más de 1,1 millones de presos (2023), con leyes penitenciarias mayoritariamente coloniales (Reino Unido, Francia, Portugal, Bélgica) sin reforma sustancial, y sobrepoblación del 150-300%. Latinoamérica: códigos penales copiados de España, Francia e Italia (1880-1940), con la influencia de la Escuela Positiva (peligrosidad, medidas de seguridad) y un constitucionalismo formal que convive con una prisión preventiva masiva (40-60% de la población) y un populismo punitivo de *mano dura*.

Tesis: La prisión global no es "convergencia funcional", es **imposición colonial/neocolonial**. Las alternativas indígenas (restaurativas) fueron ilegalizadas, suprimidas o marginadas como "costumbristas" o "informales".

3.10. Modelos contemporáneos no occidentales alternativos

País / Sistema	Innovación	Resultados
Ruanda (Gacaca, 2001-2012)	12.000 tribunales comunitarios, 1,2 millones de casos, confesión → trabajo comunitario → reintegración	Reincidencia < 5% (estimado), reconciliación social masiva, costo 1/10 de la prisión
Nueva Zelanda (Family Group Conferences, 1989)	Ley *Children, Young Persons, and Their Families Act* → Conferencia familiar obligatoria antes de tribunal	70% de casos desviados, satisfacción víctima 90%, reincidencia ↓
Canadá (Gladue Reports, 1999)	Jueces *deben* considerar historial colonial (residential schools, foster care) al sentenciar indígenas	Reducción (leve) de la prisión indígena, enfoque restaurativo
Brasil (APAC, 1972+)	"Prisiones sin guardias", autogestión, trabajo, estudio,	Reincidencia 10-15% vs 60-70% del sistema

	familia, fe (ecuménica). 50+ unidades, 4.000 plazas.	regular. Costo 1/3.
Noruega (Halden, Bastoy, 1990s+)	"Principio de normalidad", arquitectura humana, ratio 1:1 staff/preso, vida "normal"	Reincidencia 18-20% (2 años), < 0,5% fugas, costo alto pero retorno social
Alemania (Offener Vollzug, § 11 StVollzG)	Prisión abierta (día trabajo fuera, noche cárcel), 30% presos en régimen abierto	Reincidencia ~30-40% vs 50% en cerradas, costo menor
Finlandia (Descarcelización 1950-2000)	Reforma legislativa sostenida: penas sustitutivas, multas día, libertad condicional amplísima	Tasa de prisión: 1950 = 200/100k → 2020 = 50/100k. **El crimen no subió.**

3.11. Nota epistemológica y de precisión historiográfica: sobre la difusión de la línea custodia/pena y las excepciones marginales

Advertencia metodológica contra el anacronismo categorial

La demostración genealógica desarrollada en las secciones precedentes sostiene que el encierro masivo, prolongado y medido en unidades de tiempo abstracto como pena principal del Estado moderno constituye una **anomalía histórica y cultural**, no una evolución natural de la justicia humana. Esta tesis permanece intacta. No obstante, por rigor epistemológico y para blindar el argumento contra lecturas simplificadoras o contraejemplos aparentes, es necesario precisar tres puntos de matización historiográfica que el propio cuerpo documental del texto ya contiene, pero que conviene explicitar en una síntesis autocorrectiva.

Primera matización: la difusión *de facto* entre custodia y pena en la práctica medieval

Hemos sostenido que, en la mayor parte de la historia jurídica occidental, el encierro fue custodia preventiva (*carcer ad continendos homines, non ad puniendos*, Ulpiano, *Digesto* 48.19.8.9) y no pena autónoma. Esta distinción conceptual es doctrinalmente precisa para el derecho romano clásico y para los estatutos formales de las ciudades medievales. Sin embargo, la historiografía reciente ha documentado que en la práctica cotidiana la frontera fue más permeable de lo que sugieren las tablas comparativas sintéticas. Como señala Geltner (2008), en las cárceles municipales italianas del siglo XIII —Florencia, Bolonia, París, Londres— el tiempo de encierro para deudores (*captio debitoris*) y para ciertos delincuentes menores comenzaba a funcionar *de facto* como una sanción prolongada, aunque no estuviera formalmente codificada como "pena" en los *Statuta* [EVIDENCIA: Geltner, 2008].

Este dato no contradice la tesis central; la confirma con matices. Lo que se observa en la práctica medieval no es una "prisión penitenciaria" en sentido moderno

(arquitectura celular, medición cronometrada del castigo, programa de rehabilitación declarado), sino una **osificación gradual** de la custodia preventiva y de la coacción civil (*contrainte par corps*) que adquiría efectos punitivos objetivos (pérdida de libertad, sufrimiento por hacinamiento, explotación del trabajo, pago por privilegios). La novedad moderna no es el encierro *per se*, sino su **sistematización legal**, su **vinculación al trabajo disciplinado industrial** y su **justificación terapéutica o retributiva formalizada** [EVIDENCIA: Geltner, 2008; Rusche y Kirchheimer, 1939]. Proyectar la categoría moderna de "pena privativa de libertad" sobre la práctica medieval sería, en sí mismo, un anacronismo metodológico que el texto evita.

Segunda matización: excepciones marginales de confinamiento punitivo premoderno

Aunque el encierro prolongado como respuesta penal hegemónica es excepcional en la historia comparada, existen **casos marginales** que deben reconocerse para evitar la acusación de selección sesgada de la evidencia:

a) El confinamiento inquisitorial y eclesiástico. El derecho canónico medieval desarrolló, a partir del siglo XII-XIII y especialmente tras el Cuarto Concilio de Letrán (1215), prisiones eclesiásticas para herejes no arrepentidos. La Inquisición medieval utilizó el encierro prolongado y el aislamiento como pena, influyendo directamente en la arquitectura penitenciaria moderna [EVIDENCIA: Peters, 1985; Geltner, 2008]. Asimismo, para clérigos reos de delitos graves, los obispos desarrollaron prisiones episcopales cuyo objetivo era la restauración al ministerio, anticipando las sentencias indeterminadas del siglo XIX [EVIDENCIA: Pugh, 1968]. Estos casos, sin embargo, operaban bajo una lógica teológica de *medicina animae* y disciplina eclesiástica, no bajo la lógica estatal de castigo proporcional por delito común. Eran **excepciones jurisdiccionales** (clérigos, herejes), no la respuesta penal estándar para la delincuencia ordinaria.

b) Los híbridos coloniales de destierro-encierro-trabajo forzado. En el Imperio Ruso, el sistema de *katorga* (trabajos forzados mineros combinados con destierro siberiano) funcionó desde el siglo XVII como pilar del sistema punitivo. La *katorga* no era una prisión doméstica moderna: era una **geografía carcelaria de colonización económica** donde la expulsión territorial, el trabajo forzado y la contención física operaban como un híbrido difícil de clasificar con las categorías modernas de "prisión" o "destierro" [EVIDENCIA: Wood, 2016]. Su abolición formal en 1900 no supuso el fin del destierro, sino su transformación en el sistema concentracionario del GULAG. Este caso confirma, más que refuta, la hipótesis general: cuando el Estado disponía de un "afuera" (Siberia) y necesitaba colonización extractiva, no encerraba entre muros urbanos; cuando el "afuera" se cerró, el encierro se consolidó.

c) Las formas de coerción corporal no carcelaria en África precolonial. Hemos señalado que en los sistemas jurídicos de los reinos de África occidental (Mali, Songhai, Ashanti) el encarcelamiento como castigo era desconocido antes de la colonización europea, operándose mediante compensación material, destierro o rituales de reintegración [EVIDENCIA: Elias, 1956; Bernault, 2007]. Es preciso aclarar

que esto no implica que dichas sociedades carecieran de violencia institucional extrema: la esclavitud penal, el cautiverio y las formas de coerción corporal severa existían en contextos específicos. La ausencia de prisión no equivalía a una justicia "suave". El punto relevante es que la **tecnología específica** del encierro masivo de larga duración en celdas individuales o colectivas como respuesta estatal estandarizada al delito común fue, efectivamente, una imposición colonial [EVIDENCIA: Bernault, 2007].

Tercera matización: contra la idealización de las alternativas premodernas

Una lectura descuidada de la evidencia comparada podría inferir que el texto sostiene que las sociedades premodernas eran "más humanas" o que sus respuestas a la transgresión eran intrínsecamente superiores a la prisión moderna. Esa inferencia sería falsa y el texto no la avanza. Las alternativas históricas eran, con frecuencia, brutalmente violentas:

- El *wergeld* germánico podía empobrecer a un linaje durante generaciones [EVIDENCIA: Brunner, 1964].
- La proscripción (*Friedlosigkeit*) era, *de facto*, una sentencia de muerte encubierta: el proscrito perdía toda protección jurídica y cualquiera podía matarlo [EVIDENCIA: Brunner, 1964].
- El destierro siberiano combinado con *katorga* era, para muchos condenados, una muerte lenta por congelación, inanición o sobretrabajo [EVIDENCIA: Wood, 2016].
- Las penas corporales del derecho islámico clásico (*hudud*) y chino imperial (*chi*, *zhang*) implicaban sufrimiento físico directo [EVIDENCIA: Peters, 2005; Johnson, 1997].

El argumento del texto no es que las sociedades premodernas fueran más benignas, sino que **la prisión moderna no es la única respuesta posible ni la inevitable culminación de un progreso civilizatorio**. La pregunta normativa no es "¿prisión o destierro?", sino "¿qué tecnología de intervención social produce menos daño neto y más reparación real para las partes afectadas?". La evidencia de las Capas 1 y 2 responde que, en términos de reincidencia, salud mental, costo social y preservación vincular, las alternativas comunitarias contemporáneas superan al encierro institucional. La genealogía histórica sirve para **desnaturalizar** la prisión —para romper el argumento de autoridad de la "inevitabilidad"—, no para establecer una jerarquía moral entre épocas.

Conclusión de la nota

Las excepciones marginales de confinamiento punitivo premoderno (inquisitorial, eclesiástico, colonial-siberiano) y la difusión *de facto* de la custodia hacia lo punitivo en la práctica medieval **confirman la regla general** en lugar de invalidarla: en ninguna de estas sociedades el encierro prolongado medido en unidades de tiempo abstracto funcionó como la pena hegemónica, universal y principal del sistema jurídico para el delito común. Esa configuración específica —la prisión moderna como

pena estándar— es, efectivamente, una invención reciente, contingente, ligada al capitalismo industrial y universalizada por el colonialismo europeo [EVIDENCIA: convergencia de Foucault, 1975; Rusche y Kirchheimer, 1939; Melossi y Pavarini, 1977; Bernault, 2007; Dikötter, 2002].

Bibliografía de la Sección 3.11

- Bernault, F. (2007). *A History of Prison and Confinement in Africa*. Heinemann.
- Brunner, O. (1964). *Land and lordship*. University of Pennsylvania Press.
- Dikötter, F. (2002). *Crime, Punishment and the Prison in Modern China*. Columbia University Press.
- Elias, T. O. (1956). *The Nature of African Customary Law*. Manchester University Press.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Gallimard.
- Geltner, G. (2008). *The medieval prison: A social history*. Princeton University Press.
- Johnson, W. (1997). *The Tang Code Vol. II*. Princeton University Press.
- Melossi, D., y Pavarini, M. (1977). *Cárcel y fábrica*. Siglo XXI.
- Peters, E. (1985). *Torture*. University of Pennsylvania Press.
- Peters, R. (2005). *Crime and Punishment in Islamic Law*. Cambridge University Press.
- Pugh, R. B. (1968). *Imprisonment in Medieval England*. Cambridge University Press.
- Rusche, G., y Kirchheimer, O. (1939). *Punishment and social structure*. Columbia University Press.
- Ulpiano. *Digesto* 48.19.8.9.
- Wood, A. (2016). *Crime and Punishment in Russia*.

IV. LA ECONOMÍA POLÍTICA PROFUNDA: EL TIEMPO ABSTRACTO Y EL COLAPSO DE LA DEPORTACIÓN

4.1. Evgeny Pashukanis y la ecuación "Tiempo = Dinero = Pena"

Para profundizar el análisis socioeconómico de Rusche y Kirchheimer, debe incorporarse la tesis de **Evgeny Pashukanis** (*Teoría general del derecho y marxismo*, 1924), la cual explica el fundamento material de la privación de libertad:

La deducción de Pashukanis sobre el encierro:

1. En las sociedades precapitalistas, el daño se pagaba en especie, sangre o dinero concreto (*Wergeld*, *Diya*), porque el trabajo no era una mercancía abstracta universalmente intercambiable.

2. En el capitalismo, el ser humano es despojado de medios de producción y solo posee su "fuerza de trabajo", la cual vende por unidades de TIEMPO (horas/días).

3. La prisión traslada esta lógica al derecho penal: la libertad deambulatoria se cuantifica matemáticamente como un valor abstracto. El transgresor "paga" su deuda con la sociedad mediante la expropiación de una cantidad prefijada de TIEMPO de su vida (días, meses, años).

Conclusión teórica: La privación de libertad temporal solo pudo convertirse en la pena hegemónica universal cuando el **tiempo humano abstracto** se convirtió en la medida de todo valor económico. Esta es la razón material por la que la pena se mide en unidades temporales en lugar de, por ejemplo, en unidades de daño causado o en períodos de servicio comunitario no cuantificados cronométricamente.

Pashukanis formula esta tesis con precisión:

"La pena de prisión… no es sino una forma peculiar de indemnización por el daño causado, en la que la expropiación de una determinada cantidad de libertad del delincuente aparece como equivalente a la pérdida causada. Pero ¿cómo es posible que la libertad pueda ser medida y expresada en términos de tiempo? Esto solo es posible porque, en la sociedad burguesa, el tiempo de trabajo es la medida del valor, y porque el tiempo humano en general, como portador de trabajo, es el equivalente universal de todos los valores." — **Evgeny Pashukanis**, *Teoría general del derecho y marxismo* (1924)

Esta tesis es un complemento materialista indispensable a la genealogía de las justificaciones formales: no basta con analizar lo que los filósofos y juristas *dijeron*; hay que explicar las condiciones materiales que hicieron posible que la pena se midiera en unidades de tiempo. Esa posibilidad no existía en sociedades donde el trabajo no era una mercancía abstracta y el tiempo no era dinero.

4.2. Las casas de corrección del siglo XVII: la invención del trabajo forzado

La transición hacia el encierro como pena autónoma se produjo en los Países Bajos del norte entre finales del siglo XVI y principios del XVII. Este proceso es fundamental porque introduce tres elementos que se consolidarán en los siglos posteriores: el trabajo obligatorio como componente central de la pena, la corrección moral como justificación declarada y la economía del encierro como negocio estatal.

4.2.1. El Rasphuis de Ámsterdam (1596) y el Spinhuis (1597)

En 1596, las autoridades de Ámsterdam establecieron el Rasphuis (casa de raspado), una institución destinada a encerrar a vagabundos, mendigos y delincuentes menores, quienes eran obligados a trabajar raspando madera de Brasil para la industria tintorera. En 1597 se fundó el Spinhuis (casa de hilado) para mujeres, dedicado al trabajo textil [EVIDENCIA: Spierenburg, 1991; Schuurman, 1990].

Precisión económica: Las ordenanzas de 1595 y 1613 definían como población objetivo no solo a vagabundos, sino también a "los que no quieren trabajar, mendigos, hijos desobedientes, prostitutas, ladronzuelos". El trabajo de raspado de palo de Brasil (para tinte rojo) era un **monopolio municipal** con una rentabilidad estimada del 15-20% anual [Schuurman, 1990]. **La prisión nace rentable.** Los regentes que administraban estas instituciones eran comerciantes, no jueces: la gestión empresarial de la marginalidad fue el origen de la prisión moderna.

Los agentes que diseñaron estas instituciones esgrimieron una justificación explícita que combinaba tres elementos: (1) la corrección moral del transgresor mediante el trabajo disciplinado, que lo devolvería a la sociedad como miembro productivo; (2) la utilidad económica del trabajo forzado, que financiaba parcialmente la institución; (3) la protección de la sociedad mediante la contención de quienes perturbaban el orden público [EVIDENCIA: Spierenburg, 1991].

Precisión sobre la promesa rehabilitadora: Los regentes de las casas de corrección declararon explícitamente que el trabajo disciplinado corregiría moralmente al transgresor y lo devolvería productivo a la sociedad. No era solo utilidad económica; era "corrección moral" entendida como inculcación de hábitos laborales. Esta es la primera manifestación documentada de la promesa de que el encierro *rehabilitaría* al transgresor mediante la disciplina del trabajo.

Este modelo se expandió por el norte de Europa: Hamburgo fundó su Zuchthaus en 1618, Bremen en 1609, Lübeck en 1613, y el modelo holandés influyó en las workhouses inglesas posteriores. La justificación formal seguía siendo la corrección mediante el trabajo: los regentes que administraban estas instituciones se presentaban como agentes de reforma moral, no como ejecutores de venganza [EVIDENCIA: Spierenburg, 1991].

4.2.2. La conexión protestante: Lutero, Calvino y la ética del trabajo

La prisión moderna es **hija de la ética protestante del trabajo** (Weber) y de la **policía de la pobreza** (Foucault/Ignatieff). No surge del "derecho penal", sino de la **política social**.

- **Lutero (1520s):** La *Leisnig Ordinance* estableció una "caja común" para pobres que *trabajen*. El ocio era pecado, y la vagancia debía ser eliminada mediante la disciplina laboral.
- **Calvino (Ginebra, 1542):** Fundó el *Hôpital Général* y la *Chambre de la Réformation*, imponiendo trabajo obligatorio y disciplina moral a los pobres.
- **Isabel I (Inglaterra, 1576/1601):** Las *Poor Laws* establecieron *Houses of Correction* (Bridewell, Londres, 1555 fue el precedente). El modelo holandés fue importado por vía puritana.

Esta conexión demuestra que la prisión moderna no nació como respuesta al delito, sino como un dispositivo de control de la pobreza y de disciplinamiento de la fuerza de trabajo. El delito fue, en gran medida, una justificación posterior para una institución ya existente.

4.2.3. Los hospitales generales y el gran encierro

En 1656, Luis XIV fundó el Hôpital Général de París mediante el Edicto de abril de ese año, una institución que reunía la Pitié, la Salpêtrière y Bicêtre. El objetivo declarado era el encierro de pobres, vagabundos, mendigos y desocupados de París. Los agentes que promovieron este decreto —la monarquía, la Iglesia y los notables parisinos— lo

justificaron como medida de orden público, asistencia caritativa y prevención del pecado [EVIDENCIA: Foucault, 1961, cap. 2; Jutte, 1994].

Datos cuantitativos: El edicto de 1656 encerró a 1 de cada 100 parisinos (6.000 de una población de 600.000). La población internada se dividía en tres tercios: pobres válidos, enfermos/locos, y "depravados" (prostitutas, blasfemos, jugadores). El financiamiento provenía de la *Ferme générale* (impuestos indirectos) y del trabajo de los presos (tapices, zapatos). La justificación oficial era "orden público + caridad + corrección". La **realidad** era el control de revueltas de hambre (la Fronda de 1648-53 había demostrado la vulnerabilidad del régimen). El "gran encierro" fue, ante todo, una respuesta política a la insurrección popular.

Foucault analizó este proceso en su *Histoire de la folie à l'âge classique* (1961), pero la historiografía posterior ha matizado su lectura: el "gran encierro" fue más limitado en escala y más heterogéneo en funciones de lo que Foucault sugirió. No obstante, su análisis identifica correctamente la lógica subyacente: la emergencia de una nueva racionalidad que articulaba moralidad, trabajo y orden social en un mismo dispositivo institucional [EVIDENCIA: Foucault, 1961; Jutte, 1994].

4.2.4. Las galeras y los trabajos forzados

Antes de la consolidación de la prisión como pena principal, las monarquías europeas utilizaron las galeras y los trabajos forzados como penas de larga duración. En Francia, la pena de galeras (*galères*) funcionó como pena principal para ciertos delitos hasta la Revolución. Los agentes que sentenciaban a galeras justificaban la medida como una combinación de castigo corporal, utilidad pública (la propulsión naval) y exclusión temporal de la comunidad [EVIDENCIA: Bamford, 1973].

Corrección histórica: La afirmación de que las galeras "funcionaron como pena principal hasta la Revolución" es imprecisa. Las galeras como pena principal declinaron significativamente después de 1750, especialmente tras las reformas de Necker (1781) y fueron formalmente abolidas durante la Revolución Francesa. Según Bamford (1973), las galeras en Francia representaron menos del 5% de las condenas por delito grave en el periodo 1750-1789, indicando que ya estaban en declive antes de la Revolución.

La sustitución progresiva de las galeras por las prisiones entre los siglos XVII y XVIII respondió en parte a razones tecnológicas (la transición de la navegación a remo a la vela) y en parte a razones ideológicas (la emergencia de una nueva sensibilidad hacia el sufrimiento corporal). Los trabajos forzados públicos (*bagnos*, obras portuarias) fueron sustituidos gradualmente por el trabajo intramuros, más compatible con la nueva lógica disciplinaria [EVIDENCIA: Bamford, 1973].

V. LA ILUSTRACIÓN: BECCARIA Y LA FUNDACIÓN DEL DERECHO PENAL MODERNO

El momento fundacional del derecho penal moderno —y por tanto de la justificación formal del encierro tal como lo conocemos— se produjo con la publicación de *Dei delitti e delle pene* (De los delitos y las penas) de Cesare Beccaria en 1764. Este breve tratado transformó radicalmente el vocabulario disponible para justificar el castigo y estableció los principios que aún estructuran la doctrina penal [EVIDENCIA: Maestro, 1973; Franco Venturi, 1971].

5.1. El contrato social como fundamento

Beccaria partía de una premisa contractualista que heredaba de Hobbes, Locke y Rousseau: los individuos en estado de naturaleza sacrifican una porción de su libertad para formar la sociedad política y obtener seguridad. La suma de estas porciones cedidas constituye la soberanía, y el castigo es el instrumento mediante el cual la soberanía protege la libertad común contra las usurpaciones individuales [EVIDENCIA: Beccaria, 1764, §§ I-III].

La justificación del castigo es, en Beccaria, estrictamente utilitarista y contractualista: el castigo no se aplica porque el transgresor "lo merece" en un sentido metafísico, sino porque es necesario para disuadir a otros de transgredir las mismas normas. Beccaria escribió: "Uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas" [EVIDENCIA: Beccaria, 1764, § XXXIV]. La certeza del castigo disuade más que su severidad.

El contrato social como ficción jurídica operativa: Rousseau (*Contrato Social*, 1762, Libro II, cap. 5) formuló la base de esta ficción: "Todo maleante atenta contra el derecho social… el castigo es legítima defensa". La ficción consiste en que el delincuente "consiente" su pena al violar la ley. **Nadie firma ese contrato.** Es un **presupuesto normativo** que legitima la coacción estatal, pero no tiene base empírica en el consentimiento real de los ciudadanos.

5.2. La proporcionalidad y la ley

Beccaria introdujo dos principios que se convirtieron en pilares del derecho penal moderno: el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el principio de proporcionalidad. La ley debe definir con precisión los delitos y las penas, y la gravedad de la pena debe ser proporcional al daño causado a la sociedad [EVIDENCIA: Beccaria, 1764, §§ VI, VII].

La proporcionalidad beccariana no era una exigencia moral metafísica, sino una exigencia utilitarista: una pena excesiva produce más daño que beneficio, porque aumenta el sufrimiento sin aumentar proporcionalmente la disuasión. Beccaria argumentaba contra la pena de muerte y la tortura precisamente por esta lógica: ambas exceden el mínimo necesario para la disuasión y, por tanto, son injustas en el sentido contractual [EVIDENCIA: Beccaria, 1764, §§ XVI, XXVIII].

5.3. La prisión como pena racional (y el mito de la rehabilitación beccariana)

Beccaria propuso la privación de libertad como pena principal precisamente porque satisfacía los criterios que él establecía: era proporcional (podía graduarse en duración), era legal (podía definirse por ley), era reversible (no era irreversible como la muerte) y era útil (disuadía y neutralizaba temporalmente). La prisión sustituía los castigos corporales y espectaculares de la monarquía absoluta por una pena racional, medible y administrable [EVIDENCIA: Beccaria, 1764, §§ XII, XIII].

Paradoja histórica: la pena suave que se vuelve dura. Beccaria **odiaba la prisión perpetua** ("entierro vivo") y prefería el **trabajo forzado público** (visible, disuasorio, útil). En *Dei delitti* § XIII escribió: "La prisión debe ser transitoria… el trabajo público es preferible". Sin embargo, los legisladores que adoptaron sus principios **invirtieron su jerarquía**: adoptaron la prisión *como pena principal* (graduable, administrable) y descartaron el trabajo público (vergonzoso, potencialmente revolucionario). La prisión beccariana era teórica (diseño racional); la prisión real es burocrática (almacenamiento de cuerpos).

Desmontaje crítico: Beccaria y la ausencia de rehabilitación

Es crucial una precisión técnica que a menudo se omite en las lecturas benévolas del derecho penal: **Beccaria NO defendía la prisión como instrumento de rehabilitación o transformación moral.** En su obra, el fin de la pena no es "atormentar y afligir a un ser sensible", sino "impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de cometer otros iguales". Para Beccaria, la prisión era el "mal menor" entre las disponibles, una solución de ingeniería social estrictamente preventiva (disuasión y neutralización). La incorporación de la rehabilitación como justificación del encierro es una capa posterior, tardía, y atribuirle a Beccaria una vocación "terapéutica" es una falsificación historiográfica que sirve para legitimar retrospectivamente la prisión moderna [EVIDENCIA: Beccaria, 1764; Maestro, 1973].

Tipo de afirmación: Beccaria hace una afirmación de **intención normativa** (la prisión debe ser proporcional, legal y disuasoria), no una afirmación empírica sobre la eficacia rehabilitadora del encierro. Su justificación es utilitarista-preventiva, no terapéutica. La rehabilitación plena como objetivo declarado de la pena se consolida después, en el discurso penitenciario del siglo XIX y en la defensa social del siglo XX.

Esta es la justificación formal que fundó el derecho penal moderno: la privación de libertad es legítima porque es la pena más compatible con los principios del contrato social, la proporcionalidad y la utilidad pública. No es un castigo teológico ni una venganza soberana; es una medida racional de ingeniería social.

5.4. La influencia de Montesquieu y Voltaire

Beccaria no operaba en el vacío. Montesquieu, en *De l'esprit des lois* (1748), había establecido el principio de que las penas deben ser proporcionadas a la naturaleza del delito y al clima de la nación. Voltaire utilizó el caso Calas (1762) para denunciar la

arbitrariedad del sistema penal francés y promover la reforma. Los enciclopedistas (Diderot, D'Alembert) difundieron las ideas reformistas. La Ilustración penal fue un movimiento intelectual transnacional que transformó el vocabulario disponible para justificar el castigo [EVIDENCIA: Maestro, 1973; Peters, 2017].

VI. BENTHAM Y EL PANÓPTICO: LA ARQUITECTURA DE LA INSPECCIÓN

Jeremy Bentham sistematizó y radicalizó el utilitarismo penal de Beccaria en su obra de 1791, *Panopticon; or, the Inspection House*. Bentham diseñó una arquitectura carcelaria específica: una torre central de inspección rodeada por celdas individuales visibles desde la torre, de modo que un solo vigilante pudiera observar a todos los presos sin que estos supieran en qué momento eran observados [EVIDENCIA: Bentham, 1791; Semple, 1993].

6.1. La justificación benthamiana del panóptico

La justificación benthamiana del panóptico articulaba varios principios:

- **El principio de utilidad**: el castigo debe maximizar la felicidad social, y la prisión panóptica es más eficiente que cualquier otra forma de castigo porque produce disuasión, corrección y utilidad económica con el mínimo de sufrimiento.
- **El principio de inspección**: la vigilancia continua modifica la conducta del preso más eficazmente que el castigo corporal, porque el preso internaliza la mirada del vigilante y se autodisciplina [EVIDENCIA: Bentham, 1791; Semple, 1993].
- **El principio de economía**: el trabajo de los presos financia la institución, y la arquitectura minimiza los costos de vigilancia.

Economía del castigo y concesión privada: Bentham, en sus *Postulados 1-3*, resumió su propuesta: "Menos gasto, más seguridad, más corrección". La innovación contractual más radical fue la **concesión privada**: el Estado pagaría *per capita* al contratista (Bentham mismo aspiraba a serlo). La prisión como negocio es el antecedente directo de las *private prisons* del siglo XXI. Bentham no solo diseñó el panóptico como arquitectura, sino que **explícitamente lo ofreció como negocio privado**: se postuló a sí mismo como contratista-administrador (*contractor-manager*) del panóptico ante el gobierno británico, con un modelo de incentivos donde su ganancia dependería de la reducción de la mortalidad de los presos por debajo de cierto umbral. Este dato es relevante porque muestra, con notable literalidad, la fusión entre economía, utilidad y castigo que la tradición de Rusche-Kirchheimer y Melossi-Pavarini teoriza en abstracto: en Bentham, el vínculo entre negocio privado y control de cuerpos encerrados no es metáfora, es el diseño institucional propuesto [EVIDENCIA: Semple, 1993].

Precisión sobre la promesa rehabilitadora: Bentham incluyó explícitamente la "reformation" entre los objetos declarados del panóptico. El trabajo, la vigilancia continua, la separación de clases y la instrucción moral debían destruir los hábitos viciosos y crear hábitos de industria. Bentham lo presentó como ingeniería social eficiente, no solo como disuasión. En sus propias palabras:

"El panóptico… permite al revisor observar las conductas de los presos… y por medio de este conocimiento, dirigir sus mentes hacia la reforma." — **Jeremy Bentham**, *Panopticon; or, the Inspection House* (1791)

Bentham escribió explícitamente que el panóptico podía aplicarse no solo a prisiones, sino a hospitales, manicomios, fábricas y escuelas: era una tecnología de gobierno generalizable [EVIDENCIA: Bentham, 1791]. Esta generalización es lo que Foucault identificó en *Surveiller et punir* (1975) como la emergencia de una "sociedad disciplinaria", pero Bentham no lo formulaba como crítica, sino como programa positivo de ingeniería social [EVIDENCIA: Bentham, 1791; Foucault, 1975].

6.2. El Panóptico como utopía y discurso legitimador

Es un hecho histórico documentado que el Panóptico de Bentham **nunca llegó a construirse** en la forma pura que él imaginó (aunque influyó en prisiones como Millbank o Pentonville). Esta "utopía arquitectónica" revela algo fundamental: el panóptico funcionó más como **discurso legitimador** que como realidad constructiva. Su potencia radicó en proporcionar un vocabulario —inspección, vigilancia, autodisciplina, economía— que luego se naturalizó en el discurso penitenciario y estatal, permitiendo al Estado justificar la invasión de la interioridad del sujeto bajo la promesa de la eficiencia y la reforma [EVIDENCIA: Semple, 1993; Foucault, 1975].

El fracaso técnico y su victoria simbólica: Millbank (1816-1821), la primera prisión estatal inglesa inspirada en el panóptico, fue un **fracaso técnico** (ventilación deficiente, ruido insoportable, costos desbordados). Bentham demandó al Estado y cobró £23.000 (1812) en compensación. Pentonville (1842) implementó el *Separate System* (aislamiento celular), que no era exactamente el panóptico. **Pero el *mito* del panóptico** legitimó la vigilancia arquitectónica como el ideal penitenciario global, incluso cuando sus realizaciones concretas eran muy distintas. El panóptico triunfó como discurso, no como edificación.

VII. EL RETRIBUCIONISMO CLÁSICO: KANT Y HEGEL

Mientras el utilitarismo beccariano y benthamiano justificaba el castigo por sus consecuencias (disuasión, corrección, utilidad), una segunda tradición filosófica justificaba el castigo por su lógica interna, independientemente de sus consecuencias. Esta tradición, que denominamos retribucionismo clásico, tiene sus formulaciones más rigurosas en Kant y Hegel.

7.1. Kant: el imperativo categórico y la igualdad retributiva

En *Die Metaphysik der Sitten* (La metafísica de las costumbres, 1797), Kant argumentó que el castigo no puede justificarse por sus consecuencias útiles, sino únicamente por la lógica de la justicia. El transgresor debe ser castigado porque ha violado la ley moral, y la pena debe ser proporcional al delito según el principio del *ius talionis* (igualdad entre el delito y la pena) [EVIDENCIA: Kant, 1797, § 49].

Kant escribió el célebre pasaje sobre la isla que se disuelve: "Aunque una sociedad civil se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, si el pueblo que habita una isla decidiera dispersarse por el mundo), el último asesino que quedara en prisión debería ser ejecutado antes de la disolución, para que cada uno reciba el fruto de sus actos" [EVIDENCIA: Kant, 1797, § 49]. Este pasaje ilustra la lógica retributiva pura: el castigo se aplica porque es justo, independientemente de toda consideración de utilidad futura.

Precisión filosófica: el rechazo kantiano a la rehabilitación

Kant **rechazaba explícitamente** que el castigo pudiera justificarse por su utilidad rehabilitadora. Su imperativo categórico dicta que "el hombre no puede ser utilizado como un medio para los fines de otro" (ni siquiera para los fines de la sociedad o para su propio "bien" moral). El condenado es castigado *porque lo merece*, no *para que se convierta en mejor persona*. Por tanto, el retribucionismo clásico no ofrece ningún apoyo a la tesis de que la prisión rehabilita; por el contrario, sostiene que intentar "curar" al reo es tratarlo como un objeto o un animal, violando su dignidad como agente racional [EVIDENCIA: Kant, 1797].

Crítica moderna (Korsgaard, 1996): Kant **identifica al agente con su acto**. No hay "rehabilitación" posible: el castigo *es* el reconocimiento de su agencia pasada. La prisión kantiana es imposible (la libertad no puede privarse como "pago" sin anular la agencia). Esta tensión interna del retribucionismo kantiano revela la incompatibilidad entre la concepción del castigo como reconocimiento de la libertad del agente y la privación efectiva de esa libertad mediante el encierro.

Tipo de afirmación: Kant hace una afirmación **normativa pura** (el castigo es justo porque la violación de la ley exige una respuesta proporcionada), no una afirmación empírica sobre eficacia rehabilitadora. Su justificación es metafísico-moral, no terapéutica ni preventiva en el sentido utilitarista.

7.2. Hegel: la negación de la negación

En *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Líneas fundamentales de la filosofía del derecho, 1821), Hegel formuló la justificación retributiva en términos dialécticos. El delito es la negación del derecho; el castigo es la negación de esa negación, es decir, la restauración del derecho. El transgresor, al cometer el delito, ha establecido una norma implícita ("es legítimo violar el derecho de otros"); el castigo aplica esa misma norma al transgresor, restaurando la universalidad del derecho [EVIDENCIA: Hegel, 1821, §§ 99-103].

Hegel escribió: "La pena es el derecho del criminal. Al castigarlo, se lo honra como ser racional" [EVIDENCIA: Hegel, 1821, § 100]. Esta formulación es crucial porque introduce un argumento que se repetirá en la doctrina penal moderna: el castigo es una forma de reconocimiento del transgresor como agente moral, no como objeto de corrección. La privación de libertad, en esta lógica, no es una medida terapéutica, sino un reconocimiento de la responsabilidad del agente [EVIDENCIA: Hegel, 1821].

Consecuencia: La pena **no mira al futuro** (rehabilitación/disuasión), mira al **presente lógico**. La prisión hegeliana es **simbolismo jurídico puro** —la privación de libertad es la forma material de expresar que el derecho ha sido restaurado, pero no tiene ningún objetivo empírico sobre el transgresor.

Tipo de afirmación: Hegel hace una afirmación **metafísico-dialéctica** (el castigo restaura el orden jurídico negado por el delito), no una afirmación empírica sobre la eficacia del encierro para transformar al transgresor. Su justificación es conceptual, no verificable empíricamente.

7.3. La síntesis retribucionista moderna: Von Hirsch

En el siglo XX, Andrew Von Hirsch reformuló el retribucionismo en términos contemporáneos en su obra *Doing Justice* (1976). Von Hirsch argumentó que el castigo se justifica como censura pública del delito: la sociedad expresa su condena del acto mediante una pena proporcional a la gravedad del delito. La proporcionalidad no se deriva de la igualdad material (como en Kant), sino de la gravedad relativa del daño [EVIDENCIA: Von Hirsch, 1976; Von Hirsch y Ashworth, 2005].

La justificación vonhirschiana del encierro es, por tanto, comunicativa: la prisión comunica la gravedad de la censura social. No es una medida terapéutica ni disuasoria en primer lugar; es una expresión de juicio moral público [EVIDENCIA: Von Hirsch, 1976].

VIII. EL DERECHO PENAL CLÁSICO ALEMÁN: VON FEUERBACH Y LA COACCIÓN PSICOLÓGICA

Paul Johann Anselm Von Feuerbach formuló en su *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (1801) una teoría que sintetizaba el utilitarismo beccariano con el idealismo alemán: la teoría de la coacción psicológica (*psychologische Zwangstheorie*). Von Feuerbach argumentó que la ley penal funciona como una amenaza previa que coacciona psicológicamente al potencial transgresor: la pena debe ser anunciada con precisión en la ley, de modo que el cálculo racional del costo-beneficio disuada del delito [EVIDENCIA: Von Feuerbach, 1801; Radbruch, 1934].

Von Feuerbach formuló el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en su formulación latina moderna. La justificación del castigo en Von Feuerbach es estrictamente preventiva: la ley anuncia la pena, la amenaza disuade, y la aplicación

de la pena al transgresor confirma la credibilidad de la amenaza [EVIDENCIA: Von Feuerbach, 1801].

Supuesto antropológico: La teoría de Von Feuerbach se basa en una concepción del ser humano como **calculador racional de placer y dolor** —el *Homo oeconomicus* antes que el *Homo moralis*. Este supuesto es el que subyace a todo el derecho penal clásico, y es precisamente el que la neurobiología, la psicología del trauma y la criminología empírica contemporánea han **refutado**: los transgresores no actúan como calculadores racionales, especialmente en contextos de pobreza, trauma complejo, exclusión y desregulación emocional. Si la antropología en que se basa la justificación preventiva del encierro es empíricamente falsa, la justificación misma se desmorona [EVIDENCIA: Nagin, 2013; Kahneman, 2011].

La *Ley Penal Bávara de 1813* (redactada por Feuerbach) fue la primera codificación moderna que incorporó el principio de *nullum crimen* y la *taxatividad de las penas*, pero también consagró la idea de la pena como "precio" del delito, una economía del castigo que sería retomada por el derecho penal de autor del siglo XX.

Crítica antropológica: la fragilidad empírica del sujeto racional

La teoría de Von Feuerbach se basa en una concepción antropológica del ser humano como **calculador racional de placer y dolor**. Esta antropología ilustrada es la que subyace a todo el derecho penal clásico, y es precisamente la que la neurobiología, la psicología del trauma y la criminología empírica contemporánea han **refutado**: los transgresores no actúan como calculadores racionales, especialmente en contextos de pobreza, trauma complejo, exclusión y desregulación emocional. Si la antropología en que se basa la justificación preventiva del encierro es empíricamente falsa, la justificación misma se desmorona [EVIDENCIA: Nagin, 2013; Kahneman, 2011].

IX. LA ESCUELA POSITIVA ITALIANA: PELIGROSIDAD Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

La Escuela Positiva italiana (1876-1920) transformó radicalmente el vocabulario del derecho penal. Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Raffaele Garofalo rechazaron el presupuesto clásico de que el transgresor es un agente racional que elige libremente delinquir, y propusieron en su lugar un modelo científico de peligrosidad [EVIDENCIA: Gibson, 2002; Carrier, 2000].

9.1. Lombroso: el delincuente nato y el eliminacionismo

En *L'uomo delinquente* (1876), Lombroso propuso que el delincuente es un tipo antropológico específico, reconocible por estigmas físicos y psíquicos. El delincuente nato es un atavismo evolutivo, un ser que ha retenido características de etapas anteriores de la evolución humana.

Precisión crítica: Lombroso y la anti-rehabilitación

Es un error común pensar que Lombroso defendía la prisión para "curar" al delincuente. Por el contrario, Lombroso consideraba que la naturaleza del delincuente nato era **irreversible**. Por tanto, proponía la **eliminación** (mediante pena de muerte o destierro perpetuo a colonias penales) para los delincuentes natos, y solo aceptaba el encierro como contención para los delincuentes ocasionales. La Escuela Positiva, en su origen, es **radicalmente anti-rehabilitadora** [EVIDENCIA: Lombroso, 1876; Gibson, 2002].

Tipo de afirmación: Lombroso hace una afirmación **pseudo-empírica** (el delincuente nato es un tipo biológico identificable), pero su conclusión es que el encierro no puede rehabilitar a ese tipo; solo puede contenerlo o eliminarlo. La rehabilitación no es una promesa del positivismo lombrosiano; es una imposibilidad biológica.

9.2. Ferri: la sociología criminal y las medidas de seguridad

En *Sociologia criminale* (1884) y, posteriormente, en *Criminologia generale. Studio positivo-sociale* (1889), Ferri amplió el análisis de Lombroso a los factores sociales: la pobreza, la educación, el alcoholismo y las condiciones laborales producen criminalidad. Ferri propuso los "sustitutivos penales" (*sostitutivi penali*): reformas sociales que previenen el delito mejor que el castigo. Sin embargo, Ferri también defendió las "medidas de seguridad" (*misure di sicurezza*) para los individuos peligrosos: el encierro no como pena por el delito cometido, sino como medida de protección contra el delito futuro [EVIDENCIA: Ferri, 1884, 1889; Carrier, 2000].

Precisión cronológica: Fue Ferri quien sistematizó el concepto de "peligrosidad" en su obra de 1889 (*Criminologia generale*), no en la de 1884. La distinción entre *pena* (proporcional al hecho) y *medida de seguridad* (proporcional a la peligrosidad futura) se consolidó doctrinalmente a partir de Ferri y Garofalo, y tuvo su recepción legislativa en el Código Penal italiano de 1889 (Zanardelli) y, sobre todo, en el Código Rocco de 1930.

Tipo de afirmación: Ferri hace una afirmación **preventiva-neutralizadora** (el encierro como medida de seguridad para individuos peligrosos), no una afirmación rehabilitadora. Su justificación es de defensa social, no de transformación del sujeto.

9.3. Garofalo, la circularidad de la peligrosidad y la deriva eugenésica

En *Criminologia* (1885), Garofalo sistematizó el concepto de *pericolosità* (peligrosidad) como criterio central del derecho penal. El castigo debe graduarse no según la gravedad del delito, sino según la peligrosidad del agente. Esta lógica justificaba el encierro indeterminado: el individuo peligroso debe ser encerrado hasta que su peligrosidad desaparezca, independientemente de la duración del delito [EVIDENCIA: Garofalo, 1885].

Desmontaje lógico: la circularidad de la peligrosidad

La noción de "peligrosidad" es **circular y autorreferencial**: se declara peligroso a quien ha delinquido, y se le encierra hasta que deje de ser peligroso, pero la única prueba de que ha dejado de serlo es que no vuelva a delinquir —una prueba que solo puede obtenerse poniéndolo en libertad. Esta tautología permitió a los Estados europeos y latinoamericanos crear "medidas de seguridad" indeterminadas que operaban al margen de las garantías procesales ordinarias.

9.4. Impacto legislativo global de la Escuela Positiva (datos concretos)

Código	Año	Innovación Positivista
Código Penal Italiano (Zanardelli)	1889	Medidas de seguridad (art. 42), irrelevancia de la culpa moral
Código Penal Japonés	1907	Medidas de seguridad, internamiento indeterminado
Código Penal Soviético (RSFSR)	1922	"Medidas de defensa social", no "penas"
Código Penal Alemán (Weimar/Nazi)	1933	Medidas de seguridad (*Sicherungsverwahrung*)
Códigos Latinoamericanos (México 1931, Brasil 1940, Argentina 1921/1984)	1920s-40s	Peligrosidad, medidas de seguridad, internamiento indeterminado

Convergencia: La **indeterminación de la pena** (hasta que "se rehabilite" o "desaparezca peligrosidad") entra en el derecho positivo global entre 1880 y 1940. Esta es la **base legal de la prisión "rehabilitadora" obligatoria**, que en la práctica se convierte en encierro indefinido sin control judicial efectivo.

Precisión cronológico-política: Es importante explicitar que ambos códigos —el italiano de 1930 (Código Rocco) y el alemán de 1933— fueron promulgados bajo regímenes fascista y nazi respectivamente, y las "medidas de seguridad" basadas en peligrosidad se convirtieron en el instrumento jurídico que permitió el internamiento indefinido de "asociales", "trabajadores esquivos" y minorías bajo el régimen nazi (la categoría de *Asoziale* y las *Sicherungsverwahrung*, custodia de seguridad, aplicada de forma masivamente discrecional desde 1933). Esto no es un dato anecdótico: demuestra empíricamente, con la mayor claridad histórica posible, el riesgo que el propio texto señala en abstracto —que la justificación de "protección social" frente a la "peligrosidad" del individuo, separada de la proporcionalidad del hecho cometido, es estructuralmente compatible con el uso del encierro como instrumento de control político y social discriminatorio, no solo penal [EVIDENCIA: Carrier, 2000; Gibson, 2002; Wachsmann, 2004].

X. DURKHEIM Y LA SOCIOLOGÍA DEL CASTIGO

Émile Durkheim propuso en *De la division du travail social* (1893) una interpretación sociológica del castigo que transformó el debate. Durkheim argumentó que el castigo no se explica por sus funciones utilitarias (disuasión, corrección), sino por su función social de reafirmación de la conciencia colectiva. El delito ofende los sentimientos colectivos; el castigo reafirma esos sentimientos y restaura la cohesión social [EVIDENCIA: Durkheim, 1893].

Precisión conceptual: "Conciencia colectiva" vs "Solidaridad"

Durkheim distinguió dos tipos de solidaridad:

- **Solidaridad mecánica** (sociedades arcaicas): el delito es una ofensa a *todos* (los valores sagrados). El castigo es **represivo, corporal, público y cruel** (expiación colectiva). La pena es un ritual de reafirmación de la conciencia colectiva.
- **Solidaridad orgánica** (sociedades modernas): el delito es una ofensa a *normas contractuales/funcionales*. El castigo es **restitutivo, individualizado y privatizado (prisión)**. La prisión no es más "humana" en términos morales; es **funcional a la división del trabajo**. Aísla al desviado sin romper la cohesión social (como haría la muerte) ni dejar impune la transgresión (como haría la indiferencia).

La justificación durkheimiana del encierro es, por tanto, funcional-sociológica: la prisión no se justifica por sus efectos sobre el transgresor, sino por su función de reafirmación de la norma colectiva [EVIDENCIA: Durkheim, 1893].

XI. EL SIGLO XX: PREVENCIÓN GENERAL, PREVENCIÓN ESPECIAL Y DEFENSA SOCIAL

La doctrina penal del siglo XX sistematizó las justificaciones del castigo en una taxonomía que aún estructura la enseñanza del derecho penal. Esta taxonomía distingue tres finalidades del castigo: la retribución, la prevención general y la prevención especial [EVIDENCIA: Roxin, 1997; Muñoz Conde y García Arán, 2010].

11.1. Prevención general negativa: la disuasión

La prevención general negativa justifica el castigo por su efecto disuasorio sobre la población: la amenaza de la pena disuade a los potenciales transgresores. Esta justificación hereda directamente de Beccaria, Von Feuerbach y Bentham. Los agentes que legislaron las penas en los códigos penales modernos esgrimieron explícitamente esta justificación: la pena debe ser suficiente para que el cálculo racional del transgresor potencial lo disuada del delito [EVIDENCIA: Beccaria, 1764; Von Feuerbach, 1801].

La crítica empírica a esta justificación es sustancial: la evidencia criminológica muestra que la severidad de la pena tiene un efecto disuasorio marginal comparado con la certeza de la detección. Nagin (2013), en una revisión exhaustiva de la evidencia, concluyó que la certeza del castigo disuade más que la severidad [EVIDENCIA: Nagin, 2013].

11.2. Prevención general positiva: el refuerzo normativo

En la segunda mitad del siglo XX, Gunther Jakobs reformuló la prevención general en términos de refuerzo normativo. Jakobs argumentó que el castigo no disuade mediante el miedo, sino que reafirma la vigencia de la norma: cuando la sociedad castiga al transgresor, comunica que la norma sigue vigente y que la confianza en el derecho está justificada [EVIDENCIA: Jakobs, 1985, 1995].

La justificación jakobsiana del encierro es comunicativa: la prisión comunica la vigencia de la norma violada. El transgresor no es castigado para disuadir a otros mediante el miedo, sino para reafirmar ante la sociedad que la norma es válida. Esta justificación desplaza el foco del transgresor hacia la sociedad: el castigo se aplica no por lo que hace al transgresor, sino por lo que comunica a la comunidad [EVIDENCIA: Jakobs, 1985].

Crítica de Günther (2002): La prevención general positiva instrumentaliza al preso como "instrumento de comunicación" de la norma, lo que contradice el principio de dignidad humana (Art. 1.1 de la Ley Fundamental alemana / Art. 10.1 de la Constitución española). El castigo convierte al preso en un medio para reafirmar la confianza de los ciudadanos, violando su condición de fin en sí mismo.

11.3. Prevención especial: la rehabilitación y sus tensiones insalvables

La prevención especial justifica el castigo por sus efectos sobre el propio transgresor: la pena debe corregir, rehabilitar o neutralizar al individuo para que no reincida. Esta justificación tiene tres variantes:

1. **Corrección o rehabilitación**: la pena debe transformar al transgresor para que no reincida. Esta variante hereda directamente de la teología penitencial cristiana y de las casas de corrección holandesas. Los códigos penales del siglo XX incorporaron explícitamente esta finalidad: el artículo 25.2 de la Constitución española de 1978 establece que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social" [EVIDENCIA: Constitución española, 1978].

2. **Neutralización**: la pena incapacita al transgresor para delinquir mientras dura el encierro. Esta justificación es puramente utilitaria: no importa si el transgresor se corrige; basta con que no pueda delinquir mientras está encerrado [EVIDENCIA: Zimring y Hawkins, 1995].

3. **Intimidación**: la pena disuade al propio transgresor de reincidir mediante la experiencia del sufrimiento del encierro.

Ampliación crítica: La incompatibilidad lógica y material de las tres variantes

La tensión entre estas tres variantes no es un mero debate académico; es una **imposibilidad material y arquitectónica**. Un mismo encierro no puede ser simultáneamente:

- **Rehabilitador**: Requiere condiciones terapéuticas (privacidad, confianza, alianza terapéutica, espacios no coercitivos, ausencia de amenaza, personal clínico).
- **Neutralizador**: Requiere condiciones de máxima seguridad (vigilancia panóptica, control de movimientos, restricción de contactos, arquitectura impenetrable, desconfianza absoluta).
- **Intimidatorio**: Requiere condiciones de sufrimiento (la experiencia del encierro debe ser suficientemente aversiva para que el sujeto no quiera repetirla).

Ningún régimen concreto puede satisfacer las tres simultáneamente. La doctrina penal contemporánea resuelve esta tensión mediante la *priorización*: en la práctica, la seguridad (neutralización) y la disciplina (intimidación) siempre prevalecen y asfixian a la rehabilitación. Esta es la razón estructural por la que los sistemas penitenciarios declaran la reinserción como fin y sistemáticamente no la alcanzan.

La rehabilitación como coartada retórica

La rehabilitación como finalidad declarada de la pena es un fenómeno tardío, vinculado al constitucionalismo social de posguerra (1945-1970). Sin embargo, tribunales constitucionales (como el Tribunal Constitucional español en su sentencia 25/1993) han interpretado estas cláusulas no como un derecho subjetivo del preso a ser curado, sino como un "mandato de orientación" al legislador. La rehabilitación funciona así como una **coartada retórica** que legitima el encierro ante la opinión pública, eximiendo al Estado de la exigibilidad jurídica del resultado terapéutico.

Tipo de afirmación: Las declaraciones constitucionales del siglo XX (art. 25.2 CE, art. 5.6 Pacto de San José) establecen una **afirmación normativa** (la pena debe orientarse a la reinserción), no una constatación empírica de que el mecanismo elegido (el encierro) efectivamente produzca ese objetivo. La literatura de derecho constitucional comparado ha señalado repetidamente esta brecha (ver la abundante producción académica sobre el llamado "fracaso del ideal resocializador" en el derecho penitenciario español y latinoamericano desde los años 80), pero rara vez estas mismas constituciones incorporan mecanismos vinculantes de verificación de si la finalidad declarada se cumple.

11.4. La defensa social

La doctrina de la *défense sociale*, formulada por Marc Ancel en *La défense sociale nouvelle* (1954), propuso una síntesis humanista: el derecho penal debe proteger a la sociedad, pero también debe respetar la dignidad del transgresor y orientarse a su reinserción. Ancel argumentó que el encierro debe ser el último recurso (*ultima ratio*)

y que las medidas alternativas deben priorizarse siempre que sea posible [EVIDENCIA: Ancel, 1954].

La influencia de la *défense sociale* en el derecho penal europeo de la segunda mitad del siglo XX fue considerable: los códigos penales escandinavos, la ley penal alemana de 1969 y numerosas reformas latinoamericanas incorporaron sus principios. Sin embargo, la tensión entre la declaración de principios (reinserción) y la práctica (encierro masivo) persistió [EVIDENCIA: Ancel, 1954].

Realidad cuantitativa: En 1950, Europa tenía ~50 presos por 100.000 habitantes. En 2020, Europa tiene ~100-150; Estados Unidos 600-700; El Salvador más de 1000. El principio de *ultima ratio* se ha convertido en *prima ratio*: la prisión es la primera respuesta, no la última.

XII. EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL Y LA PARADOJA DE LA LIBERTAD

El constitucionalismo liberal moderno planteó una paradoja que el lector identificó correctamente: los Estados que se fundan sobre el principio de la libertad como derecho fundamental son los mismos que privan sistemáticamente de libertad a quienes violan sus normas. Esta paradoja requiere una justificación formal específica.

12.1. La libertad como derecho condicionado

Las declaraciones de derechos modernas —la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), los pactos internacionales de derechos civiles y políticos— reconocen la libertad personal como derecho fundamental, pero establecen simultáneamente que esa libertad puede ser restringida en los casos y formas previstos por la ley [EVIDENCIA: Declaración Universal, art. 3 y 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9].

La justificación formal de esta restricción es la siguiente: la libertad individual no es absoluta, porque el ejercicio de la libertad de uno termina donde comienza la libertad de otro. La ley define los límites de la libertad, y el castigo es la sanción por exceder esos límites. La privación de libertad del transgresor no contradice el principio de libertad; lo reafirma, porque la libertad del transgresor se ejerce dentro de los límites que la ley establece [EVIDENCIA: Declaración de 1789, art. 4; Pacto Internacional, art. 9].

Esta justificación es contractualista: el individuo, al formar parte de la sociedad política, consiente implícitamente las normas que la regulan, incluidas las sanciones por su violación. La privación de libertad no es una violencia arbitraria del Estado, sino la aplicación de una norma que el propio individuo ha consentido al formar parte de la comunidad [EVIDENCIA: Rousseau, 1762, Libro I, cap. VI].

12.2. La "Reserva de Ley" y "Proporcionalidad" como filtros débiles

El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) establece: "Nadie será privado de libertad arbitrariamente… solo por causas y conforme a procedimientos establecidos por ley". La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Engel v. Países Bajos*, 1976) ha establecido que la prisión es una "medida de último recurso", pero el Estado tiene un amplio margen de apreciación (*margin of appreciation*) para determinar la necesidad de la detención.

Resultado: Los filtros constitucionales (legalidad, proporcionalidad, judicialización) **legitiman la expansión punitiva** en lugar de reducirla. La prisión preventiva masiva (40-60% de la población carcelaria en América Latina), la sobrepoblación crónica (150-300%) y la duración excesiva de las penas son compatibles con estos filtros, porque los tribunales interpretan la proporcionalidad como una *tarifa* (años por delito) y no como una *necesidad individual* de encierro.

12.3. La crítica abolicionista y el secuestro del conflicto

La crítica abolicionista —Louk Hulsman, Nils Christie, Thomas Mathiesen— argumentó que esta justificación contractualista es una ficción: ningún individuo ha consentido realmente las normas penales, y la privación de libertad es una violencia institucional que reproduce la violencia que pretende castigar.

Christie formuló en *Limits to Pain* (1981) el argumento más radical: el castigo es dolor infligido deliberadamente, y una sociedad que inflige dolor deliberadamente a sus miembros no puede pretender ser justa. Más aún, Christie denunció que el sistema penal **secuestra el conflicto**: convierte un conflicto entre personas (el daño) en un conflicto entre el individuo y el Estado, expropiando a la víctima y a la comunidad de su agencia para la reparación [EVIDENCIA: Christie, 1981]. El delito es un "conflicto robado" al victimario y al ofensor por el Estado profesional. La prisión **destruye la posibilidad de resolución** entre las partes.

Hulsman añadió que el concepto mismo de "delito" es una construcción social que no corresponde a ninguna realidad natural, y que el sistema penal es un "absorbente" que convierte problemas sociales complejos en cuestiones de culpabilidad individual. Mathiesen propuso una estrategia de "abolición molecular": desmantelar el sistema penal pieza por pieza, comenzando por las instituciones más dañinas, revelando que la prisión no reduce el delito, sino que produce la categoría social de "delincuente" que el sistema necesita para justificarse [EVIDENCIA: Hulsman, 1986; Mathiesen, 1974].

La crítica abolicionista no niega que existan transgresiones ni que la sociedad deba responder a ellas; niega que la respuesta deba ser la privación de libertad. Propone alternativas: la justicia restaurativa, la mediación, la reparación a la víctima, el trabajo comunitario [EVIDENCIA: Christie, 1981; Hulsman, 1986].

Jurisprudencia relevante: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en casos como *Torreggiani v. Italia* (2013) que la sobrepoblación carcelaria constituye un trato inhumano y degradante (art. 3 CEDH). En *Murray v. Reino Unido* (1994),

reconoció el derecho a la vida familiar del preso, aunque en la práctica este derecho es sistemáticamente vulnerado por las condiciones de visita y la distancia geográfica de las prisiones.

XIII. LA ECONOMÍA POLÍTICA DEL ENCIERRO

Una parte sustancial de la historiografía del castigo ha analizado el encierro no como respuesta funcional al delito, sino como institución vinculada a las transformaciones de las relaciones económicas. Esta tradición, inaugurada por Rusche y Kirchheimer en *Punishment and Social Structure* (1939), argumenta que las formas del castigo están determinadas por las necesidades del sistema económico [EVIDENCIA: Rusche y Kirchheimer, 1939; Melossi y Pavarini, 1977].

13.1. Rusche y Kirchheimer: el mercado de trabajo y el castigo

Rusche y Kirchheimer argumentaron que las formas del castigo varían según las condiciones del mercado de trabajo. Su tesis central es que **"cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas"**. Cuando el trabajo es escaso, el castigo tiende a utilizar el trabajo forzado (galeras, trabajos públicos). Cuando el trabajo es abundante, el castigo tiende al encierro puro, porque el trabajo del preso no es económicamente necesario. La prisión moderna emergió cuando la acumulación capitalista requería una disciplina laboral específica, y la prisión funcionó como escuela de disciplina [EVIDENCIA: Rusche y Kirchheimer, 1939].

La "Ley de la pobreza": Existe una **relación inversa** entre el valor de la fuerza de trabajo y la severidad del castigo: - Escasez de mano de obra (peste del siglo XIV, industrialización temprana del siglo XIX) → **trabajo forzado, galeras, transporte** (el preso *vale* como fuerza de trabajo). - Excedente de mano de obra (*enclosures* del siglo XVI, desempleo estructural del siglo XX) → **encierro puro, prisión ociosa** (el preso *estorba*).

Las *Poor Laws* inglesas (1349, 1531, 1597, 1601, 1834) documentan esta evolución: la criminalización de la pobreza (vagancia, mendicidad) condujo a las casas de corrección y, finalmente, a las prisiones. La prisión no nació para castigar el delito, sino para gestionar el excedente de mano de obra.

13.2. Melossi y Pavarini: la prisión como fábrica de fuerza de trabajo

En *Cárcel y fábrica* (1977), Melossi y Pavarini argumentaron que la prisión moderna emergió como institución de producción de fuerza de trabajo disciplinada. La cárcel no castiga el delito en general; castiga específicamente las violaciones de la disciplina laboral (vagancia, absentismo, robo). La prisión enseña la disciplina del trabajo industrial: horarios fijos, trabajo repetitivo, obediencia a la jerarquía [EVIDENCIA: Melossi y Pavarini, 1977].

Paralelismo estructural: La división del trabajo (Smith/Babbage) encuentra su equivalente en el régimen penitenciario (Auburn/Philadelphia). La disciplina temporal —campana, reloj, silencio, tarea medida— enseña la "moralidad industrial": puntualidad, obediencia, ritmo. La prisión **no castiga el "delito"**, castiga la **"indisciplina laboral"** (vagancia, robo de subsistencia, rebelión obrera).

13.3. Ignatieff: la reforma moral y el control social

Michael Ignatieff, en *A Just Measure of Pain* (1978), analizó la reforma penitenciaria inglesa de 1780-1850 como un proyecto de las clases medias ilustradas para imponer una nueva moralidad a las clases trabajadoras. Los reformadores (John Howard, Elizabeth Fry, los cuáqueros) no eran simplemente humanitarios; eran agentes de un proyecto de control social que buscaba transformar la conducta de las clases populares mediante la disciplina penitenciaria [EVIDENCIA: Ignatieff, 1978].

El *Separate System* (Pentonville, 1842), con su aislamiento celular, Biblia y trabajo manual, produjo **locura masiva** (suicidios, psicosis) documentada por los propios informes carcelarios. Fue **abandonado en la década de 1860**, pero su **arquitectura celular persiste** hasta hoy. La reforma penitenciaria no fue un triunfo del humanitarismo, sino un proyecto de disciplinamiento de clases.

13.4. Wacquant, Davis y Alexander: El complejo industrial penitenciario y el control racial

En el neoliberalismo contemporáneo, la prisión ha mutado. **Loïc Wacquant** (2009) argumenta que la prisión ha dejado de ser instrumento de disciplinamiento laboral (el capitalismo postindustrial no necesita fuerza de trabajo disciplinada en masa) y ha pasado a ser **instrumento de gestión de los excedentes poblacionales** que el mercado no puede absorber: pobres, racializados, enfermos mentales. La prisión ya no produce fuerza de trabajo; gestiona el descarte humano [EVIDENCIA: Wacquant, 2009].

Angela Davis (2003) documenta cómo la privatización penitenciaria creó un **complejo industrial penitenciario** con interés directo en el crecimiento de la población carcelaria, financiando legislación de "mano dura" para asegurar el flujo de cuerpos. **Michelle Alexander** (2010) demuestra que este sistema funciona como un **mecanismo de control racial** análogo a las leyes de segregación, donde la tasa de encarcelamiento de minorías étnicas es desproporcionada no por tasas de delincuencia, sino por discriminación sistémica [EVIDENCIA: Davis, 2003; Alexander, 2010]. La prisión no castiga el delito; castiga la pobreza, la raza y la marginalidad.

Economía política contemporánea: Prisiones privadas y trabajo penitenciario

- **Prisiones privadas:** Empresas como CoreCivic y GEO Group operan más de 100.000 camas en EE.UU., con contratos que garantizan una ocupación mínima (90% o más) y penalizaciones económicas por vacíos. Esto crea un incentivo directo para el encarcelamiento masivo.

- **Trabajo penitenciario:** UNICOR (la industria penitenciaria federal de EE.UU.) genera más de $500 millones en ventas anuales, con salarios que oscilan entre $0,14 y $1,41 por hora. Los presos fabrican productos para el gobierno federal y, en algunos casos, para el mercado privado. Esta es una forma de trabajo forzado legalizado, excluido de las protecciones laborales estándar.
- **Carceral Keynesianism:** En muchas regiones rurales de EE.UU., las prisiones se han convertido en el principal empleador y motor económico, sustituyendo a la industria manufacturera deslocalizada. Las comunidades dependen económicamente del encarcelamiento, lo que crea un lobby pro-encarcelamiento.

XIV. LA DOCTRINA PENAL CONTEMPORÁNEA: EL ENCIERRO COMO ULTIMA RATIO

La doctrina penal contemporánea ha desarrollado una justificación del encierro que combina elementos de todas las tradiciones anteriores y añade un principio nuevo: el principio de *ultima ratio* o subsidiariedad. Este principio establece que la privación de libertad debe ser el último recurso, aplicable solo cuando ninguna otra medida puede satisfacer las finalidades del derecho penal [EVIDENCIA: Roxin, 1997; Muñoz Conde y García Arán, 2010].

14.1. Claus Roxin, Ferrajoli y la doctrina teleológica

Claus Roxin formuló en *Strafrecht: Allgemeiner Teil* (1970) una doctrina que articula las tres finalidades del castigo bajo un principio rector: la protección de bienes jurídicos. La pena se justifica por su función de proteger bienes jurídicos esenciales, y debe ser proporcional y subsidiaria [EVIDENCIA: Roxin, 1970, 1997].

Por su parte, **Luigi Ferrajoli** (2001) formuló el **garantismo penal**, argumentando que el derecho penal debe ser *mínimo*. Ferrajoli desmonta la pretensión rehabilitadora del encierro desde dentro del derecho: la transformación moral del sujeto es función de la política social, no del derecho penal. La prisión debe ser excepcional, breve y orientada exclusivamente a la protección de bienes jurídicos, nunca a la ingeniería del alma [EVIDENCIA: Ferrajoli, 2001].

Roxin y la proporcionalidad estricta: Roxin defiende que la pena debe ser el *mínimo necesario* para la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, en la práctica, la proporcionalidad se ha convertido en una *tarifa* (años por delito) y no en una *necesidad individual* de encierro. La proporcionalidad abstracta no examina si el encierro concreto es necesario para el sujeto, sino si la duración de la pena encaja en una escala predefinida.

14.2. Garland y el populismo punitivo

David Garland (2001) documenta el tránsito histórico del *welfare penal* (1945-1970), donde la prisión se concebía como herramienta clínica de reinserción, al **populismo punitivo** (1970-presente). En la era contemporánea, la justificación rehabilitadora ha

sido abandonada en la práctica (aunque se mantenga en los códigos) en favor de la exclusión de categorías estigmatizadas. La prisión ya no pretende curar; pretende expulsar simbólica y físicamente [EVIDENCIA: Garland, 2001].

14.3. La tensión entre declaración y práctica: datos duros

Indicador	Declaración Legal	Realidad Empírica (Meta-análisis)
Fines (Art. 25.2 CE / Art. 1 CP Arg)	Reinserción / Rehabilitación	**Reincidencia 40-60% a 3 años** (Nagin et al. 2009; Cullen et al. 2011)
Tratamiento	Individualizado, científico	**<10% acceden a programas EBT** (Cochrane 2020)
Vínculos	Preservación (Reglas Mandela)	**Ruptura sistemática** (visitas < 1h/mes, videollamadas, distancia)
Salud Mental	Atención equivalente (Regla 24 Mandela)	**Prevalencia 3-10x general**; tratamiento < 20% (Fazel 2016)
Costo	"Necesario"	**$50k-150k/año/preso** vs $5k-15k tratamiento comunitario

Los códigos penales y las constituciones modernas declaran que la privación de libertad debe orientarse a la reinserción social. Sin embargo, la evidencia criminológica muestra que el encierro masivo produce efectos contrarios a la reinserción: estigmatización, pérdida de vínculos, deterioro de la salud mental, adquisición de redes criminales [EVIDENCIA: Cullen, Jonson y Nagin, 2011; Nagin, Cullen y Jonson, 2009].

Esta tensión entre declaración y práctica no es un fallo de implementación; es una tensión constitutiva del derecho penal moderno, que debe simultáneamente castigar, disuadir, incapacitar, rehabilitar y comunicar. Ningún régimen concreto de encierro puede satisfacer todas estas funciones simultáneamente, y la priorización de una función sobre las otras determina el carácter concreto del régimen.

XV. GENEALOGÍA CRÍTICA DE LA PROMESA REHABILITADORA Y SU COLAPSO HISTÓRICO

¿En qué momentos y bajo qué argumentos se afirmó que la prisión «rehabilitaba» y «reduciría la reincidencia»? La historia demuestra que la retórica resocializadora ha funcionado como una **coartada cíclica de legitimación**.

15.1. Fase 1: La Penitencia Religiosa (1790-1840)

Modelo Pensilvánico / Filadelfia (Eastern State Penitentiary, 1829): - Aislamiento celular absoluto, silencio perpetuo, lectura bíblica. - Promesa: El aislamiento forzado llevaría a la introspección, al remordimiento y a la «reforma

moral» interior. - Resultado real: Epidemias de psicosis carcelaria, catatonía y suicidio (documentadas por Charles Dickens en 1842).

Modelo Auburn / New York (1816): - Aislamiento nocturno y trabajo colectivo silencioso de día bajo castigo de fusta. - Promesa: Creación de hábitos industriales y disciplina laboral. - Resultado real: Explotación capitalista de mano de obra reclusa desprovista de todo valor terapéutico.

La crítica pionera de Charles Dickens: Tras visitar la prisión de Filadelfia (*Eastern State Penitentiary*), Dickens desmontó la justificación rehabilitadora cuáquera en sus *American Notes* (1842):

"Sostengo que este castigo lento y diario, consistente en desgarrar el cerebro humano, es infinitamente peor que cualquier tortura corporal; porque sus heridas son secretas y sus consecuencias son el delirio y la locura que no se ven exteriormente." — **Charles Dickens**, *American Notes* (1842)

Tipo de afirmación: El sistema pensilvano hizo una **afirmación empírica explícita** (el aislamiento y la reflexión producirían "penitencia" verdadera y reducirían la reincidencia), pero sin metodología de verificación disponible en su época. Esta es la primera manifestación documentada de una pretensión cuasi-científica de eficacia rehabilitadora, y fue objeto de crítica casi inmediata por sus propios contemporáneos, como el testimonio de Dickens.

15.2. Fase 2: El Modelo Médico-Clínico y el Positivismo (1880-1950)

- El Congreso Penitenciario de Cincinnati (1870) y el Reformatorio de Elmira: Declaración de que el delito es una «enfermedad moral/social» que debe curarse.
- Introducción de la sentencia indeterminada (el preso no sale hasta que el «médico/criminólogo» certifique su cura).
- Promesa: La prisión como hospital moral que erradicaría la reincidencia.
- Resultado real: Arbitrariedad judicial absoluta y control biopolítico.

Tipo de afirmación: El positivismo criminológico hace una **afirmación pseudo-empírica** (el delito es una enfermedad que puede ser curada), pero esta afirmación se fundamenta en una antropología biológica determinista que la criminología posterior ha refutado. La sentencia indeterminada funcionó como coartada para encierros indefinidos sin control judicial efectivo.

15.3. Fase 3: El «Penal-Welfare State» y el Colapso de 1974 (1950-1975)

- Apogeo de la Criminología del Tratamiento: Terapias psicológicas, servicio social, juntas de libertad condicional (*parole boards*).
- **El Informe Martinson (1974) y la doctrina «Nothing Works»**: Robert Martinson analizó 231 programas de rehabilitación carcelaria y concluyó que «con pocas excepciones, los esfuerzos rehabilitadores ensayados no han tenido un efecto apreciable en la reincidencia».
- Giro punitivo: El fracaso empírico de la rehabilitación carcelaria no llevó a abolir la prisión, sino a abandonar el ideal rehabilitador y sustituirlo por el

encarcelamiento masivo neutralizador (*Just Deserts*, sentencias mínimas obligatorias, «Three Strikes»).

Tipo de afirmación: El modelo del *Penal-Welfare State* hizo una **afirmación empírica con metodología de verificación** (los programas de tratamiento reducirían la reincidencia). Martinson sometió esta afirmación a prueba empírica sistemática y la refutó. El colapso de la promesa rehabilitadora es el momento en que la evidencia empírica contradice explícitamente la justificación declarada.

15.4. Fase 4: La «Nueva Penología» Actuarial (1990-Presente; Feeley & Simon, Garland)

- Ya no se promete curar ni rehabilitar al transgresor.
- La prisión se justifica como una técnica actuarial de gestión de riesgos y contención de poblaciones «ingobernables» o marginadas del mercado laboral.

Tipo de afirmación: La Nueva Penología **abandona explícitamente** la pretensión rehabilitadora. Su justificación es puramente neutralizadora y de gestión de riesgos. El cinismo funcional del sistema contemporáneo consiste en mantener el discurso rehabilitador en los códigos y constituciones mientras se opera con una lógica actuarial de contención.

15.5. Tabla genealógica del discurso rehabilitador (discurso vs. práctica)

Época / Agente	Discurso Oficial ("Lo que se dice")	Práctica Institucional ("Lo que se hace")	Brecha
Canónico (s. XII-XV)	*Medicina animae* / Conversión	Aislamiento, pan, agua, cadena, trabajo monástico	**Alta:** "Salvación" = sumisión total
Casas Corrección (s. XVII-XVIII)	"Corrección moral por trabajo" / "Escuela de industria"	Trabajo forzado rentable, azotes, grilletes, hambre	**Extrema:** Fábrica disciplinaria
Ilustración (Beccaria, 1764)	"Pena proporcional, útil, disuasoria"	Prisión como "depósito", trabajo ocioso, corrupción	**Media:** Teoría > Práctica
Filadelfia / Auburn (s. XIX)	"Penitencia" (aislamiento + Biblia) / "Silencio + Trabajo"	**Locura masiva** (Eastern State), trabajo esclavo (Auburn/Contract labor)	**Extrema:** Locura = "éxito" terapéutico?
Positivista (Lombroso/Ferri, 1880s)	"Tratamiento científico del enfermo social"	Medidas indeterminadas, internamiento en manicomios penales,	**Alta:** Ciencia = control biologizado

		Lombroso mide cráneos	
Progresista EE.UU. (1900-1970)	"Rehabilitación individualizada", "Medicina penal"	*Indeterminate sentence*, *parole boards*, clasificación, terapia de grupo, **experimentos médicos (MKUltra, Holmesburg)**	**Alta:** "Tratamiento" = control total
"Nothing Works" (Martinson 1974)	"Nada funciona" → **Giro punitivo**	*Determinate sentencing*, *mandatory minimums*, *three strikes*, *supermax*	**Cero:** Abandono rehabilitación
RNR / What Works (1990s-actual)	"Basado en evidencia", "Riesgo-Necesidad-Responsividad"	Programas CBT/DBT en prisión, **pero** 90% presos sin acceso, discontinuidad post-liberación	**Media:** Evidencia existe, implementación falla
Actualidad (Leyes "Reinserción")	"Reinserción social", "Derechos humanos", "Reglas Mandela"	**Prisión preventiva 40-60%**, sobrepoblación 150-300%, **tortura/aislamiento sistémico** (ONU), **reincidencia 50%+**	**Máxima:** Retórica derechos humanos + realidad carcelaria

Conclusión argumental: El discurso rehabilitador ha sido **funcional a la legitimación de la prisión** en cada época. Cuando la evidencia muestra fracaso, **no se abandona la prisión**, se **cambia la justificación** (rehabilitación → incapacitación → disuasión → retribución → "seguridad ciudadana"). La prisión es **inmune a la evidencia** porque su función real no es la declarada.

15.6. Síntesis genealógica de la promesa rehabilitadora

Fase Histórica	¿Prometía Rehabilitar / Reducir Reincidencia?	Tipo de Afirmación	Estatus de Validez Empírica
Derecho Canónico Medieval	Sí (conversión moral interior ante Dios)	Teológica (no verificable empíricamente)	No aplicable
Casas de Corrección (s. XVI-XVII)	Sí (conversión de marginados en obreros disciplinados)	Doctrinal (sin metodología de verificación)	Refutado; funcionó como subsidio manufacturero
Penitenciarismo Cuáquero (Filadelfia, 1829)	Sí (reforma espiritual pura sin contaminación criminal)	Empírica temprana (sin metodología sistemática)	Catastrófico: causó psicosis masiva

Modelo Auburn (Nueva York, 1816)	Sí (creación de hábitos industriales)	Empírica temprana	Refutado; fue explotación laboral
Ilustración Beccariana (s. XVIII)	Parcialmente (habituación racional al cálculo costo-beneficio)	Normativa-preventiva	Certeza disuade; severidad no (Nagin, 2013)
Utilitarismo Benthamiano (1791)	Sí ("moler a los pícaros para hacerlos honestos")	Normativa con pretensión empírica	Refutado; la vigilancia crónica genera neurosis
Retribucionismo Clásico (Kant/Hegel)	No (la rehabilitación degradaría al hombre a medio utilitario)	Metafísico-moral	Dogmático; no sujeto a falsación empírica
Escuela Positiva (1880-1930)	No para el nato; Sí para ocasionales mediante tratamiento médico	Pseudo-empírica (determinismo biológico)	Refutado el determinismo biológico
Penal-Welfare State (1950-1970)	Sí (la promesa central del sistema correccional)	Empírica con metodología de verificación	Colapsado tras 1974 (*Nothing Works*)
Nueva Penología Actuarial (1990-Presente)	No (se renuncia a rehabilitar; solo se busca contener)	Neutralizadora-gestión de riesgos	Iatrogénico confirmado: reproduce y aumenta el delito

---

XVI. LA COLONIALIDAD DEL ENCIERRO: LA PRISIÓN COMO TECNOLOGÍA DE DOMINACIÓN IMPERIAL

La universalización de la prisión no es un triunfo de la civilización o los derechos humanos, sino el resultado de la **imposición colonial**. El sistema penitenciario moderno se exportó a todo el mundo mediante la dominación imperial, y los Estados postcoloniales conservaron en gran medida los códigos penales coloniales sin transformación sustantiva.

16.1. El eslabón perdido: la deportación transoceánica (Transportation)

Entre los siglos XVII y XIX, las potencias europeas —principalmente Gran Bretaña, pero también Francia y Portugal— desarrollaron a gran escala un sistema híbrido entre destierro y trabajo forzado: **la transportación penal** (*penal transportation*).

- Gran Bretaña deportó aproximadamente 50.000-60.000 convictos a las colonias norteamericanas entre 1615 y 1775 (bajo el *Transportation Act* de 1717).
- Tras la independencia estadounidense, redirigió el sistema hacia Australia: entre 1788 y 1868 fueron transportados aproximadamente 162.000 convictos a las colonias australianas.
- Francia mantuvo un sistema equivalente hacia la Guayana Francesa (el infame *bagne* de Cayena, activo hasta 1953) y Nueva Caledonia.

Significado genealógico: La transportación penal es, literalmente, la solución intermedia que la hipótesis inicial teoriza —un mecanismo que combinaba destierro territorial (expulsión de la metrópoli) con encierro/trabajo forzado (en la colonia de destino), y que funcionó precisamente durante el período en que las potencias europeas todavía disponían de "afuera" colonial disponible.

Es notable, y refuerza directamente el argumento genealógico central, que **el declive de la transportación penal coincide cronológicamente, casi con precisión, con la consolidación de la prisión doméstica moderna como pena principal**: Australia dejó de aceptar convictos hacia 1868 (por resistencia de las colonias ya establecidas, que no querían seguir recibiendo población penal), y es exactamente en ese período (segunda mitad del XIX) cuando el sistema penitenciario doméstico británico se consolida definitivamente como respuesta estándar, tras el fin efectivo de la válvula de escape colonial [EVIDENCIA: Shaw, 1966; Hughes, 1987].

16.2. La imposición colonial en África, Asia y América

- En **África**, el 80% de las cárceles fueron construidas por las administraciones coloniales (británica, francesa, belga) no para castigar delitos comunes, sino para sofocar rebeliones políticas, forzar el trabajo y controlar poblaciones indígenas [EVIDENCIA: Bernault, 2007].

- En **India**, la Compañía de las Indias Orientales construyó prisiones antes incluso de consolidar el control territorial. El sistema penitenciario indio moderno es un producto casi puro de la administración colonial británica: el *Prisons Act* de 1894, todavía vigente en su estructura básica en la India independiente, y el sistema de "clases" penitenciarias diferenciadas según origen social del preso (una distinción heredada directamente de la administración colonial, que preveía condiciones de reclusión distintas para "presos europeos" y presos nativos) [EVIDENCIA: Kane, 1930-1962].

- En **Japón**, la prisión moderna fue importada durante la Restauración Meiji (1880) no por demanda interna, sino para demostrar a las potencias occidentales que Japón era una nación "civilizada" y así revisar los tratados desiguales. Es uno de los casos históricos mejor documentados de adopción institucional deliberada del modelo carcelario occidental como parte de un proyecto explícito de modernización y de obtención de reconocimiento internacional [EVIDENCIA: Botsman, 2005].

- En **América Latina**, tras las independencias, los Estados postcoloniales conservaron los códigos penales coloniales sin transformación sustantiva. La prisión contemporánea en el Sur Global es, en gran medida, una tecnología de control racial y económico heredada del imperialismo, adaptada hoy para gestionar la exclusión producida por el capitalismo global [EVIDENCIA: Merry, 2000; Dikötter, 2002].

XVII. SÍNTESIS GENEALÓGICA: LAS CAPAS DE JUSTIFICACIÓN Y LA DISOCIACIÓN ESTRUCTURAL

La genealogía que hemos recorrido permite identificar las capas de justificación que se acumularon históricamente para legitimar el encierro como pena.

Capa histórica	Justificación Declarada	Función Real Documentada	¿Prometía Rehabilitar / Reducir Reincidencia?	Estatus de Validez Empírica Actual
Derecho Canónico Medieval	*Medicina animae* (salvación del alma, expiación)	Aislamiento monástico, oración obligatoria; control de herejes	Sí (conversión moral interior ante Dios)	Refutado como método de resocialización secular
Casas de Corrección (s. XVI-XVII)	Erradicación de la vagancia, inculcación del hábito laboral	Trabajo forzado no remunerado, raspado de madera; disciplinamiento de mano de obra marginal	Sí (conversión de marginados en obreros disciplinados)	Refutado; funcionó como subsidio manufacturero mercantilista
Ilustración Beccariana (s. XVIII)	Contrato social, proporcionalidad tarifada, certeza	Supresión de suplicios corporales; tarifación temporal de la pena; legitimación del nuevo Estado liberal	Parcialmente (habituación racional al cálculo costo-beneficio)	Certeza disuade; severidad no (Nagin, 2013)
Utilitarismo	Máxima	Arquitectura	Sí (“moler a	Refutado; la

Benthamiano (1791)	felicidad social, optimización del control; inspección, economía	panóptica, inspección invisible continua; producción de sujetos dóciles	los pícaros para hacerlos honestos")	vigilancia crónica genera neurosis y paranoia
Retribucionismo Clásico (Kant/Hegel)	Restauración metafísica de la justicia (*ius talionis*)	Expropiación de libertad equivalente a la culpabilidad	No (la rehabilitación degradaría al hombre a medio utilitario)	Dogmático/filosófico; no sujeto a falsación empírica
Penitenciarismo Cuáquero (Filadelfia, 1829)	Arrepentimiento mediante el silencio y la soledad celular	Aislamiento sensorial e interpersonal total	Sí (reforma espiritual pura sin contaminación criminal)	Catastrófico: causó psicosis masiva y daño irreversible
Escuela Positiva (1880-1930)	Defensa social contra el «tipo criminal peligroso»	Medidas de seguridad por tiempo indeterminado; control de poblaciones "peligrosas"	No para el nato; Sí para ocasionales mediante tratamiento médico	Refutado el determinismo biológico; coartada de encierro perpetuo
Penal-Welfare State (1950-1970)	Tratamiento clínico, resocialización y reinserción	Psicoterapia intramuros, juntas de libertad condicional; gestión de pobres	Sí (la promesa central del sistema correccional)	Colapsado tras 1974 (*Nothing Works* de Martinson)
Neoliberalismo (1990-Presente)	Seguridad ciudadana, "mano dura"	Gestión de excedentes poblacionales, control racial	No (se renuncia a rehabilitar; solo se busca contener agregados)	Iatrogénico confirmado: reproduce y aumenta el delito futuro
Principio de *ultima ratio*	Subsidiariedad del encierro	Retórica garantista frente a la expansión punitiva	No	Dogmático; contradicho por la práctica de encarcelamiento masivo

Matriz genealógica de cuatro dimensiones

Período Histórico	Justificación Hegemónica (Discurso)	Dispositivo Material (Práctica)	Sujeto Objeto (¿Quién es castigado?)	Función Social Latente
Antigüedad / Medieval	Venganza / Composición / Penitencia	Destierro, Wergeld, Ergastulum, Carcer preventivo, Monacato	Extranjero, esclavo, deudor, clérigo pecador	Regulación de conflictos / Pureza ritual / Orden feudal
Edad Moderna Temprana (s. XVI-XVIII)	Corrección moral / Policía de pobres / Trabajo disciplinario	Rasphuis, Spinhuis, Hôpital Général, Bridewell, Transporte penal	Vagabundo, mendigo, "ocioso", prostituta, huérfano, delincuente menor	Disciplina de la fuerza de trabajo / Control demográfico / Acumulación originaria
Ilustración / Revolución (s. XVIII)	Contrato social / Proporcionalidad / Disuasión racional / Legalidad	Cárceles modelo (Walnut St, Ghent), Código penal escrito, Abolición tortura/muerte (parcial)	"Ciudadano transgresor" (sujeto de derechos abstracto)	Legitimación del Estado-nación / Monopolio violencia / Seguridad jurídica burguesa
Siglo XIX (Industrial)	Rehabilitación moral / Disciplina / Peligrosidad / Regeneración	*Separate System* (PA) / *Silent System* (Auburn) / *Irish System* (Crofton) / Medidas seguridad	"Criminal nato" (Lombroso), "Pobre peligroso", Obrero rebelde, Joven delincuente	Producción de sujeto disciplinado / Control de clases peligrosas / Expansión colonial
Siglo XX (Bienestar / Guerra Fría)	Reinserción / Tratamiento científico / Defensa social / Prevención especial	*Indeterminate sentence*, *Parole*, *Classification*, *Therapeutic Community*, *Supermax* (final)	"Delincuente tratable" / "Psicópata" / "Adicto" / "Enemigo interno"	Estado de Bienestar penal / Medicalización de lo social / Control de disidencia
Siglo XXI (Late Modernidad	Seguridad ciudadana / Victimología /	*Mass incarceration* / *Supermax* /	"Enemigo público" / "Narco" /	Gestión de la exclusión / Neoliberalismo

/ **Neoliberal)**	Punitividad populista / Derechos humanos (retórica)	*Private prisons* / *Electronic monitoring* / *Risk assessment actuarial*	"Pandillero" / "Terrorista" / "Pobre racializado"	penal / Control de marginalidad sobrante / Negocio carcelario

Interpretación crítica: Cada capa de justificación no sustituyó a las anteriores, sino que se acumuló sobre ellas. Sin embargo, la tabla revela una **disociación estructural**: la función real del encierro ha sido constante (control de poblaciones marginales y excedentes), mientras que las justificaciones declaradas han mutado según el contexto ideológico para mantener la legitimidad del Estado.

La pregunta específica sobre la rehabilitación revela un patrón claro: la promesa de que el encierro rehabilitaría y reduciría la reincidencia fue formulada explícitamente en varias capas históricas (casas de corrección, penitenciarismo cuáquero, Bentham, Penal-Welfare State), pero **ninguna de estas afirmaciones ha resistido el escrutinio empírico**. Las afirmaciones empíricas más antiguas (penitenciarismo cuáquero) colapsaron por sus efectos catastróficos documentados; las afirmaciones empíricas más modernas (Penal-Welfare State) colapsaron por el meta-análisis de Martinson (1974) y los estudios posteriores.

XVIII. LA EVIDENCIA EMPÍRICA: EL DESMANTELAMIENTO CIENTÍFICO DE LA REHABILITACIÓN Y LA DISUASIÓN

La genealogía de las justificaciones formales debe ser cruzada con la evidencia empírica contemporánea. La pregunta no es solo qué dijeron los filósofos, sino qué sucede biológica, psicológica y socialmente cuando un ser humano es sometido a privación de libertad institucional.

18.1. El mito de la disuasión por severidad

La revisión exhaustiva de **Daniel Nagin (2013)** concluye que "hay escasa evidencia de que aumentos en la severidad de las penas arrojen efectos disuasorios marginales sustanciales". La disuasión depende de la **certeza** de la detección, no de la longitud de la condena. Aumentar las penas de prisión es, por tanto, una política criminal empíricamente inútil para la prevención general [EVIDENCIA: Nagin, 2013].

18.2. La iatrogenia del encierro: reincidencia y daño neurocognitivo

Los datos empíricos sobre reincidencia son devastadores para la pretensión rehabilitadora:

- **Meta-análisis de Nagin, Cullen y Jonson (2009)** y **Smith, Goggin y Gendreau (2002)**: Comparando individuos sentenciados a prisión vs. sanciones comunitarias equivalentes, la prisión **no reduce la reincidencia** y en muchos

casos la aumenta (efecto criminógeno). Las penas más largas producen *más* reincidencia que las cortas.

- **El fenómeno de la "Prisonización"**: Documentado por Clemmer (1940) y Haney (2003, 2012), el encierro obliga al individuo a internalizar las normas de la cultura penitenciaria (hipervigilancia, desconfianza, alienación, violencia como supervivencia) para poder sobrevivir. Estas adaptaciones son **directamente antitéticas** a la convivencia prosocial en libertad.

- **Daño neurocognitivo y mortalidad**: El aislamiento y la privación sensorial producen atrofia de funciones ejecutivas y desregulación emocional severa. El estudio de **Binswanger et al. (2007, NEJM)** demostró que en las primeras dos semanas post-liberación, los ex-presos tienen **12.7 veces más riesgo de muerte** (por sobredosis, suicidio, homicidio) que la población general. La prisión no rehabilita; produce un daño acumulado que se manifiesta letalmente al retirar la contención institucional [EVIDENCIA: Binswanger et al., 2007; Haney, 2003].

Efectos neurobiológicos documentados: Estudios recientes muestran cambios estructurales en el cerebro de individuos sometidos a encierro prolongado: reducción del volumen del hipocampo (hasta un 12% según Teicher et al., 2016), aumento de la hiperactividad del sistema de recompensa (hasta un 25% según Volkow et al., 2015) y disminución de la capacidad de regulación emocional (hasta un 30% según Golomb et al., 2019). La prisión no solo no rehabilita; produce daño neurológico permanente.

18.3. Datos cuantitativos globales (2020-2024)

Población carcelaria mundial (World Prison Brief, ICPR, 2024)

Región	Presos Totales	Tasa / 100k hab.	% Preventivos	Sobrepoblación Promedio
Mundial	**11.5 millones**	**145**	~30%	115% (media)
EE. UU.	1.8M (estatal+federal+local)	**531**	20%	100-150%
China	~1.7M (oficial) + *laogai* (oculto)	~120	?	Desconocida
Brasil	850k	390	**40%**	**170%**
India	570k	41	**76%**	**130%**
Rusia	400k	280	15%	80%
México	230k	180	**42%**	**120%**
Sudáfrica	160k	270	30%	**140%**
Europa (COE)	1.4M	**105**	22%	90%
Latinoamérica	1.7M	**260**	**42%**	**160%**

Reincidencia global (meta-análisis comparados)

País / Sistema	Reincidencia (2-3 años)	Modelo
Noruega (abierto)	**18-20%**	Rehabilitación / Normalidad
Alemania (abierto)	**30-35%**	Resocialización / Open prison
Finlandia	**35-40%**	Descarcelización / Sanciones sustitutivas
Canadá	**35-40%**	RNR + Comunitaria
Reino Unido	**45-50%**	Mixto / Populismo punitivo
EE. UU. (estados)	**60-68%**	Punitivo / *Mass incarceration*
Brasil	**60-70%**	Punitivo / Sobrepoblación extrema
Argentina	**40-50%** (est.)	Punitivo / Preventiva masiva
El Salvador (2019-2024)	**?** (Estado de excepción)	**Encarcelamiento masivo** (1% población adulta presa)

Costos comparados (anual por preso vs. alternativas)

Jurisdicción	Costo Prisión / Año	Costo Alternativa Comunitaria / Año	Ratio
EE. UU. (promedio)	$35,000 - $60,000	$5,000 - $15,000 (ISP, Drug Court)	**4x - 10x**
Reino Unido	£45,000	£5,000 - £15,000	**3x - 9x**
Argentina (est. 2023)	$12,000 - $18,000 USD	$2,000 - 6,000$(est.prog.comunitarios)| ** 3x - 6x ** || ** Brasil ** |R$ 30,000 - 50,000	R$ 5,000 - 12,000 (APAC, Monitoramento)
Chile	$25,000 USD	$6,000 (Programas libertad vigilada)	**4x**

18.4. La superioridad empírica de las alternativas comunitarias

La criminología correccional basada en evidencia (Modelo RNR de Andrews y Bonta) demuestra que **el tratamiento en comunidad es sistemáticamente superior al tratamiento intramuros**. La razón es la *validez ecológica*: las habilidades aprendidas en un contexto artificial y coercitivo (la prisión) no se transfieren al mundo real.

- **Justicia Restaurativa**: Meta-análisis (Sherman y Strang, 2007) muestran reducciones de reincidencia del 7-14% frente al sistema tradicional, con mayor satisfacción de las víctimas.
- **Terapia Multisistémica (MST)**: En jóvenes, reduce el reencarcelamiento en un 50-64% operando en el entorno natural del sujeto [EVIDENCIA: Henggeler et al., 2009].

- **Monitoreo electrónico sustitutivo**: Estudios como el de Di Tella y Schargrodsky (2013) en Argentina muestran que la sustitución de prisión por monitoreo electrónico reduce la reincidencia casi a la mitad (13% vs 22%), preservando los vínculos familiares y laborales que son los verdaderos protectores contra el delito [EVIDENCIA: Di Tella y Schargrodsky, 2013].

18.5. La falacia del "modelo nórdico" (Halden)

Frecuentemente se cita a prisiones como Halden (Noruega) para argumentar que la prisión "puede" rehabilitar. Esta lectura es epistémicamente defectuosa. Halden es una **anomalía estructural** (ratio personal-interno de 1:3, ausencia de rejas interiores, contacto familiar sin barreras, salario de mercado) que funciona *a pesar* de llamarse prisión, operando bajo la lógica de la libertad supervisada. Aun así, los estudios cualitativos muestran que los internos siguen reportando los "dolores del encarcelamiento" (pérdida de autonomía, separación). Además, su costo por plaza es astronómico, refutando la idea de que la prisión rehabilitadora sea económicamente viable o escalable a nivel global [EVIDENCIA: Sham, 2014].

XIX. CIERRE: LA HIPÓTESIS REFUTADA Y LAS TRES FALACIAS DEL DISCURSO PENAL

Retomemos la hipótesis que abrió este texto: el encierro habría surgido como sustituto funcional del destierro cuando las fronteras nacionales volvieron impracticable la expulsión física. La genealogía que hemos recorrido permite matizar y radicalizar esta hipótesis.

Es cierto que el destierro declinó por la consolidación de los Estados nacionales y el cierre de las fronteras (como demuestran los casos de los *hulks* ingleses, la Guyana francesa y Siberia). Sin embargo, el encierro no surgió simplemente como sustituto funcional; surgió como resultado convergente de la teología penitencial, la economía política del trabajo, el utilitarismo ilustrado, la arquitectura disciplinaria y el colonialismo.

La doctrina penal contemporánea opera simultáneamente con múltiples justificaciones (contractualista, utilitarista, retributiva, rehabilitadora, de protección). Sin embargo, a la luz de la evidencia científica, podemos identificar **tres falacias fundamentales** que estructuran el discurso penal contemporáneo:

1. La falacia de la continuidad histórica: "Siempre se ha encarcelado a los delincuentes". *Realidad*: El encierro masivo de larga duración es una invención reciente (siglos XVIII-XIX), específica de Occidente, y universalizada por la violencia colonial. La mayor parte de la historia humana gestionó el daño mediante restitución, mediación o destierro. La evidencia comparada global demuestra que la prisión no es una institución natural ni eterna, sino una tecnología contingente, históricamente reciente y culturalmente específica.

2. La falacia de la rehabilitación inherente: "La prisión rehabilita o tiene potencial rehabilitador". *Realidad*: La justificación rehabilitadora es tardía (siglo XX), retórica, y **ha sido sistemáticamente refutada por la evidencia empírica**. El encierro estándar destruye las condiciones neurobiológicas y vinculares necesarias para el cambio, produciendo iatrogenia y *prisonización*. Como documentó Martinson (1974) y confirman los meta-análisis posteriores, la prisión no reduce la reincidencia; a menudo la aumenta.

3. La falacia de la inevitabilidad institucional: "Sin prisiones, no hay cómo responder al delito grave". *Realidad*: Existe un abanico probado de alternativas comunitarias (justicia restaurativa, MST, monitoreo electrónico) que producen mejores resultados en reincidencia, salud mental, preservación vincular y costo-efectividad. La evidencia empírica demuestra que el tratamiento en comunidad es sistemáticamente superior al tratamiento intramuros.

Las cinco tesis genealógicas demostradas

1. **La prisión no nació para rehabilitar, sino para disciplinar la pobreza y controlar el territorio.** Su origen está en las casas de corrección y los hospitales generales, no en el derecho penal.

2. **El discurso rehabilitador es funcionalmente necesario para legitimar la coerción en Estados liberales.** Sin la promesa de reinserción, la privación de libertad sería difícilmente justificable ante una opinión pública que valora los derechos humanos.

3. **La distinción Pena / Medida de Seguridad permite la prisión indeterminada bajo disfraz de "tratamiento".** La peligrosidad es un concepto circular que ha servido para encierros indefinidos sin control judicial.

4. **La exportación colonial globalizó un modelo culturalmente inadecuado y estructuralmente iatrogénico.** La prisión moderna fue impuesta, no adoptada voluntariamente, y las alternativas indígenas fueron suprimidas.

5. **La evidencia empírica actual (reincidencia, salud mental, costo, daño familiar) contradice frontalmente las cinco justificaciones canónicas (retribución, disuasión, incapacitación, rehabilitación, refuerzo normativo).** Ninguna de las justificaciones tradicionales resiste el escrutinio de los datos.

Sobre la pregunta específica de la rehabilitación: Ninguna de las grandes tradiciones filosófico-jurídicas que fundamentan el derecho penal moderno —ni el contractualismo beccariano, ni el utilitarismo benthamiano, ni el retribucionismo kantiano-hegeliano, ni la prevención especial del siglo XX— sostiene, con el nivel de evidencia empírica que hoy exigiríamos a cualquier otra intervención de política pública, que el encierro *efectivamente* produce rehabilitación y reduce la reincidencia. Lo que sostienen es, según el caso: (a) que el encierro es *lógicamente compatible* con la posibilidad de rehabilitación si se dan ciertas condiciones (Beccaria, Roxin); (b) que el encierro *debería* orientarse a la rehabilitación como fin normativo (declaraciones constitucionales del siglo XX); o (c) que la rehabilitación es sencillamente irrelevante

para la justificación del castigo, que descansa en otro fundamento (retribucionismo kantiano puro, prevención general negativa). La afirmación empírica fuerte —"el encierro produce rehabilitación medible y verificable y reduce la reincidencia"— es, históricamente, mucho más rara de lo que el sentido común contemporáneo asume, y cuando aparece formulada con pretensión cuasi-científica (el experimento pensilvano de aislamiento, la Escuela Positiva con su promesa de tratamiento de la "peligrosidad"), es precisamente donde la propia historia documenta con mayor claridad el fracaso y el daño.

La distancia entre la justificación declarada y el efecto documentado no es un vacío epistémico neutral ni un simple "fallo de implementación". Es un **abismo estructural** y una **contradicción documentada**. La rehabilitación no es una hipótesis no confirmada; es una hipótesis refutada. La prisión moderna no surgió para rehabilitar, ni para proteger a la víctima, ni para reducir el delito. Surgió para disciplinar la mano de obra, controlar poblaciones empobrecidas y racializadas, y exportar la soberanía estatal a través del colonialismo.

La pregunta final no es si la prisión "puede mejorarse" mediante retóricas humanitarias. Es si una institución diseñada históricamente para disciplinar cuerpos, expropiar el tiempo, secuestrar conflictos y gestionar el descarte humano puede ser transformada en una institución de cuidado y co-regulación, sin dejar de ser prisión. La genealogía y la ciencia sugieren que no. La teoría crítica debe operar en este espacio, no para suavizar la violencia estatal, sino para desmantelar sus ficciones legitimadoras.

XX. ANEXO: ESCUDO EPISTÉMICO

20.1. Tabla de clasificación epistémica ampliada

Afirmación	Estatus	Fundamento
En Roma, el encierro era custodia preventiva, no pena principal	EVIDENCIA	Mommsen (1899), Kelly (1966), Cloud (1989); Ulpiano, Digesto 48.19.8.9
El derecho germánico operaba mediante composición económica (*wergeld*)	EVIDENCIA	Brunner (1964)
El derecho canónico desarrolló la prisión como tecnología psicofísica	EVIDENCIA	Pugh (1968), Geltner (2008), Peters (1985)
El encierro como pena principal es excepcional en tradiciones no occidentales	EVIDENCIA	Peters (2005), Johnson (1997), Bernault (2007), Botsman (2005), Dikötter (2002), Kane (1930-1962)
China imperial: el *liu* (exilio)	EVIDENCIA	Johnson (1997), MacCormack

era la cuarta de las Cinco Penas		(1996)
Derecho islámico: el *habs* no era pena autónoma, sino custodia o deuda	EVIDENCIA	Peters (2005), El-Awa (1982)
Japón adoptó la prisión moderna en la era Meiji por presión occidental	EVIDENCIA	Botsman (2005)
África precolonial: sistemas restaurativos, no encierro	EVIDENCIA	Elias (1956), Bernault (2007)
El Rasphuis de Ámsterdam (1596) introdujo el trabajo forzado como corrección	EVIDENCIA	Spierenburg (1991)
Beccaria fundó la justificación utilitarista; NO defendía la rehabilitación	EVIDENCIA	Beccaria (1764), Maestro (1973)
Bentham incluyó la "reformation" como objeto declarado del panóptico	EVIDENCIA	Bentham (1791), Semple (1993)
El Panóptico de Bentham nunca se construyó; funcionó como discurso	EVIDENCIA	Bentham (1791), Semple (1993)
Kant y Hegel rechazaban explícitamente la rehabilitación como fin de la pena	EVIDENCIA	Kant (1797), Hegel (1821)
La Escuela Positiva introdujo la peligrosidad y su deriva eugenésica	EVIDENCIA	Lombroso (1876), Gibson (2002), Wachsmann (2004)
La certeza disuade más que la severidad de la pena	EVIDENCIA	Nagin (2013)
La prisión no reduce la reincidencia; a menudo la aumenta (efecto criminógeno)	EVIDENCIA	Nagin, Cullen y Jonson (2009); Smith, Goggin y Gendreau (2002)
El encierro produce *prisonización* y daño neurocognitivo documentado	EVIDENCIA	Clemmer (1940), Haney (2003), Binswanger et al. (2007)
Las alternativas comunitarias (RNR, MST, Restaurativa) son superiores	EVIDENCIA	Andrews y Bonta (2010), Henggeler (2009), Sherman y Strang (2007)
La prisión moderna en el Sur Global es una importación	EVIDENCIA	Bernault (2007), Merry (2000),

colonial		Dikötter (2002)
Pashukanis: el tiempo abstracto como moneda de cambio penal	EVIDENCIA	Pashukanis (1924)
La transportación penal fue el eslabón entre destierro y encierro	EVIDENCIA	Shaw (1966), Hughes (1987)
El Informe Martinson (1974): "Nothing Works" en rehabilitación carcelaria	EVIDENCIA	Martinson (1974)
La rehabilitación como justificación es una coartada retórica del s. XX	INTERPRETACIÓN	Garland (2001), Foucault (1975), Análisis genealógico propio
La prisión de deudores medieval era un negocio privado y motor económico	EVIDENCIA	Geltner (2008)
El modelo noruego (Halden) reduce reincidencia pero es una anomalía estructural	EVIDENCIA	Rothe (2017), Sham (2014)
Los sistemas de justicia indígena (Navajo, Māori, Gacaca) son alternativas no carcelarias	EVIDENCIA	Yazzie (1994), Mikaere (2011), Clark (2010)

20.2. Referencias académicas clave (Ampliadas)

- Alexander, M. (2010). *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. The New Press.
- Ancel, M. (1954). *La défense sociale nouvelle*. Sirey.
- Andrews, D. A., y Bonta, J. (2010). *The Psychology of Criminal Conduct* (5th ed.). Routledge.
- Bamford, P. (1973). *Fighting ships and prisons*. Cambridge University Press.
- Beccaria, C. (1764). *Dei delitti e delle pene*. Aubert.
- Bentham, J. (1791). *Panopticon; or, the Inspection House*. T. Payne.
- Bernault, F. (2007). *A History of Prison and Confinement in Africa*. Heinemann.
- Binswanger, I. A., et al. (2007). Release from prison — a high risk of death for former inmates. *NEJM*, 356(2), 157-165.
- Botsman, D. (2005). *Punishment and Power in the Making of Modern Japan*. Princeton University Press.
- Bradley, K. R. (1984). *Slaves and Masters in the Roman Empire*. Oxford University Press.
- Brunner, O. (1964). *Land and lordship*. University of Pennsylvania Press.
- Christie, N. (1981). *Limits to pain*. Martin Robertson.

- Clemmer, D. (1940). *The Prison Community*. Christopher Publishing House.
- Cloud, D. (1989). *Roman Criminal Law*.
- Cullen, F. T., Jonson, C. L., y Nagin, D. S. (2011). Prisons do not reduce recidivism. *The Prison Journal*.
- Davis, A. Y. (2003). *Are Prisons Obsolete?*. Seven Stories Press.
- Di Tella, R., y Schargrodsky, E. (2013). Criminal Recidivism after Prison and Electronic Monitoring. *Journal of Political Economy*, 121(1).
- Dikötter, F. (2002). *Crime, Punishment and the Prison in Modern China*. Columbia University Press.
- Durkheim, É. (1893). *De la division du travail social*. Alcan.
- Ekirch, A. R. (1987). *Bound for America: The Transportation of British Convicts to the Colonies*. Oxford University Press.
- Elias, T. O. (1956). *The Nature of African Customary Law*. Manchester University Press.
- El-Awa, M. S. (1982). *Punishment in Islamic Law*. American Trust Publications.
- Feeley, M., y Simon, J. (1992). The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications. *Criminology*, 30(4), 449-474.
- Ferrajoli, L. (2001). *Diritto e ragione*. Laterza.
- Ferri, E. (1884). *Sociologia criminale*. Fratelli Bocca.
- Ferri, E. (1889). *Criminologia generale. Studio positivo-sociale*. Fratelli Bocca.
- Foucault, M. (1961). *Histoire de la folie à l'âge classique*. Plon.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Gallimard.
- Garland, D. (2001). *The Culture of Control*. Oxford University Press.
- Garofalo, R. (1885). *Criminologia*. Fratelli Bocca.
- Geltner, G. (2008). *The medieval prison: A social history*. Princeton University Press.
- Gibson, M. (2002). *Born to crime: Cesare Lombroso*. Praeger.
- Haney, C. (2003). The Psychological Impact of Incarceration. *Crime & Delinquency*, 49(1).
- Hegel, G. W. F. (1821). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Nicolai.
- Henggeler, S. W., et al. (2009). *Multisystemic Therapy for Antisocial Behavior in Children and Adolescents*. Guilford Press.
- Hughes, R. (1987). *The Fatal Shore: A History of the Transportation of Convicts to Australia*. Collins.
- Hulsman, L. (1986). Critical criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises*.
- Ignatieff, M. (1978). *A just measure of pain*. Pantheon.
- Jakobs, G. (1985). Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *ZStW*.
- Johnson, W. (1997). *The Tang Code Vol. II*. Princeton University Press.
- Jutte, R. (1994). *Poverty and Deviance in Early Modern Europe*. Cambridge University Press.

- Kane, P. V. (1930-1962). *History of Dharmaśāstra* (5 vols.). Bhandarkar Oriental Research Institute.
- Kant, I. (1797). *Die Metaphysik der Sitten*. Nicolovius.
- Kelly, J. M. (1966). *Roman Litigation*. Oxford University Press.
- Lombroso, C. (1876). *L'uomo delinquente*. Hoepli.
- Maestro, M. (1973). *Cesare Beccaria and the Origins of Penal Reform*. Temple University Press.
- Martinson, R. (1974). What Works? Questions and Answers About Prison Reform. *The Public Interest*, 35, 22-54.
- Mathiesen, T. (1974). *The politics of abolition*. Martin Robertson.
- Melossi, D., y Pavarini, M. (1977). *Cárcel y fábrica*. Siglo XXI.
- Merry, S. E. (2000). *Colonizing Hawai'i: The Cultural Power of Law*. Princeton University Press.
- Mommsen, T. (1899). *Römisches Strafrecht*. Duncker & Humblot.
- Muñoz Conde, F., y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch.
- Nagin, D. S. (2013). Deterrence in the twenty-first century. *Crime and Justice*.
- Nagin, D. S., Cullen, F. T., y Jonson, C. L. (2009). Imprisonment and reoffending. *Crime and Justice*.
- Olivelle, P. (2013). *Manusmṛti: The Law Code of Manu*. Oxford University Press.
- Pashukanis, E. B. (1924). *Teoría general del derecho y marxismo*. Ediciones culturales (ed. en español).
- Peters, E. (1985). *Torture*. University of Pennsylvania Press.
- Peters, R. (2005). *Crime and Punishment in Islamic Law*. Cambridge University Press.
- Pugh, R. B. (1968). *Imprisonment in Medieval England*. Cambridge University Press.
- Rostworowski, M. (1999). *Historia del Tahuantinsuyu*. IEP.
- Roxin, C. (1970). *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. C. H. Beck.
- Rusche, G., y Kirchheimer, O. (1939). *Punishment and social structure*. Columbia University Press.
- Schuurman, L. (1990). *The Workhouse in the Netherlands*. Amsterdam University Press.
- Semple, J. (1993). *Bentham's prison*. Clarendon Press.
- Shaw, A. G. L. (1966). *Convicts and the Colonies*. Melbourne University Press.
- Sherman, L., y Strang, H. (2007). *Restorative Justice: The Evidence*. Smith Institute.
- Smith, P., Goggin, C., y Gendreau, P. (2002). *The effects of prison sentences on recidivism*. Public Works and Government Services Canada.
- Soustelle, J. (1955). *La vida cotidiana de los aztecas*. FCE.
- Spierenburg, P. (1991). *The prison experience*. Amsterdam University Press.
- Toth, S. A. (2006). *Exile or Punishment: The French Penal Colony*.

- Von Feuerbach, P. J. A. (1801). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen.
- Von Hirsch, A. (1976). *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Hill and Wang.
- Von Hirsch, A., y Ashworth, A. (2005). *Proportionate Sentencing*. Oxford University Press.
- Wacquant, L. (2009). *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Duke University Press.
- Wachsmann, N. (2004). *Hitler's Prisons: Legal Terror in Nazi Germany*. Yale University Press.
- Wood, A. (2016). *Crime and Punishment in Russia*.
- Zimring, F. E., y Hawkins, G. (1995). *Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime*. Oxford University Press.

20.3. Lo que este capítulo no ha hecho

Este capítulo ha trazado la genealogía de las justificaciones formales y legales del encierro y las ha cruzado con la evidencia empírica macroscópica sobre reincidencia, iatrogenia y colonialidad. No ha evaluado empíricamente la micro-física de los efectos alostáticos sobre el sistema nervioso autónomo de los individuos específicos, ni ha mapeado la ecología vincular de las familias de los reclusos. Esa evaluación pertenece al análisis neurobiológico y sociológico de detalle y debe realizarse en los capítulos dedicados a la iatrogenia institucional sistémica y la economía energética de la mente.

20.4. Notas de remisión cruzada

Este capítulo se articula con:

- El análisis de la iatrogenia institucional sistémica: las instituciones de encierro como máquinas de producción de atractores patogénicos.
- La ecología vincular: el impacto del encierro sobre la red vincular del individuo.
- El mecanismo de mediación en cuatro niveles: cómo la adversidad del encierro se inscribe biológicamente en el individuo.
- La economía energética de la mente: el costo alostático del encierro para el individuo.
- El principio de no-exoneración por resiliencia: la agencia del individuo bajo opresión no exime a la estructura que lo oprime.

XXI. SÍNTESIS FINAL: LA ACUMULACIÓN ESTRATIFICADA DE COARTADAS

Al enriquecer el capítulo con estos elementos, la demostración final adquiere una fuerza incontestable:

1. **La privación de libertad nunca fue una necesidad natural ni universal.** Es un dispositivo contingente, nacido del cruce entre la teología monástica medieval, la

necesidad de disciplina laboral del capitalismo mercantilista y la cuantificación del tiempo abstracto en la sociedad de mercado. La evidencia comparada global demuestra que la prisión no es una institución natural ni eterna, sino una tecnología contingente, históricamente reciente y culturalmente específica.

2. **La justificación «rehabilitadora» ha sido históricamente una coartada oscilante.** Cada vez que el sistema penitenciario entra en crisis por su crueldad o ineficacia, la clase política y jurídica reactiva la promesa de que «esta vez la prisión sí curará». Sin embargo, desde el experimento cuáquero de Filadelfia en 1829 hasta el colapso del estado de bienestar penal en 1974, la evidencia empírica ha demostrado que la institución total destruye sistemáticamente la estructura biológica y relacional que hace posible la vida en sociedad.

3. **El sistema contemporáneo opera en un cinismo funcional.** Tras el colapso del ideal rehabilitador, el sistema penal occidental y globalizado abandonó la pretensión científica de reinsertar, refugiándose en el retribucionismo punitivo expresivo y en la gestión actuarial de riesgos, mientras cobra impuestos a la sociedad para financiar un dispositivo que genera más patología, más fractura familiar y más violencia futura.

Axioma Genealógico Final:

La distancia entre la justificación declarada del encierro (rehabilitación, disuasión, justicia) y su efecto documentado (criminogénesis, iatrogenia, daño familiar, costo social) no es un "fallo de implementación", sino la ***huella histórica de su función real****: la gestión política de la desigualdad y la legitimación del monopolio de la violencia estatal. Cualquier teoría del castigo que ignore esta genealogía está condenada a repetir la ficción rehabilitadora.*

Fin del capítulo.

Tratado sobre la iatrogenia estructural del encierro institucional: fundamentación empírica, lógica, clínica y jurídica para una nueva arquitectura penal

---

Advertencia metodológica previa: el rechazo a la dilución y al exceso lógico

Este documento **no** afirma una "imposibilidad lógica" en sentido analítico estricto (tipo "círculo cuadrado" o "soltero casado"), pues eso sería refutable con un solo contraejemplo y constituiría una afirmación metafísica que ningún dato podría

derrotar ni confirmar. Tampoco concede la "posibilidad de facilitación" de la prisión salutogénica que vaciaría de contenido la crítica.

La tesis central es una IMPOSIBILIDAD DINÁMICA Y ESTRUCTURAL PROBADA EMPÍRICAMENTE:

El diseño predominante de la institución de encierro (coerción asimétrica, ruptura vincular forzada, vigilancia punitiva, supresión de agencia) configura una condición de frontera patogénica ($M_B > 1$ en terminología de sistemas dinámicos) que anula los mecanismos neurobiológicos y psicológicos necesarios para la rehabilitación. La evidencia converge: el encierro masivo no es "neutro" ni "tratamiento fallido"; es una tecnología iatrogénica que produce el daño que dice curar.

Esta es una afirmación **derrotable por evidencia**: si alguien presenta datos que demuestren que, bajo las condiciones estructurales predominantes del encierro contemporáneo, la rehabilitación es sistemáticamente probable y superior a las alternativas comunitarias, esta tesis caería. La carga de la prueba se invierte: **el Estado debe demostrar que *esta* persona, en *este* régimen, produce mejor resultado que la alternativa validada. Sin datos, la prisión es arbitraria e ilegal.**

Resumen ejecutivo: las tres tesis demostradas

Tesis Central	Nivel de Evidencia	Conclusión Operativa
Tesis 1: El encierro institucional es iatrogénico para la rehabilitación	**Robusta / Convergente** (Neurobiología, Psicoterapia, Criminología, Teoría de Sistemas Dinámicos, Antropología Jurídica, Epidemiología Psiquiátrica)	La privación de libertad en institución *destruye activamente* las condiciones de frontera necesarias para el cambio terapéutico. No es un contexto "neutro" ni "dificultoso": es patogénico por diseño estructural.
Tesis 2: La rehabilitación efectiva requiere no privación de libertad institucional	**Robusta / Consistente** (Modelo RNR, Desistimiento, Justicia Restaurativa, ACT Forense, Terapia Multisistémica, MBT-ASPD, Ensayo MOAM)	El techo de eficacia de cualquier intervención en encierro es estructuralmente bajo. La eficacia real (transferencia ecológica, mantenimiento de ganancias terapéuticas) solo se

		alcanza en comunidad con vínculos preservados y co-regulación funcional.
Tesis 3: El sistema penal actual (Legislativo/Judicial/Penitenciario) opera como iatrogénico sistémico	**Sólida** (Análisis de costo-efectividad, Accountability institucional, Economía política del castigo, Filosofía política republicana)	El Estado gasta recursos masivos para producir peores resultados (más reincidencia, más patología psiquiátrica, más víctimas futuras, más daño intergeneracional) sin rendir cuentas de eficacia ni asumir responsabilidad por los daños causados.

Prólogo: la inversión de la carga de la prueba y las exigencias epistemológicas

La presunción no declarada

El sistema penal contemporáneo opera bajo una presunción no declarada pero estructuralmente dominante: que la privación institucional de libertad constituye, al menos potencialmente, un mecanismo válido de rehabilitación, resocialización o corrección de la conducta delictiva. Esta presunción no ha sido demostrada empíricamente. Peor aún: ha sido sistemáticamente refutada por décadas de investigación convergente en neurobiología del apego, psicoterapia basada en evidencia, criminología experimental, psiquiatría epidemiológica y economía política del castigo.

La pregunta que este tratado resuelve no es si la prisión es "mala" desde una óptica moral abstracta, sino si cumple —o puede cumplir— la función que el Estado, los tribunales y la opinión pública le atribuyen cuando justifican su existencia con argumentos de seguridad, tratamiento o reinserción. La evidencia científica responde de manera inequívoca: **la prisión institucional estándar no rehabilita; daña. No reduce la reincidencia en la mayoría de los perfiles; la aumenta o la deja inalterada. No protege a la familia del condenado; la destruye. No optimiza el gasto público; lo desperdicia generando externalidades negativas masivas.**

La inversión de la carga probatoria

Por tanto, la carga de la prueba debe invertirse. No corresponde a quienes proponen alternativas comunitarias demostrar que éstas funcionan en todos los casos; corresponde al Estado, al legislador y al juez demostrar, con evidencia científica rigurosa y actualizada, que para un individuo específico, con un perfil específico, la privación de libertad institucional produce mejores resultados en rehabilitación, reincidencia, salud mental y preservación vincular que cualquier alternativa menos restrictiva. Si no pueden demostrarlo —y no pueden—, la prisión carece de justificación empírica y constituye una intervención iatrogénica financiada con recursos públicos.

Esta exigencia no es arbitraria: es análoga al estándar que se aplica a cualquier intervención financiada con fondos públicos en salud, educación o seguridad. Un medicamento debe demostrar eficacia y seguridad antes de ser aprobado. Un programa educativo debe mostrar resultados de aprendizaje. Una política de seguridad debe medir su impacto. El sistema penal es la única gran intervención estatal que opera sin evaluación sistemática de resultados.

La trampa de la "imposibilidad lógica"

Una objeción recurrente intenta diluir la tesis mediante un argumento aparentemente "matizado": *"No se puede afirmar una imposibilidad lógica de la rehabilitación en prisión, porque existen tratamientos que funcionan dentro de los establecimientos penitenciarios."*

Esta objeción constituye una falacia estratégica por tres razones fundamentales:

1. Confusión de planos lógicos. La tesis que aquí se demuestra no sostiene una *imposibilidad lógica formal* (como "círculo cuadrado" o "soltero casado"), sino una *imposibilidad estructural, dinámica y termodinámica*: el sistema no puede converger al atractor prosocial mientras permanezca en un régimen de condiciones de frontera $M_B > 1$. Es análogo a afirmar que una planta no puede florecer en un suelo contaminado con plomo: no es lógicamente imposible (existen plantas excepcionalmente resistentes), pero es estructuralmente improbable y activamente contraproducente como política general.

2. Inversión ilegítima de la carga de la prueba. Exigir a la crítica que demuestre que "toda prisión impide toda rehabilitación en el 100% de los casos" es una exigencia epistémica desproporcionada que ninguna ciencia aplicada acepta. No exigimos que un medicamento sea letal en el 100% de los casos para declararlo iatrogénico y retirarlo del mercado; basta con que su efecto neto sea dañino, que existan alternativas menos dañinas y más eficaces, y que los daños superen consistentemente los beneficios en la población objetivo. La evidencia presentada en las Partes II y IV cumple sobradamente este estándar.

3. Confusión entre "excepción" y "refutación". Los casos marginales donde se observa cambio positivo en contextos de encierro (por ejemplo, prisiones

escandinavas de baja coerción con personal altamente capacitado, comunidades terapéuticas con ratios excepcionales de personal clínico, programas que preservan contacto familiar intensivo) **no son contraejemplos de la tesis**. Son precisamente casos donde, por diseño institucional excepcional, se logra reducir localmente $M_B < 1$, es decir, **dejan de ser encierro institucional en el sentido fuerte del término**. Su existencia no refuta el teorema; lo confirma, pues demuestran que el cambio terapéutico solo es posible cuando la condición de frontera deja de ser patogénica.

Marco definicional y operativo

Para evitar malentendidos, diluciones o desvíos tangenciales, es necesario definir operativamente los constructos centrales.

1. Iatrogenia penal

Se define como el conjunto de efectos adversos, crónicos y sistémicos producidos por la intervención estatal de privación de libertad institucional, que agravan las condiciones que supuestamente deben corregirse (desregulación emocional, conducta antisocial, fractura vincular) y generan nuevas patologías (trauma complejo, institucionalización, deterioro neurocognitivo, criminogénesis secundaria). La iatrogenia no es un efecto colateral accidental; es una consecuencia predecible del diseño estructural del encierro.

2. Rehabilitación, desistimiento y resocialización

- **Rehabilitación**: reorganización estructural de los mecanismos psicológicos y conductuales que mantienen la conducta delictiva, medible mediante la reducción de necesidades criminógenas dinámicas (cogniciones antisociales, impulsividad, desregulación afectiva, consumo problemático) y la adquisición de habilidades prosociales transferibles al entorno comunitario.
- **Desistimiento**: proceso longitudinal de abandono de la carrera delictiva, sostenido en el tiempo y mediado por factores vinculares, ocupacionales y de identidad (Laub & Sampson). No es un evento puntual sino una transición de fase.
- **Resocialización**: término retórico frecuentemente usado por los sistemas penitenciarios sin operacionalización empírica. En este tratado se considera inválido como métrica de evaluación institucional por su vaguedad.

3. Privación de libertad institucional

Variable independiente que designa el confinamiento del cuerpo de una persona en un espacio controlado por el Estado, con restricción de su movilidad geográfica, pérdida de agencia sobre la rutina diaria, ruptura forzada de vínculos primarios y mediación de todas las relaciones por la asimetría de poder coercitivo. Se distingue de otras restricciones (domiciliaria, monitoreo electrónico, comunidad terapéutica residencial)

por la **discontinuidad ecológica total** y la **sustitución del entorno natural por un nicho institucional artificial**.

4. Co-regulación, apego y alianza terapéutica: condiciones no negociables del cambio

La evidencia convergente de la neurobiología del apego (Schore, Porges, Coan), la psicoterapia basada en evidencia (Wampold, Norcross) y la criminología del desistimiento (Farrall, Maruna) establece que el cambio conductual genuino requiere: - **Seguridad relacional**: un entorno donde el sistema nervioso pueda desactivar la respuesta de amenaza (eje HPA) y activar los circuitos de plasticidad prefrontal. - **Co-regulación emocional**: la presencia de figuras de apego o alianza terapéutica que actúen como amortiguadores de la fluctuación emocional durante el proceso de cambio. - **Alianza terapéutica**: factor común con el mayor poder predictivo de resultado en cualquier intervención psicológica ($d \approx 0.57$). - **Agencia y práctica ecológica**: la posibilidad de ensayar nuevas conductas en el contexto real donde deben aplicarse.

Parte I: demostración teórica — por qué el encierro institucional impide estructuralmente la rehabilitación

I.1 El argumento lógico-neuronal basado en sistemas dinámicos y neurobiología del apego

Axioma 1 (condición de frontera para la plasticidad terapéutica)

La formación de un atractor competidor prosocial (rehabilitación genuina) requiere una condición de frontera vincular con factor de modulación $M_B < 1$ (amortiguador de fluctuaciones, exportación de entropía, co-regulación funcional).

Fundamento neurobiológico:

- La reconfiguración de atractores patogénicos (conducta delictiva, desregulación emocional, esquemas antisociales) requiere **co-regulación vincular segura**.
- El sistema nervioso humano solo tolera el *error de predicción* necesario para el aprendizaje inhibitorio y la mentalización si dispone de un "amortiguador de fluctuaciones" (figura de apego segura, alianza terapéutica genuina, red prosocial activa).
- La activación del sistema nervioso parasimpático (tono vagal ventral), regulado por la corteza prefrontal, solo ocurre en estados de seguridad ontológica percibida.
- La teoría polivagal de Porges demuestra que la neurocepción de amenaza (inconsciente, automática) desactiva los circuitos de social engagement y activa

respuestas de lucha-huida-congelación que son incompatibles con el aprendizaje social complejo.

Evidencia convergente:

Fuente	Hallazgo Clave
Coan & Sbarra (2015), *Social Baseline Theory*	El cerebro humano calibra su presupuesto energético asumiendo la presencia de una red social que amortigüe las amenazas. La soledad incrementa la carga metabólica y el estrés percibido.
Porges (2011), *Polyvagal Theory*	La neurocepción de seguridad es prerrequisito para la activación del sistema de compromiso social (expresión facial, prosodia, mentalización). Sin ella, predominan respuestas defensivas.
Holt-Lunstad et al. (2010), *PLoS Medicine*	El aislamiento social tiene un efecto sobre la mortalidad comparable al tabaquismo (OR 1.5-1.9) y superior a la obesidad.
Norcross & Lambert (2011), *Psychotherapy*	La alianza terapéutica es el predictor más robusto del éxito clínico en toda la psicología ($d \approx 0.57$), superando a la técnica específica.
Flückiger et al. (2022), *Psychotherapy*	Meta-análisis actualizado confirma la alianza terapéutica como predictor central con $r = 0.57$, replicado en múltiples contextos clínicos.
Wampold (2015)	Los factores comunes (alianza, empatía, expectativa, acuerdo sobre objetivos) explican más varianza de resultado que las técnicas específicas.

Axioma 2 (ontología del encierro institucional estándar)

La prisión institucional contemporánea opera con características estructurales que la definen:

Característica Estructural	Mecanismo Operativo	Efecto Sistémico
Asimetría de poder coercitivo total	Vigilancia permanente, fuerza física, sanción corporal/aislamiento, control de recursos básicos	Imposibilidad de alianza terapéutica genuina basada en confianza y reciprocidad
Ruptura forzada de vínculos de apego primarios	Separación física de familia, pareja, comunidad, redes prosociales	Destrucción de la ecología vincular del sujeto; pérdida ambigua sin resolución
Ambiente de amenaza crónica	Violencia inter-presos, violencia institucional, imprevisibilidad, hacinamiento, ruido constante	Activación simpática crónica, hipervigilancia permanente, desregulación del eje HHA

		(hipotálamo-hipófisis-adrenal)
Lógica de seguridad que penaliza la fluctuación	Tolerancia cero a la inestabilidad conductual, régimen disciplinario punitivo	Bloqueo de la criticalidad necesaria para el cambio terapéutico

En este régimen, el factor de modulación vincular es sistemáticamente $M_B > 1$ (amplificador de perturbaciones, inyección de entropía negativa).

Axioma 3 (dinámica del error de predicción bajo amenaza crónica)

Cuando $M_B > 1$, el error de predicción generado por la confrontación con evidencia correctiva (por ejemplo, "la prosocialidad es segura", "la vulnerabilidad no será explotada", "la confianza es viable") es experimentado como **amenaza letal para la supervivencia psicológica**. El sistema activa la **Evitación como Política de Inferencia (EPI)** y conserva el modelo patogénico (violencia, desconfianza, hipervigilancia, disociación) como única estrategia de supervivencia validada por el entorno.

Mecanismo neurobiológico detallado:

1. **Neurocepción de amenaza** (inconsciente): El sistema nervioso autónomo detecta señales de peligro en el entorno (miradas hostiles, posturas agresivas, sonidos de violencia, asimetría de poder).
2. **Activación del eje HHA**: El hipotálamo libera CRH → la hipófisis libera ACTH → las glándulas suprarrenales liberan cortisol.
3. **Supresión de funciones superiores**: El cortisol crónicamente elevado suprime la actividad prefrontal (funciones ejecutivas, mentalización, control inhibitorio, toma de decisiones prosociales).
4. **Activación de estructuras subcorticales**: La amígdala y el hipocampo priorizan la detección de amenazas sobre el aprendizaje social.
5. **Consolidación de memorias de miedo**: El hipocampo, bajo estrés crónico, consolida memorias traumáticas y de supervivencia, no memorias de aprendizaje prosocial.

Definición formal (rehabilitación genuina)

Reorganización estructural del espacio de fases del individuo tal que:

- El atractor patogénico (delictivo/antisocial) pierde estabilidad relativa.
- Un atractor prosocial se convierte en el nuevo estado estacionario.
- Existe histéresis suficiente para que el nuevo atractor se sostenga en el entorno comunitario post-intervención, resistiendo perturbaciones sin colapsar de vuelta al atractor patogénico.

Lema 1 (imposibilidad de convergencia bajo $M_B > 1$)

Si $M_B > 1$, cualquier fluctuación hacia el atractor prosocial es amplificada como amenaza por el sistema, activando la EPI. Por tanto, la trayectoria del sistema es repelida de la cuenca de atracción del atractor prosocial. No hay convergencia posible mientras persista $M_B > 1$.

Demostración informal:

- Supongamos que un individuo en encierro institucional intenta genuinamente cambiar (fluctuación hacia el atractor prosocial).
- Este intento implica: bajar defensas, mostrar vulnerabilidad, confiar en figuras de autoridad, expresar emociones de dolor o arrepentimiento.
- En el entorno carcelario estándar, estas conductas son interpretadas por los pares como debilidad explotable y por los guardias como manipulación o inestabilidad.
- El sistema (pares + institución) responde con castigo, explotación, humillación o sanción disciplinaria.
- El individuo aprende que la prosocialidad es peligrosa y regresa al atractor patogénico (violencia, desconfianza, aislamiento defensivo) como única estrategia viable.
- El intento de cambio ha sido castigado y el atractor patogénico se ha consolidado aún más.

Lema 2 (la excepción que confirma la topología)

Los casos marginales donde se observa cambio positivo en contextos de encierro no son contraejemplos del Lema 1. Son casos donde, por diseño institucional excepcional (baja coerción, alta ratio de personal clínico, contacto familiar preservado, autonomía significativa), se logra reducir localmente $M_B < 1$, es decir, **dejan de ser encierro institucional en el sentido fuerte del Axioma 2**. Su existencia no refuta el teorema; lo confirma, pues demuestran que el cambio solo es posible cuando la condición de frontera deja de ser patogénica.

Ejemplos paradigmáticos:

Contexto	Características que reducen M_B	Resultado
Prisión de Halden (Noruega)	Sin armas visibles, personal capacitado en diálogo, celdas individuales con mobiliario no carcelario, contacto familiar regular, actividades significativas, ratio personal 1:3-1:5	Reincidencia a 2 años: ~20% (vs 60-70% en sistemas punitivos)
Comunidades terapéuticas (TC) en prisiones de	Separación física del resto de la prisión, jerarquía de pares, terapia grupal intensiva, continuidad	Efecto significativo en reducción de reincidencia solo

EE.UU.	comunitaria post-liberación	cuando hay continuidad post-liberación
Unidades psiquiátricas forenses (baja seguridad)	Personal clínico mayoritario, enfoque terapéutico, autonomía del paciente, puentes comunitarios	Mejores resultados clínicos y menor reincidencia que prisiones estándar

Teorema fundamental (iatrogenia estructural del encierro institucional)

Bajo las condiciones de frontera que definen el encierro institucional estándar ($M_B > 1$), la rehabilitación genuina es estructuralmente improbable: el sistema dinámico no puede converger al atractor prosocial mientras permanezca en ese régimen. El encierro, por tanto, no es una plataforma ineficiente de rehabilitación; es una condición de frontera ontológicamente incompatible con la rehabilitación, cuyo efecto neto es la consolidación del atractor patogénico o la generación de daños iatrogénicos (prisionización, trauma, atrofia ejecutiva, destrucción vincular).

Corolario 1 (iatrogenia transgeneracional)

La destrucción de vínculos familiares (separación forzada, estigma, empobrecimiento económico, protocolos de visita humillantes) exporta la entropía del sistema penitenciario hacia la red vincular del detenido, ampliando la fricción alostática a la siguiente generación. El encierro es, por diseño estructural, un **generador de patología sistémica distribuida** que trasciende al individuo y se propaga a través del tiempo.

Evidencia del Corolario 1:

Estudio	Hallazgo
Murray & Farrington (2008), *Crime and Justice*	Hijos de padres encarcelados tienen 3-5 veces más probabilidad de delinquir en la adultez, incluso controlando variables confusoras. Meta-análisis de 40 estudios.
Wildeman & Western (2010), *The Future of Children*	El encarcelamiento parental es un predictor independiente de problemas de conducta externalizante, fracaso escolar y trastornos internalizantes en niños.
Meta-análisis multinivel 2025 (N=101.417 familiares)	Asociación positiva y significativa entre encarcelamiento de un familiar y síntomas psiquiátricos, con efectos más fuertes para TUS y trastornos externalizantes, y evidencia de efectos traumáticos secundarios a largo plazo, particularmente en la infancia.
Comfort (2007), *Punishment Beyond the Legal Offender*	Documenta la "prisionización secundaria" que sufren parejas y cuidadores, incluyendo empobrecimiento, estigma social y desgaste psicofísico severo.

Corolario 2 (inversión de la carga de la prueba)

Dado que el encierro es iatrogénico por estructura, la carga de la prueba recae en el Estado: debe demostrar que, para un individuo específico, ninguna alternativa de $M_B < 1$ es viable antes de imponer la privación institucional. La presunción debe ser de libertad, no de encierro.

I.2 La falacia de la "crisis previa al cambio" en contexto carcelario: la paradoja irresoluble

En sistemas dinámicos complejos, el cambio genuino (transición de fase desde un atractor patogénico hacia uno prosocial) exige un **período de inestabilidad crítica** (*Critical Slowing Down*: variabilidad aumentada, autocorrelación incrementada, fluctuaciones caóticas).

El problema formal

Fase del Cambio Terapéutico	Respuesta Institucional Estándar	Resultado Sistémico
Estado Patogénico Rígido (sumisión defensiva, violencia encubierta, disociación)	Conformidad exigida, obediencia forzada	Refuerzo del atractor patogénico
CRITICALIDAD / CRISIS (aumento de varianza conductual, fluctuaciones emocionales, cuestionamiento identitario, inestabilidad previa a la reorganización)	**Interpretada como "incidente de seguridad" o "falta disciplinaria"**	Castigo de la fluctuación necesaria para el cambio
Respuesta de Seguridad Penitenciaria	Aislamiento en celda de castigo, pérdida de beneficios, sedación psicofarmacológica forzada, calificación de "peligroso" o "inadaptado"	Aborto de la bifurcación hacia la salud
Regresión forzada al Atractor Patogénico	Consolidación del modelo defensivo	Estabilización del atractor violento/antisocial

La trampa institucional irresoluble

La institución carcelaria exige **homeostasis conductual plana** (silencio, sumisión, orden estricto, predictibilidad total). Cuando un tratamiento psicológico intramuros comienza a movilizar defensas arraigadas y el interno entra en la necesaria

desestabilización emocional/conductual (llanto, rabia, cuestionamiento de la propia identidad, angustia aguda, agitación), el aparato de seguridad penitenciario no lee esto como *criticalidad productiva*, sino como **falta disciplinaria o riesgo de motín**.

El resultado es una asimetría fatal: la institución interviene punitivamente sobre la fluctuación, castigando exactamente el fenómeno biológico que hace posible la plasticidad neuronal y la reorganización del sistema, forzando al sujeto a congelarse de nuevo en su atractor defensivo antisocial.

No es que el clínico no sepa distinguir crisis productiva de recaída destructiva; es que la institución no permite que la crisis exista. La paradoja es irresoluble dentro del régimen estándar.

Criterios prospectivos de discriminación (para uso en contextos no carcelarios)

Para evitar la circularidad de interpretar toda crisis como "recaída" y toda mejoría post-crisis como "criticalidad exitosa", se proponen criterios operativos a priori que solo pueden aplicarse en contextos terapéuticos genuinos:

Criterio	Crisis Productiva (Criticalidad)	Recaída Destructiva
Vector de mentalización	"Ya no sé quién soy, pero no quiero seguir así" (extrañeza del atractor, apertura al cambio)	"Todos son enemigos, la única salida es golpear" (egosintonía patogénica, rigidez)
Receptividad a micro-co-regulación	Ante presencia calmada del terapeuta, la desregulación cede parcialmente	La desregulación escala independientemente del entorno, sin respuesta a la co-regulación
Novedad de affordances conductuales	Aparecen conductas nuevas (escribir, pedir ayuda, llorar, expresar miedo)	Repertorio estereotipado exacto (consumir, agredir, aislarse, manipular)

En prisión estándar: estos criterios no pueden aplicarse porque la institución carece de co-reguladores clínicos con autoridad sobre la lógica de seguridad. El guardia no distingue entre crisis productiva y desobediencia; sanciona ambas. Por tanto, la paradoja es **estructuralmente irresoluble dentro del régimen estándar**.

Parte II: evidencia empírica convergente — los cuatro pilares de la iatrogenia

II.1 Perfiles poblacionales: la prisión concentra vulnerabilidad psiquiátrica, no "maldad moral"

La población penitenciaria no es representativa de la delincuencia en general: es un **concentrado de vulnerabilidad psiquiátrica, cognitiva y social** que el sistema penal ha seleccionado sistemáticamente.

Trastorno / Factor	Prevalencia en Prisión	Prevalencia Población General	Ratio Aproximado	Implicación Clínica Crítica
Trastorno de Personalidad Antisocial (TPA)	40–70%	1–3%	**20–40x**	Baja responsividad al castigo; alta responsividad a estructura consistente + vínculo genuino
Trastorno Límite de Personalidad (TLP)	15–30% (mayor en mujeres)	1–2%	**15x**	**El encierro = invalidación crónica**, que es la etiología nuclear del TLP según la teoría biosocial de Linehan
TEPT / Trauma Complejo (C-PTSD)	30–60% (M: 21.1%, H: 6.2%)	3–6%	**10x**	La prisión = **re-traumatización continua** (pérdida de control, violencia, humillación, imprevisibilidad)
Trastornos por Uso de Sustancias (TUS)	60–85%	10–15%	**6x**	La abstinencia forzada ≠ tratamiento; la recidiva post-liberación es 90% sin medicación asistida + continuidad de cuidados
TDAH / Trastornos del Neurodesarrollo	25–40%	5%	**8x**	Déficit inhibitorio + encierro = **colapso regulatorio completo**; la prisión

				exige exactamente lo que estos cerebros no pueden hacer
Discapacidad Intelectual Límite	10–15%	2–3%	**5x**	**Incomprensión normativa** = no culpabilidad plena, sí vulnerabilidad extrema a la victimización intramuros
Depresión Mayor	11–13%	4–6%	**2.5x**	Agravamiento directo por aislamiento, pérdida de vínculos y desesperanza aprendida
Psicosis / Trastornos del Espectro Esquizofrénico	3.7–4.1%	0.5–1%	**4x**	El encierro exacerba la sintomatología psicótica; las alucinaciones y delirios aumentan en aislamiento
ACEs ≥ 4 (Trauma infantil severo)	> 80%	~12%	**> 6x**	Raíz vincular común: ruptura del apego temprano. El delito es síntoma de desregulación sin herramientas de co-regulación.

Evidencia epidemiológica de referencia:

Estudio	Hallazgo Clave
Fazel & Danesh (2002), *The Lancet*	Meta-análisis de 62 estudios sobre >22.000 reclusos en 12 países: TPA en ~47% de hombres y ~21% de mujeres; trastorno psicótico ~3.7%; depresión mayor ~10%.
Fazel, Hayes, Bartellas, Clerici & Trestman (2016), *The Lancet Psychiatry*	Revisión sobre salud mental en prisiones: sobrerrepresentación sistemática de enfermedad mental grave; servicios de salud mental penitenciarios estructuralmente insuficientes.
Meta-análisis de TEPT (56 muestras, >21.000 personas)	Prevalencia puntual de TEPT de 6.2% en hombres y 21.1% en mujeres encarceladas — varias veces superior a la población general.

El origen vincular de los perfiles: la raíz común

Más del 80% de los internos presentan puntuaciones elevadas en Experiencias Adversas en la Infancia (ACEs ≥ 4: abuso sexual, violencia doméstica, negligencia severa, abandono, exposición a violencia comunitaria).

Estudios longitudinales clave: - **Estudio de Minnesota (Sroufe et al., 2005):** apego inseguro-desorganizado medido a los 18 meses predice significativamente contacto con el sistema penal en la adultez. - **Estudio de Dunedin (Moffitt et al., 2011):** el control inhibitorio infantil combinado con adversidad familiar temprana predice la trayectoria de "delincuencia persistente a lo largo de la vida".

Crítica nosológica fundamental: El DSM-5 categoriza síntomas superficiales (agresión, consumo, desobediencia, manipulación). La raíz subyacente a todos estos diagnósticos es la **fricción alostática severa derivada de la ruptura del apego temprano** — lo que podríamos denominar sufrimiento vincular primario. El delito es la manifestación externa de un sistema nervioso desregulado que intenta sobrevivir sin herramientas de co-regulación prosocial.

Corolario clínico: La población penitenciaria es **clínicamente la más incompatible** con un entorno de coerción, aislamiento, invalidación y desregulación. Es como tratar quemaduras de tercer grado con fuego. El sistema penal recluta desproporcionadamente a personas cuya vulnerabilidad de origen ya era relacional/vincular, antes de someterlas a la forma más extrema de privación vincular que la sociedad dispone.

II.2 Meta-evidencia: el encierro no reduce reincidencia — la aumenta o la deja inalterada

Hallazgos centrales de la literatura científica

Estudio / Meta-Análisis	Hallazgo Central	Tamaño Muestral
Nagin, Cullen & Jonson (2009), *Crime & Justice*	El efecto de la prisión sobre la reincidencia es **nulo o criminógeno** (OR ≥ 1.0). La incapacitación temporal ≠ rehabilitación. Revisión exhaustiva de 50+ años.	> 100 estudios
Cochrane Review (2020) — Intervenciones psicológicas en prisión	El efecto sobre reincidencia es **no significativo** al excluir estudios con sesgo metodológico (OR 0.87, IC 95% 0.68–1.11). Solo las Comunidades Terapéuticas **con continuidad comunitaria** muestran eficacia.	18,000 participantes
Smith, Goggin & Gendreau (2002) — Meta-análisis	El tratamiento en comunidad **duplica la eficacia** en reducción de reincidencia comparado con el mismo tratamiento administrado en prisión.	> 400,000 casos

Estudio ESCOCÉS (2025) — Penas < 12 meses	**Reconvicción 50.2%** (pena corta de prisión) vs **7.1%** (pena comunitaria). *La prisión corta es criminogénica pura: no da tiempo a tratamiento y destruye empleo, vivienda y vínculos.*	> 10,000 casos
Monitoreo Electrónico (Francia, Argentina, Suecia)	**Reducción de reincidencia 9–11%** vs prisión convencional; **mejor salud mental, empleo y vínculos familiares**.	> 5,000 casos
Meta-Análisis de Aislamiento Solitario (2024)	Relación dosis-respuesta: cada mes adicional de aislamiento aumenta significativamente la reincidencia violenta post-liberación.	194,078 casos
Cullen, Jonson & Nagin (2011), *The Prison Journal*	Revisión exhaustiva concluye que "las prisiones no reducen la reincidencia" y que "el alto costo de ignorar la ciencia" incluye más víctimas futuras.	Revisión sistemática
Ensayo MOAM (MBT-ASPD) *Lancet Psychiatry* 2025	Reducción del 46% en reincidencia y 50% en agresión vs. supervisión estándar, en libertad condicional. Todas las muertes ocurrieron en el brazo control (supervisión estándar).	Ensayo controlado aleatorizado multicéntrico
Revisión sistemática de sanciones custodiales vs. no custodiales	Las sanciones custodiales y no custodiales **no diferían significativamente** en reincidencia, aunque el número de ensayos disponibles era reducido. Dato honesto: no existe evidencia de que la cárcel sea sistemáticamente peor en todos los diseños comparativos, pero tampoco existe evidencia de que sea mejor.	Revisión sistemática
Meta-análisis de duración de condena en jóvenes infractores graves	No se encontró asociación entre duración de la prisión y reincidencia — la premisa de que "más años equivalen a más corrección" carece de respaldo empírico directo.	Meta-análisis

Jerarquía de eficacia confirmada por meta-evidencias múltiples

```
CONDICIÓN C: NO ENCIERRO / TRATAMIENTO COMUNITARIO INTENSIVO
   - Reincidencia: MÍNIMA (10% - 20%)
   - Neurobiología: Preserva plasticidad prefrontal y co-regulación real
   - Costo Financiero: 10% - 20% respecto a la prisión
   - Veredicto: EL ESTÁNDAR DE ORO CIENTÍFICO

CONDICIÓN B: PRISIÓN DOMICILIARIA CON MONITOREO ELECTRÓNICO Y TERAPIA
   - Reincidencia: MODERADA-BAJA (20% - 30%)
   - Neurobiología: Mantiene contacto familiar, empleo y comunidad; puede
inducir fricción si el entorno es disfuncional
   - Costo Financiero: Moderado (25% del costo carcelario)
```

```
   - Veredicto: EXCELENTE HERRAMIENTA DE TRANSICIÓN Y CONTENCIÓN

CONDICIÓN A: ENCIERRO INSTITUCIONAL CARCELARIO
   - Reincidencia: MÁXIMA (40% - 70% a 3 años)
   - Neurobiología: Iatrogénica (atrofia ejecutiva, cronificación del
trauma, prisionización)
   - Costo Financiero: MÁXIMO ($30,000 - $80,000 USD/año por interno)
   - Veredicto: FRACASO SISTÉMICO TOTAL DOCUMENTADO
```

El efecto "prisionización" (Clemmer, 1940; confirmado por Irwin & Cressey y meta-análisis recientes)

- Aprendizaje de normas antisociales, pérdida de habilidades de autonomía, consolidación de redes delictivas.
- **Efecto dosis-respuesta:** Más tiempo en prisión → mayor institucionalización → mayor reincidencia post-liberación (curva en U invertida: el daño supera la incapacitación a mediano plazo).

Datos de mortalidad post-liberación

Estudio	Hallazgo
Binswanger et al. (2007), *NEJM*	Riesgo de muerte 12-40 veces mayor en la primera semana post-liberación (sobredosis, suicidio, homicidio).
Zlodre & Fazel (2012), *Addiction*	Riesgo 4-8 veces mayor en el primer año. Patrón consistente con pérdida de tolerancia y capacidades de regulación durante el encierro.

Comparativa internacional de reincidencia

País / Sistema	Tasa de Reincidencia	Nota Contextual
Escocia (penas < 12 meses)	50.2% vs 7.1% (comunitaria)	La pena corta es la más común y la más criminógena
Noruega (modelo baja coerción)	~20% a 2 años	La más baja entre países comparables; preservación deliberada de vínculos
Francia/Argentina/Suecia (monitoreo electrónico)	9-11% menor que prisión	Mejor preservación de empleo, vínculos y salud mental

---

II.3 Iatrogenia documentada: daño medible, no "potencial" ni "hipotético"

Tipo de Daño	Evidencia Científica	Magnitud del Daño
Mortalidad post-liberación	Binswanger et al. (2007), *NEJM*; Zlodre &	**12–40 veces** mayor riesgo de muerte en la primera semana post-

	Fazel (2012), *Addiction*	liberación (sobredosis, suicidio, homicidio); **4–8 veces** mayor en el primer año
Deterioro cognitivo y ejecutivo	Meijers et al. (2018), *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*	Equivalente a **10 años de envejecimiento cerebral** prematuro (privación sensorial y social)
Agravamiento de TLP y Psicosis	Black et al. (2017), *Journal of Personality Disorders*; Haney (2003), *Crime & Delinquency*	**Riesgo relativo 3.2x** de cronificación psicopatológica; desarrollo del "síndrome post-penitenciario" documentado por Haney
Empeoramiento sintomatológico general	Meta-análisis múltiples	**d = 0.3–0.6** (efecto moderado a fuerte en empeoramiento de salud mental durante el encierro)
Aumento de agresividad	Estudios longitudinales	**OR = 1.8–2.5** (el encierro aumenta la agresividad posterior, no la disminuye)
Transmisión intergeneracional del daño	Murray & Farrington (2008); Meta-análisis 2025 (N=101.417)	Hijos de encarcelados: **OR 2.5–3.0** de delincuencia futura; tasas elevadas de TEPT, trastornos externalizantes y fracaso escolar
Daño familiar sistémico	Meta-análisis 2025	Asociación positiva robusta entre encarcelamiento de un familiar y síntomas psiquiátricos en el resto de la familia; trauma secundario a largo plazo en niños
Síndrome Post-Penitenciario	Haney (2003)	Documentado: dependencia institucional, deterioro cognitivo, desconfianza crónica, disociación, depresión post-liberación

---

II.4 Terapias efectivas exigen exactamente lo que la prisión destruye

Terapia Basada en Evidencia (Alta eficacia)	Mecanismo Activo Central	Incompatibilidad Estructural con la Prisión
DBT (Terapia Dialéctico-Conductual) — Linehan	Validación radical, coaching telefónico 24/7, alianza terapéutica, generalización ecológica de habilidades,	La prisión = **invalidación sistémica permanente**, aislamiento, prohibición de contacto externo, coerción,

	autonomía	heteronomía total
MBT (Terapia Basada en Mentalización) — Fonagy/Bateman	Mentalización en vínculo seguro, co-regulación afectiva, curiosidad epistémica	La prisión = **hipomentalización defensiva obligatoria** (la supervivencia exige no mentalizar al agresor); la certeza paranoide es adaptativa intramuros
Schema Therapy (Terapia de Esquemas) — Young	Reparación del modo "Niño Vulnerable", fortalecimiento del "Adulto Sano", re-crianza limitada	La prisión = **activación crónica de modos "Protector Distante" y "Padre Castigador"**; imposible acceder a vulnerabilidad
RNR / CBT Forense (Riesgo-Necesidad-Responsividad) — Andrews & Bonta	Responsividad específica, alianza terapéutica, práctica en contexto real de vida, validez ecológica	La prisión = **contexto artificial**; la "obediencia" ≠ cambio; techo de transferencia estructuralmente bajo
MST / FFT (Terapia Multisistémica / Terapia Familiar Funcional) — Henggeler	Intervención *in situ* (familia, escuela, pares, barrio) en el nicho ecológico real, cambio sistémico	La prisión = **extracción del nicho ecológico** donde ocurre y se mantiene el cambio
Justicia Restaurativa — Braithwaite/Zehr	Encuentro víctima-ofensor, reparación concreta, vergüenza reintegrativa (no estigmatizante), reintegración comunitaria	La prisión = **estigma excluyente**, separación física víctima-ofensor, sin reparación posible, vergüenza desintegrativa
Tratamiento Agonista Opioide (MAT) — TUS	Estabilización neurobiológica, reducción mortalidad 75%, retención en tratamiento	La prisión = **interrupción forzada**, abstinencia sin aprendizaje inhibitorio, **riesgo letal de sobredosis al salir** (pérdida de tolerancia)

El dato crucial: tamaño del efecto diferencial

El metaanálisis del modelo RNR demuestra que el tratamiento reduce la reincidencia únicamente cuando se enfoca en necesidades criminógenas dinámicas mediante técnicas cognitivo-conductuales estructuradas, **pero su tamaño del efecto es significativamente mayor en la comunidad ($r = 0.26–0.35$) que dentro de las prisiones ($r = 0.08–0.12$)**.

Interpretación: No es que el tratamiento en prisión sea inútil; es que su eficacia se ve drásticamente reducida por el entorno iatrogénico. Es como administrar antibióticos a un paciente que sigue expuesto a la fuente de infección.

El principio transversal de los factores comunes en psicoterapia

Independientemente de la escuela terapéutica, la investigación de resultados en psicoterapia converge en un hallazgo replicado durante décadas: **la alianza terapéutica predice el resultado clínico con mayor potencia que la técnica específica utilizada** (Norcross & Lambert, 2011; Wampold, 2015; Flückiger et al., 2022, tamaño de efecto d≈0.57 para la alianza como predictor). Este hallazgo no proviene de ninguna teoría del apego particular — es uno de los resultados empíricos más replicados de toda la investigación en psicoterapia.

La alianza terapéutica requiere, por definición operacional en los instrumentos que la miden (Working Alliance Inventory y equivalentes): acuerdo sobre objetivos, acuerdo sobre tareas, y vínculo afectivo de confianza. Estos tres componentes presuponen una relación **no coercitiva**, sostenida en el tiempo, con cierto grado de simetría de agencia entre las partes.

II.5 El ensayo clínico MOAM: la prueba definitiva de que el tratamiento en libertad funciona para perfiles antisociales

El ensayo clínico MOAM (*Lancet Psychiatry*, 2025) constituye la evidencia más reciente y rigurosa sobre la eficacia diferencial del tratamiento en libertad para uno de los perfiles más desafiantes: varones delincuentes con Trastorno de Personalidad Antisocial (TPA).

Diseño del estudio: - Ensayo controlado aleatorizado multicéntrico en 13 sitios de Inglaterra y Gales. - Participantes: varones con TPA bajo libertad condicional (no en prisión). - Intervención: Terapia Basada en la Mentalización adaptada para TPA (MBT-ASPD) en formato comunitario. - Comparación: servicios habituales de supervisión (libertad condicional estándar).

Resultados clave: - Reducción del **46%** en condenas por reincidencia. - Disminución del **50%** en actos de agresión física (tamaño de efecto 0.74). - Caída del **63%** en síntomas clínicos. - Tamaños del efecto medio-grande en agresión y reincidencia. - **Todas las muertes ocurrieron en el brazo control (supervisión estándar).**

Implicación crucial: Este ensayo demuestra que incluso el perfil más "difícil" — el trastorno antisocial de la personalidad — responde positivamente al tratamiento estructurado **cuando se administra en condiciones de libertad condicional con co-regulación comunitaria**, no en encierro institucional.

Relevancia adicional: El estudio también demuestra que el tratamiento funciona mejor en comunidad incluso para el diagnóstico históricamente considerado "intratable" (TPA), desmontando el mito de que este perfil "no responde" a la terapia.

Parte III: crítica al marco jurídico-filosófico actual — las cuatro falsedades fundamentales y la deconstrucción histórica

III.1 Las cuatro falsedades del discurso penal oficial

Dogma Oficial	Realidad Empírica / Lógica
1. "La pena corrige por su mera imposición" (Tiempo = Transformación)	**Falso.** No existe correlación positiva entre duración de la pena y rehabilitación. El efecto es **inverso**: penas > 2 años → mayor desvinculación social, mayor patología psiquiátrica, mayor reincidencia. El tiempo cronológico no es variable terapéutica.
2. "La privación de libertad resarce a la sociedad" (Justicia Retributiva/Disuasoria)	**Falso.** La víctima no recibe reparación concreta; el Estado gasta $50,000–$150,000/año por preso; la reincidencia genera **nuevas víctimas**. La disuasión efectiva depende de **certeza y celeridad**, no de severidad (Nagin 2013).
3. "Es medida protectora para el detenido/familia/sociedad"	**Falso.** Es **iatrogénica para los tres**: Detenido (patología psiquiátrica incrementada), Familia (ruptura de apego, empobrecimiento, estigma), Sociedad (costo financiero + criminogénesis + nuevas víctimas).
4. "El Estado liberal garantiza la libertad; solo la quita a quien delinque"	**Falso.** La libertad se convierte en una **concesión precaria** condicionada a no ofender al Estado. El ciudadano es, en términos hobbesianos-foucaultianos, un **"esclavo condicional"** cuya libertad depende de la gracia del soberano. La prisión es una tecnología de control de cuerpos y tiempos, no un instrumento de justicia.

Deconstrucción detallada de las justificaciones clásicas

Justificación Dogmática	Pretensión Oficial	Realidad Empírica
Retribucionismo (Kant, Hegel)	"Restablecer la balanza moral mediante un mal proporcional."	Metafísica de la venganza tarifada. Infligir daño psicológico no anula el daño previo; solo suma un segundo daño social masivo. No repara a la víctima, no rehabilita, no disuade.
Prevención General Negativa (Disuasión)	"Aterrorizar a la sociedad para que no delinca."	Falso empírico. La severidad de la pena tiene efecto disuasorio nulo o marginal. Lo único que disuade es la **certeza y celeridad** de la respuesta (Nagin, 2013).

		Usar al preso como “ejemplo” es instrumentalización humana ineficaz.
Incapacitación	“Proteger a la sociedad reteniendo físicamente al delincuente.”	Funciona por definición mientras dura el encierro (tautología). Efecto búmeran: al devolver al sujeto más traumatizado y desvinculado, incrementa la criminalidad neta a largo plazo. Válido solo para minoría extrema (<10-15%) y por tiempo mínimo.
Rehabilitación Clásica	“La privación de libertad corrige la desviación.”	Cero evidencia. No existe principio biológico, psicológico o sociológico que demuestre que el encierro continuado cure. Produce atrofia prefrontal, sumisión patológica y prisonización. Es la única de las cuatro que hace una predicción empírica fuerte, y es la que la evidencia contradice más consistentemente.

III.2 Evidencia antropológica e histórica: el encierro no es una necesidad universal

- **Respuestas históricas mayoritarias a la transgresión:** Destierro, restitución económica (Wergeld germánico), justicia restaurativa (tradiciones Māori, Navajo, Mapuche), mediación comunitaria, vergüenza reintegrativa, rituales de reintegración.
- **La prisión moderna (siglos XVII–XIX)** surge históricamente con el capitalismo industrial como tecnología para disciplinar la fuerza de trabajo y gestionar la pobreza urbana (Rusche & Kirchheimer, *Punishment and Social Structure*; Foucault, *Vigilar y Castigar*).
- **Documentación antropológica (desde Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, 1926):** amplia diversidad histórica de respuestas sociales a la transgresión de normas: compensación material a la víctima o su familia, rituales de reintegración comunitaria, mediación, destierro temporal, vergüenza pública ritualizada seguida de reincorporación (a diferencia del estigma permanente que caracteriza al sistema penal occidental contemporáneo).
- **Conclusión:** La prisión no es una necesidad antropológica derivada del delito; es una invención histórica contingente, ligada a modos específicos de producción y control social, y empíricamente fallida en sus propios términos declarados. Esto no la invalida por sí solo (una práctica reciente puede ser correcta), pero sí refuta la idea de que sea “la” respuesta natural o inevitable frente a la transgresión.

III.3 Ausencia de accountability sistémica: la impunidad epistémica y económica

Poder del	Métrica Actual (Lo	Métrica Requerida (Lo	Brecha de

Estado	que se mide)	que debería medirse)	Accountability
Legislativo	Número de leyes aprobadas, dureza de las penas, "señal política"	**Impacto real en reincidencia, salud mental, costo/beneficio, comparación con alternativas**	**Nula evaluación ex-ante/post; leyes sin estudios de impacto; populismo punitivo documentado (Garland 2001; Wacquant 2009)**
Judicial	Tiempos procesales, porcentaje de prisión preventiva, número de sentencias	**Resultados a 3–5 años: reincidencia, empleo, vivienda, salud mental, vínculos preservados**	**Ciego a las consecuencias de sus decisiones; sin seguimiento de resultados**
Penitenciario	Ocupación, incidentes intramuros, programas *ofrecidos* (no necesariamente completados)	**Adherencia terapéutica, dosis efectiva, respuesta clínica, transferencia post-liberación, iatrogenia causada**	**Gestiona custodia y orden, no rehabilitación; sin evaluación de eficacia**

La analogía decisiva

Si un hospital tuviera una tasa de mortalidad o reingreso del 60%, sería clausurado inmediatamente por las autoridades sanitarias. Las prisiones exhiben tasas de reincidencia del 40–70% (su equivalente funcional al "reingreso") y son recompensadas con más presupuesto, más leyes punitivas y más legitimación política.

La diferencia crucial: Un hospital es evaluado por sus resultados clínicos (mortalidad, complicaciones, readmisiones, satisfacción del paciente). Una prisión no es evaluada por sus resultados de rehabilitación; es evaluada por métricas burocráticas intramuros (camas ocupadas, presupuesto ejecutado, incidentes de seguridad evitados). Esta asimetría de accountability es estructural y deliberada.

El estándar que el sistema penal no cumple:

Si se aplicara al sistema penal el estándar de evaluación que rige, por ejemplo, la aprobación de un medicamento (ensayos controlados, seguimiento de resultados a mediano plazo, comparación sistemática con alternativas, revisión y retiro si los datos no acompañan), la mayoría de las prácticas penitenciarias actuales no superarían ese escrutinio. La evidencia disponible (Parte II) muestra que existe la posibilidad técnica de hacer esa evaluación — el problema es que no se hace de forma sistemática e institucionalizada en la inmensa mayoría de los sistemas penales del mundo.

Métrica de control propuesta

Todo sistema penitenciario debe rendir cuentas públicas anuales de:

1. Reincidencia a 2 y 5 años, ajustada por perfil de riesgo de entrada.
2. Indicadores de salud mental de la población interna (escalas estandarizadas trimestrales).
3. Mantenimiento de vínculo familiar (frecuencia y calidad de contacto).
4. Empleo e ingresos post-liberación.
5. Tasa de incidentes violentos intramuros y uso de aislamiento.
6. Costo por interno-año comparado con alternativas comunitarias equivalentes.

Si una institución devuelve a la sociedad sujetos más violentos y desregulados que los que ingresaron, su presupuesto debe ser recortado y reasignado a dispositivos comunitarios alternativos.

Parte IV: respuesta al desafío de la "prisión salutogénica" — el análisis de Halden

Frente a la objeción de que podría existir una prisión diseñada para ser terapéutica (ej. Halden, Noruega), la respuesta científica es contundente:

1. Halden no es una prisión estándar; es una anomalía estructural que confirma la regla. Preserva vínculos, garantiza empleo, elimina la hipervigilancia punitiva, permite fluctuación conductual y tiene un ratio de personal de 1:3 a 1:5 (vs 1:20+ estándar). Funciona **a pesar** de llamarse prisión, porque opera bajo la lógica termodinámica de la libertad supervisada. Es, de hecho, una comunidad terapéutica con muros, no una prisión en el sentido fuerte del término.

Características que reducen M_B en Halden:

Característica	Cómo reduce M_B
Arquitectura no carcelaria (habitaciones individuales, llave propia, baño, vista naturaleza, sin rejas interiores, unidades de 8-12)	Elimina la señal de amenaza arquitectónica
Personal capacitado como "oficiales de contacto" (ratio 1:3-1:5, formación 2-3 años en psicología/apego/de-escalamiento)	Proporciona figura de apego sustituta, no "guardia"
Seguridad dinámica (relacional), no estática	Co-regulación real, no vigilancia coercitiva
Aislamiento prohibido (salvo riesgo inminente, horas no días)	No castiga la fluctuación
Visitas sin cristal, prolongadas, casas familiares,	Preserva vínculos

terapia familiar obligatoria	primarios
Autonomía (cocinan, administran dinero, deciden horarios, trabajan/estudian)	Mantiene agencia y habilidades de vida real
Permeabilidad (servicios externos entran: salud, educación, universidad, empresas)	Modelo "import" de comunidad
Progresión gradual (alta → media → baja → abierta → casa transición → libertad supervisada)	Evita "salto al vacío" post-liberación

2. Halden no supera a la comunidad. Con una reincidencia del ~20% a 2 años, es mejor que el modelo punitivo (40-70%), pero no mejora —y en muchos casos empeora— los resultados de la intervención comunitaria intensiva (10-20% de reincidencia) a un costo mucho mayor ($110,000 vs $30,000 por interno-año). La evidencia comparativa demuestra que, para el mismo perfil de riesgo, el tratamiento en libertad supera consistentemente a cualquier modalidad de encierro.

3. La separación física persiste. Incluso en Halden, los internos reportan pérdida de libertad, autonomía y conexión familiar como dolores centrales. Estudios cualitativos (Ugelvik, 2014; *British Journal of Criminology*) documentan que "seguían experimentando las pérdidas fundamentales asociadas al encarcelamiento, especialmente la pérdida de libertad, autonomía y conexión familiar". La prisión, por definición, impide la validez ecológica total. No es "cero daño".

4. La carga de la prueba recae en el defensor del encierro. Si alguien sostiene que la prisión puede ser salutogénica, debe demostrar que una institución de privación de libertad —manteniendo la separación física forzada— produce mejores resultados netos (reincidencia, salud mental, vínculos, costo) que la intervención comunitaria equivalente para el mismo perfil. Esa evidencia no existe y, según la neurobiología del apego y la validez ecológica, no puede existir bajo las condiciones estructurales del encierro.

La falacia de "reformar" la prisión

Toda la arquitectura de "una prisión mejor" (Halden, IPRE, etc.) comete el error de asumir que:

Reducir el daño de la prisión equivale a aportar un tratamiento positivo.

Esto es falso. La reducción del daño es una **meta ética mínima**, no una condición suficiente para la rehabilitación. La prisión reformada puede dejar de ser tóxica, pero **seguirá siendo un entorno donde la privacidad, la movilidad y la autonomía son privadas de forma estructural** — variables necesarias para la formación de atractores competidores prosociales.

El problema de la coerción residual:

Un sujeto que cambia de conducta **porque es monitorizado por GPS** no necesariamente ha internalizado un nuevo atractor.

Un sujeto que cambia de conducta **porque ha reconstruido su identidad a través de la co-regulación segura** sí ha cambiado.

La coerción externalizada no puede servir de proxy fiable de la autorregulación internalizada:

$$\text{Bienestar Psicológico Post} - \text{Salida} \propto \frac{\text{Autonomía Internalizada}}{\text{Nivel de Coerción Durante el Programa}}$$

Si bien el numerador aumenta en una "prisión reformada", el denominador (aun reducido) no puede caer a cero. La comunidad puede operar con **coerción mínima necesaria** (supervisión ligera + red vincular) → relación mucho más favorable.

Conclusión de esta sección: La "prisión ideal" no es un argumento a favor del encierro; es un argumento contra él. Si para que una prisión funcione hay que eliminar la coerción, el aislamiento y la ruptura vincular —es decir, hay que hacer que deje de ser una prisión—, entonces lo que se está validando es el tratamiento comunitario, no el encierro. Halden no refuta la tesis de la iatrogenia del encierro; la prueba. Demuestra que cuanto más una institución se parece a "libertad supervisada con tratamiento" y menos a "encierro coercitivo", mejor funciona. El 85-90% de la población carcelaria mundial está en regímenes $M_B > 1$ (estándar), no en Halden. La excepción escandinava confirma la regla: el encierro estándar es patogénico.

Parte V: respuestas directas a las cuatro proposiciones empíricas

Basados en la literatura criminológica (Nagin, Cullen, Jonson; Fazel; Cochrane Reviews; Ensayo MOAM), la respuesta es categórica:

1. ¿El encierro y la destrucción de vínculos ES un tratamiento efectivo? ROTUNDAMENTE FALSO. Carece de todo fundamento clínico. El mero paso del tiempo en prisión tiene un efecto nulo sobre la rehabilitación. No existe ningún mecanismo neurobiológico o psicológico por el cual la privación de libertad, el aislamiento social y la coerción produzcan maduración prefrontal, empatía o habilidades prosociales. Ningún cuerpo de evidencia de los reunidos en la Parte II muestra que el encierro en sí mismo (independiente de programas específicos aplicados con fidelidad) produzca reducción de reincidencia superior a alternativas comunitarias.

2. ¿El encierro y la destrucción de vínculos NO ES un tratamiento efectivo? CIENTÍFICAMENTE VERDADERO. La prisión es un estorbo criminógeno para el cambio conductual. La evidencia convergente demuestra que el efecto neto del encierro sobre la reincidencia es nulo o positivo (aumenta la reincidencia), y que el mismo tratamiento administrado en comunidad duplica su eficacia. Matiz honesto: "no es efectivo" no equivale a "no tiene ningún efecto" — tiene efecto incapacitante

temporal durante el período de encierro para el subconjunto de riesgo alto, que es una función distinta de la rehabilitadora.

3. ¿El encierro es beneficioso o virtuoso (con o sin patología previa)? ROTUNDAMENTE FALSO. Ningún estudio reporta ganancias estructurales de salud mental atribuibles a la privación de libertad. Por el contrario, la evidencia documenta deterioro cognitivo, agravamiento de trastornos preexistentes, desarrollo de nuevas patologías (prisionización, síndrome post-penitenciario) y aumento de la mortalidad post-liberación.

4. ¿El encierro es nocivo e iatrogénico? CIENTÍFICAMENTE VERDADERO. Produce traumatización secundaria, atrofia ejecutiva, destrucción vincular, ideación suicida, incremento de la letalidad post-liberación y daño intergeneracional documentado. La iatrogenia no es un efecto colateral ocasional; es una consecuencia predecible del diseño estructural del encierro. La evidencia de mayor solidez metodológica de todo este corpus: el meta-análisis de aislamiento solitario (N=194.078, relación dosis-respuesta), los datos de mortalidad post-liberación, y el patrón transdiagnóstico de retraumatización en las poblaciones con mayor prevalencia carcelaria.

Parte VI: arquitectura de la alternativa — matriz de viabilidad ecológico-vincular (MVEV) y el índice de viabilidad de rehabilitación comunitaria (IVRC)

VI.1 Principio rector

La medida menos restrictiva compatible con la seguridad real (no con el miedo social ni con la venganza simbólica), que maximice la responsividad terapéutica y preserve el capital vincular del sujeto.

Principio rector constitucional: presunción de libertad / última ratio vincular

Nadie puede ser privado de libertad por predicción de delito futuro. La privación institucional solo se justifica como contención de daño inminente inmanejable ($D_1 > 0.85$), por tiempo mínimo, en condiciones terapéuticas ($M_B < 1$), con revisión judicial trimestral obligatoria.

VI.2 Corrección del constructo “obediencia a la autoridad”

La dimensión “capacidad de obedecer a figuras de autoridad” debe ser eliminada formalmente de cualquier herramienta de decisión penal. Mide **sumisión traumática** (*fawning*), adaptación carcelaria o mimetismo manipulativo para obtener beneficios. Un sujeto puede obedecer perfectamente en prisión y reincidir brutalmente al salir. No predice rehabilitación; predice adaptación a la opresión.

Razones científicas y éticas para su eliminación:

1. **Falso positivo de rehabilitación.** La obediencia en prisión suele ser una respuesta de sumisión traumática (*fawning*), una estrategia de supervivencia adaptativa o un mimetismo manipulativo para obtener beneficios penitenciarios. La sumisión ciega intramuros no predice en absoluto la autorregulación ética en libertad.
2. **Patologización del trauma legítimo.** La mayoría de los delincuentes provienen de historiales de abuso a manos de figuras de autoridad (padres abusivos, policías corruptos, instituciones traicioneras). La desconfianza hacia la autoridad es una respuesta adaptativa de defensa biológica, no un déficit moral.
3. **El constructo correcto.** Se sustituye por **Capacidad de Alianza Terapéutica y Co-Regulación Vincular**, que evalúa si el sujeto puede establecer acuerdos de trabajo colaborativos y horizontales basados en la reciprocidad genuina, no en la coerción.

Sumisión ≠ Rehabilitación. Se mide Adhesión Normativa Prosocial / Capacidad de Alianza, no obediencia.

VI.3 Dimensiones de evaluación (operacionalizadas, validadas, dinámicas)

Eje	Constructo Científico	Instrumentos Validados	Peso Relativo
D_1**: Riesgo de Daño Grave Inminente**	Probabilidad bayesiana de violencia física grave o sexual en los próximos 12–24 meses (dinámico)	**HCR-20 V3, RSVP, SARA-V3, SAPROF** (factores protectores). Validez predictiva moderada (AUC 0.65-0.75)	**0.40-0.50** (Umbral de seguridad no compensatorio)
D_2**: Responsividad Neurocognitiva / Capacidad de Aprendizaje**	Función ejecutiva, mentalización, motivación al cambio, capacidad intelectual	**WAIS-IV, BRIEF-A, Screening de TDAH, URICA, Tareas de Teoría de la Mente**	**0.30** (Define el *tipo* de intervención apropiada)
D_3**: Capital Vincular / Capacidad de Co-regulación**	Red de apego funcional, vivienda estable, empleo, cumplimiento previo de medidas alternativas	**AAI (Adult Attachment Interview), PIEV, Genograma funcional, Historial de medidas alternativas, Procedural Justice Scale**	**0.20-0.30** (Define el *contexto* mínimo necesario)

VI.4 Algoritmo de decisión: principio de mínima restricción eficaz

La decisión no es binaria (libertad vs. prisión), sino una **escalera de restricción** donde cada escalón debe justificarse activamente:

Nivel	Intervención	Perfil Objetivo	Evidencia de Reincidencia	Costo Relativo
0	Desvío pre-procesal / Justicia Restaurativa	D1 bajo, delitos leves-medianos.	↓ 30-50% vs. procesamiento formal.	0.05x
1	Libertad + Tratamiento ambulatorio intensivo (DBT, MBT, MAT, CBT-RNR)	D1 medio-bajo, alta RNC, alta CVE.	↓ 30-50% reincidencia; ↓ 70% hospitalización.	0.10x
2	Supervisión intensiva comunitaria + ACT Forense + GPS	D1 medio, RNC media, CVE media.	↓ 40-50% días de encierro; mejor salud mental.	0.25x
3	Prisión domiciliaria terapéutica + monitoreo electrónico + terapia obligatoria	D1 medio-alto, RNC media, CVE baja por red tóxica.	Equivalente o menor a prisión; mejor salud mental/familiar.	0.35x
4	Unidad terapéutica residencial **NO penitenciaria**	D1 alto, RNC baja, CVE nula (red tóxica).	↓ 15-20% reincidencia (RNR bien implementado).	0.60x
5	Contención de máxima seguridad terapéutica (excepcional, < 5-10%)	D1 > 0.90, violencia instrumental inmanejable aguda.	Incapacitación pura; estabilización farmacológica.	1.0x

Reglas no compensatorias

1. **Umbral de seguridad dura**: Si D1 > 0.90 (riesgo inmanejable de violencia grave inminente), se autoriza contención estructurada, pero **no prisión punitiva**: unidad terapéutica de máxima seguridad con tratamiento obligatorio y revisión trimestral.
2. **Presunción de libertad**: Si D1 < 0.70 y RNC > 0.40 y CVE > 0.40 → Libertad plena con tratamiento comunitario intensivo.
3. **Carga de la prueba**: El Estado debe demostrar pericialmente por qué se descarta cada nivel menos restrictivo antes de imponer uno más restrictivo.
4. **No predicción punitiva**: Nadie puede ser privado de libertad por delitos futuros no cometidos. La matriz opera solo *post-condena* por hecho probado.

VI.5 Salvaguardas ético-legales infranqueables

1. **Presunción de Libertad:** La carga de la prueba de la *necesidad de encierro* recae **siempre en el Estado**, no en el acusado.

2. **Prohibición de Predicción Punitiva:** La matriz MVEV opera solo *post-condena* por hecho probado. Nadie es privado de libertad por "riesgo futuro" sin delito consumado y probado.

3. **Explicabilidad Algorítmica (SHAP/LIME):** El sujeto recibe una explicación comprensible de su clasificación. Apelación automática garantizada si el score está en zona gris.

4. **Reevaluación Obligatoria:** Cada 3 meses (Niveles 4–6) / 6 meses (Niveles 2–3). **La libertad ganada no se revoca sin hecho nuevo grave y probado.**

5. **Opt-Out Terapéutico:** El sujeto puede *elegir* prisión si prefiere (autonomía), pero **el Estado no puede imponer prisión si una alternativa viable existe y el sujeto consiente**.

6. **Carga de la Prueba Escalonada:** El Estado debe demostrar por qué se descarta cada nivel menos restrictivo antes de imponer uno más restrictivo. Documentación obligatoria de los descartes.

7. **Protección Cautelar del Apego Infantil:** Prohibir de forma taxativa las penas privativas de libertad para mujeres embarazadas y cuidadores primarios de niños menores de edad en delitos no violentos, ordenando su cumplimiento en régimen comunitario asistido para blindar el desarrollo neuroafectivo de la infancia.

Parte VII: herramienta de selección — índice de beneficio de no privación de libertad (IBNPL)

VII.1 Objetivo

Identificar quién **se beneficia máximamente** de la libertad (y a quién el encierro daña irreparablemente) para asignar recursos y justificar judicialmente la no prisión.

VII.2 Variables del modelo (ponderadas por impacto iatrogénico)

Dominio	Variable	Peso	Justificación (Efecto Iatrogénico del Encierro)
A. Vulnerabilidad Iatrogénica	Severidad de TLP / TEPT / CPTSD (CAPS-5, ITQ, SCID-5-PD)	**0.25**	**El encierro = agravamiento directo etiológico** (invalidación crónica, re-traumatización)
	Discapacidad / Neurodivergencia (TDAH, DI, TEA)	**0.15**	**El encierro = colapso regulatorio, incomprensión normativa,**

			victimización
	Motivación al Cambio / Alianza (URICA, WAI-SR)	**0.10**	**La agencia es el predictor #1 de éxito terapéutico**; la prisión la destruye
B. Capital Vincular Protector	Red de apego funcional (AAI/PIEV, Genograma)	**0.20**	**La co-regulación natural = condición de frontera** $M_B < 1$
	Responsabilidad de Cuidado Activa (hijos, mayores dependientes)	**0.10**	**La identidad prosocial "en acto" = atractor competidor potente**
C. Riesgo Gestionable en Comunidad	HCR-20 Clínico/Manejo **Bajo/Medio** + Plan viable	**0.15**	**El riesgo dinámico ≠ estático**; la comunidad maneja mejor los factores dinámicos
	Cumplimiento Previo de Medidas Alternativas	**0.05**	**La evidencia conductual real > predicción actuarial abstracta**

VII.3 Score IBNPL y clasificación

Score IBNPL = Σ (Peso_i × Percentil_i) (Percentil en población forense: Alto = Más Beneficio de la Libertad)

Score	Clasificación	Mandato Judicial
> 80	**Beneficio Extremo / Iatrogenia Severa si Encierra**	**Libertad Inmediata + ACT Forense / Justicia Restaurativa** (Medida cautelar o sustitutiva)
60–80	**Alto Beneficio**	**Comunidad Intensiva (Nivel 2) o Domiciliaria Terapéutica (Nivel 3)**
40–60	**Beneficio Moderado / Riesgo Mixto**	**Unidad Terapéutica Residencial (Nivel 4)** — *No penitenciaria*
< 40	**Beneficio Limitado / Alto Riesgo**	**Evaluación Nivel 5/6** — *Solo si* $D_1 > 0.85$ *y agotadas todas las alternativas*

Parte VIII: catálogo de alternativas basadas en evidencia

VIII.1 Justicia restaurativa

Meta-análisis (Strang et al., 2013; Sherman & Strang, revisión Cochrane, 2007 y actualizaciones posteriores): reducción de reincidencia del 15-25%, satisfacción de las víctimas superior al 70% (frente al 50% del proceso retributivo), menor costo. Las

víctimas que participan en procesos restaurativos experimentan un alivio significativo del estrés postraumático y una satisfacción con la justicia (70%-90%) muy superior a la obtenida en juicios retributivos tradicionales (40%-50%).

VIII.2 Tratamiento comunitario intensivo

- **ACT Forense** (Assertive Community Treatment): reducción del 70% en hospitalización psiquiátrica y del 50% en días de encierro. Equipo multidisciplinario 24/7.
- **DBT forense** (Linehan): requiere llamadas de coaching, grupo de habilidades y terapia individual. Solo viable en comunidad.
- **MBT-ASPD** (ensayo MOAM, *Lancet Psychiatry* 2025): reducción del 46% en reincidencia y 50% en agresión vs. supervisión estándar, en libertad condicional.
- **MST / FFT** (Henggeler): intervención *in situ* en familia, escuela y barrio. Reducción de reincidencia del 40-50% en jóvenes.
- **Tratamiento agonista opioide (MAT):** reducción marcada del riesgo de muerte en prisión y post-liberación; eficacia dependiente de continuidad.

VIII.3 Prisión domiciliaria terapéutica

Sustitutiva, no aditiva. Preserva parcialmente la red vincular y el empleo. Evidencia de Francia, Argentina y Suecia: reincidencia 9-11% menor que la prisión institucional, con mejor salud mental y menores costos. Estudio de Di Tella & Schargrodsky (2013) en Argentina: reincidencia 13% vs 22% en prisión.

VIII.4 Unidades terapéuticas residenciales (no penitenciarias)

Entornos clínicos de base comunitaria con puente obligatorio hacia la inserción social. Ausencia total de régimen policial/militar. Personal 70% clínico.

VIII.5 Tribunales de tratamiento (Drug Courts & Mental Health Courts)

Estudios longitudinales norteamericanos e internacionales demuestran tasas de éxito de graduación del 70% con tasas de reincidencia residual del 11% al 20%, a un costo de $5,000 USD anuales por participante frente a más de $50,000 USD del encarcelamiento tradicional.

Parte IX: diagnóstico político — por qué el sistema resiste la evidencia

IX.1 La economía política del castigo

Bloqueo Político	Mecanismo Psico-Político	Contrarreacción Basada en

		Evidencia
Asimetría del Error Político	Juez/Político: Liberar a 1 que mata = **Catastrófico para su carrera**. Encarcelar a 100 innecesariamente = **Costo invisible, distribuido, no sancionado**.	**Internalizar el costo iatrogénico:** Dashboard público que muestre *$ gastado, reincidencia generada, suicidios, hijos afectados por cada decisión de encierro*.
Populismo Punitivo / Miedo Mediático	"Mano dura" = votos. Caso extremo → generalización indebida (Heurística de Disponibilidad, Tversky & Kahneman).	**Narrativa de "Seguridad Real":** *Tratamiento = Menos Víctimas Futuras. Prisión sin tratamiento = Más Crimen*. Víctimas como aliadas estratégicas (Justicia Restaurativa).
Complejo Industrial Penitenciario	Empleos, contratos, pueblos enteros dependientes económicamente de las cárceles.	**Justice Reinvestment:** Cerrar cárcel → Ahorro fiscal → **Inversión en el barrio de origen** (vivienda, empleo, salud mental, escuelas). Texas 2007: **Cerró 3 cárceles, ahorró $2B, crimen ↓ 25%.**
Ignorancia Judicial Sistémica	Jueces formados en dogmática jurídica abstracta, no en neurociencia del apego, trauma o criminología experimental.	**Formación Obligatoria + "Benchcards" MVEV:** Árbol de decisión visual en el escritorio del juez. Peritos de oficio en apego y trauma.
Estigma / Deshumanización	"Preso = Irreformable". Derechos humanos = "Privilegios para delincuentes".	**Datos duros + Historias de éxito:** *Recidivismo 11% (Noruega) vs 60% (Modelo punitivo).* "Seguridad no es venganza, es resultado medible."

IX.2 Estrategia de desarme de la resistencia sociopolítica

El obstáculo no es técnico ni empírico; es político-cognitivo. La estrategia no debe apelar a la compasión (que el público retira de los transgresores), sino a la **utilidad fría y la seguridad real**:

1. **Seguridad real**: "La prisión genera más crimen del que previene" (tasas de reincidencia del 40-60% post-encierro vs. 10-20% en tratamiento comunitario).
2. **Costo-efectividad**: Mantener a un preso cuesta 3 a 5 veces más que un tratamiento ambulatorio intensivo o becar a un estudiante. $1 preso/año = 3-5 tratamientos comunitarios intensivos con mejores resultados.

3. **Víctimas como aliadas**: La Justicia Restaurativa produce mayor satisfacción en víctimas (70%) que el proceso retributivo (50%). La víctima necesita reparación, no venganza estatal abstracta.
4. **Auditoría de Impacto Penal**: Exigir por ley que jueces y sistemas penitenciarios rindan cuentas públicas por las tasas de reincidencia y salud mental a 3 y 5 años. Si una institución genera más criminales, su presupuesto debe recortarse y reasignarse a dispositivos comunitarios (*Justice Reinvestment*).
5. **Participación de víctimas como voz favorable**: La justicia restaurativa produce mayor satisfacción documentada de víctimas que el proceso retributivo — las víctimas pueden ser aliadas, no obstáculos.
6. **Transparencia pública sistemática**: Publicación de resultados de reincidencia por programa, comparados con alternativas.

Parte X: hoja de ruta de implementación

Fase	Acción Clave	Actor Principal	KPI (Indicador de Éxito)
1. Auditoría de Verdad (0–6 meses)	Informe independiente: Prevalencia de patología, Costo real por preso, Reincidencia real, Iatrogenia documentada, Alternativas existentes	Defensoría del Pueblo + Universidad + Sociedad Civil	**Informe Público "Estado Real del Sistema Penal"** (Base legal para reforma)
2. Marco Legal Habilitante (6–18 meses)	**Ley de Alternativas Penales Basadas en Evidencia:** Define MVEV, IBNPL, Justicia Restaurativa obligatoria para penas < 3 años, Financiamiento de TCI/ACT Forense/Vivienda Primero	Parlamento (Consenso técnico, no ideológico)	**Ley publicada. Presupuesto reasignado** (Justice Reinvestment: $ prisión → $ comunidad).
3. Piloto de Unidades Terapéuticas (12–36 meses)	3–5 Unidades Residenciales **No Penitenciarias** (Perfil $D_1$0.6– 0.8, $D_2 < 0.4$). Personal: 70% Clínico (DBT/RNR/TC), 30%	Ministerio de Justicia + Salud + ONG Especializadas	**↓ Incidentes graves 80% vs prisión. ↓ Reincidencia 20% a 2 años. Satisfacción >**

	Seguridad		**80%.**
4. Escalado Nacional Comunitario (24–60 meses)	Expansión de ACT Forense, Vivienda Primero, Empleo Tutelado, Mediación Restaurativa, Monitoreo Terapéutico	Gobiernos Locales + Ministerios de Trabajo/Salud/Justicia	**Tasa de Encarcelamiento ↓ 40%. Reincidencia Global ↓ 25%. Gasto Penitenciario ↓ 30% (Reinvertido).**
5. Cambio Cultural Sostenido	Campaña "Seguridad = Tratamiento". Formación judicial/fiscal/policial obligatoria. Medios aliados.	Ministerio de Justicia + Educación + Medios Públicos	**Encuesta: > 60% de la población apoya alternativas. Jueces usan MVEV en > 80% de los casos.**

Parte XI: síntesis de la demostración estructural de la incompatibilidad

La demostración formal de la incompatibilidad entre encierro y rehabilitación puede sintetizarse en tres premisas y una conclusión:

Premisa 1. Las terapias basadas en evidencia y la teoría del apego establecen que el cambio conductual sostenido requiere seguridad relacional, co-regulación, continuidad y posibilidad de practicar habilidades en el contexto real.

Premisa 2. El encierro institucional estándar está diseñado para producir coerción asimétrica, ruptura de vínculos externos, ambiente de amenaza y supresión de cualquier inestabilidad conductual o emocional.

Premisa 3. Estas características son antitéticas a los requisitos de la Premisa 1.

Conclusión. Bajo las condiciones estructurales predominantes del encierro institucional contemporáneo, la rehabilitación genuina (reorganización estable de la conducta hacia patrones prosociales transferibles a la vida en libertad) es sistemáticamente improbable. Lo que se observa es prisionización, adaptación defensiva o, en el mejor de los casos, efectos modestos que se consolidan solo cuando el individuo recupera condiciones de frontera no destructivas. Cualquier micro-resultado positivo ocurre a pesar del entorno, no gracias a él.

Esta no es una imposibilidad lógica absoluta en todos los diseños imaginables. Es una incompatibilidad estructural y empírica bajo el diseño dominante. Las excepciones documentadas (regímenes de baja coerción con alto contacto familiar y ratio elevada

de personal clínico) confirman, más que refutan, el argumento: el cambio solo se produce en la medida en que la institución deja de operar como encierro punitivo estándar.

Parte XII: el problema de la propuesta "reformista" — la contradicción ontológica

XII.1 La imposibilidad de la "coerción con dignidad"

Cuando se propone una prisión con arquitectura humana, seguridad "relacional" y terapia continua, se comete un error de composición fatal:

No pueden existir simultáneamente: (a) privación institucional de libertad total, y (b) condiciones de co-regulación vincular segura ($M_B < 1$).

La prisión, por definición, requiere: - **Una asimetría poderosa entre quién tiene llaves y quién no.** - **Una vigilancia constante que elimina la privacidad terapéutica.** - **Una jerarquía coercitiva donde el "terapeuta" es también el "guardia".** - **La supresión del movimiento libre como condición básica.**

Cualquier "reforma" que preserve estos elementos está **engañando con la simulación de una condición de frontera saludable**. Es como ofrecer un "matrimonio saludable" dentro de una celda oscura: la estructura misma del contexto anula la posibilidad de la relación igualitaria que define al vínculo terapéutico.

Demostración lógico-paramétrica:

Axioma 1: La co-regulación vincular requiere simetría relacional (Teoría del Apego de Bowlby; Teoría Polivagal de Porges; Marco de la Alianza Terapéutica, Flückiger et al., 2022, $r = 0.57$). Condición necesaria: el sujeto debe experimentar confianza en que su vulnerabilidad no será explotada.

Axioma 2: Cualquier institución de privación de libertad impone asimetría de poder (Goffman, *Asylums*; Haney, *Psychology of Imprisonment*; meta-análisis de Zhu et al. sobre aislamiento, N=194.078). Consecuencia: el sujeto no puede confiar plenamente en el "terapeuta-guardia". La subordinación es la condición de frontera estructural.

Axioma 3: La co-regulación bajo coerción produce compliance, no cambio (Ensayo MOAM, *Lancet Psychiatry* 2025: MBT en comunidad redujo agresión 50% y reincidencia 46%; todas las muertes ocurrieron en el grupo de supervisión habitual). Consecuencia: el "cambio" en prisión es adaptación conductual a la vigilancia, no reorganización de atractores.

Teorema (Imposibilidad Estructural de la Rehabilitación Carcelaria Auténtica):

Dado que: 1. La rehabilitación requiere un $M_B < 1$ (amortiguador de fluctuaciones sostenido por co-regulación simétrica). 2. El encierro institucional garantiza un $M_B > 1$ (amplificador de amenaza sostenido por coerción asimétrica). 3. La co-regulación bajo coerción produce adaptación defensiva, no transición de fase hacia un atractor prosocial.

Entonces:

$$\boxed{\text{Privación Institucional de Libertad} \nrightarrow \text{Rehabilitación Genuina}}$$

La flecha $\nrightarrow$ no expresa una imposibilidad lógica formal, sino una **incompatibilidad estructural probada**: el contexto de encierro no falla como "tratamiento". El contexto de encierro **reconfigura el espacio de posibilidad conductual del sujeto en sentido opuesto al requerido por la rehabilitación**.

XII.2 El gradiente de costo-eficacia absoluto

Modelo	Costo/Interno-Año	Reincidencia 3 años	Salud Mental Δ	Vínculos Familia Δ	Empleo Post-Lib
Prisión Punitiva (Promedio LATAM)	$80.000	62%	-65%	-80%	30%
Prisión Máxima Reformada (IPRE)	$110.000	28%	-10%	-15%	50%
Comunidad Intensiva (ACT+RNR)	$30.000	22%	+5%	+20%	75%
Prisión Domiciliaria + EM	$35.000	25%	+3%	+5%	60%

Fuente: Datos sintetizados de Texas Justice Initiative (2016), OECD Justice Stats (2024), *Cochrane Review* (2020), y simulaciones de costo basadas en estudios de precios públicos de Norway/Texas.

La tabla demuestra algo crucial: incluso **si la reforma eliminara el 90% del daño iatrogénico**, seguiría siendo **más costosa y menos efectiva que la comunidad**. La desventaja estructural no se corrige con mejor diseño institucional: **se corrige con menor restricción**.

Parte XIII: conclusión inequívoca — las tres afirmaciones demostradas

XIII.1 Las tres tesis demostradas

1. El encierro institucional es iatrogénico para la rehabilitación

No es una opinión humanitaria. Es una conclusión de ingeniería de sistemas dinámicos, neurobiología interpersonal y criminología experimental.

La prisión destruye la **condición de frontera ($M_B < 1$)** sin la cual el sistema nervioso **no puede** integrar nueva información, regular emoción, mentalizar, ni formar atractores prosociales. Cualquier "tratamiento" dentro de ella es un **parche sobre una herida abierta**: residual, no generalizable, y a menudo contraproducente (falso self, prisionización, disociación crónica).

2. La mejor opción para rehabilitar y minimizar reincidencia es el tratamiento en libertad

La jerarquía de eficacia es estricta y empíricamente validada:

Comunidad (ACT, Restaurativa, Vivienda+Empleo+Terapia) > Domiciliaria con Monitoreo+Terapia > Residencial Terapéutica No Penitenciaria >> Prisión Institucional.

La prisión solo se justifica — como **incapacitación temporal**, nunca como tratamiento — para el **< 10–15%** de casos con **peligrosidad inmanejable aguda validada ($D_1 > 0.85$)**, por el **tiempo mínimo indispensable**, en **condiciones de dignidad y tratamiento real (Nivel 5/6)**, con **revisión judicial trimestral obligatoria**.

3. El sistema actual (legislativo, judicial, penitenciario) es iatrogénico sistémico

Perjudica a los tres actores que dice proteger:

- **Al detenido:** Le inflige trauma, patología psiquiátrica, deshabilitación ejecutiva, muerte prematura.
- **A su familia/red vincular:** Le transmite trauma intergeneracional, pobreza, estigma, ruptura de apego.
- **A la sociedad:** Le cobra impuestos exorbitantes ($50,000–$150,000/año por preso) para **fabricar mayor riesgo futuro** (criminogénesis) y **ninguna reparación a las víctimas reales**.

No rinde cuentas. No evalúa *outcomes* (reincidencia, salud mental, empleo, preservación de vínculos). Opera bajo **dogmas retributivos pre-científicos** y **incentivos políticos perversos** (miedo electoral, contratos económicos, control de poblaciones).

XIII.2 El imperativo de transformación

Síntesis de la demostración integral

1. **El encierro institucional es iatrogénico** porque destruye sistemáticamente las condiciones necesarias para la rehabilitación: co-regulación vincular, seguridad psicológica, agencia y continuidad relacional.

2. **El tratamiento sin privación de libertad es superior** porque preserva y activa los mecanismos neurobiológicos y psicológicos que sustentan el cambio positivo: redes de apoyo, exposición gradual a estímulos con seguridad, desarrollo de autorregulación en contextos reales.

3. **Las prácticas penales actuales son iatrogénicas** porque operan sin rendición de cuentas científica, priorizan la simbología punitiva sobre la eficacia terapéutica, y transforman el sistema penitenciario en un generador de trauma, no en un generador de rehabilitación.

El camino hacia la transformación

No se trata de "mejorar" el sistema carcelario; se trata de reconocer que **el modelo carcelario es el fallo, no la solución**. La ciencia, la ética y la evidencia convergen en una conclusión inquebrantable:

La rehabilitación no puede ocurrir en un lugar diseñado para evitar que ocurra. La prisión no es un hospital que falla; es un entorno que por definición estructural patologiza.

La alternativa no es una "opción más blanda"; es la única opción compatible con la ciencia, los derechos humanos y la eficacia social. Cualquier sistema que pretenda ser serio sobre la rehabilitación debe comenzar por reconocer este hecho y construir políticas públicas que prioricen la reparación del daño vincular sobre la expresión simbólica del castigo.

Parte XIV: mandato final — la carga de la prueba se ha invertido

Ya no corresponde preguntar: *"¿Por qué liberar a este preso?"*

Corresponde exigir al Estado: *"¿Cuál es la evidencia de que encarcelar a esta persona, con este perfil clínico, en este régimen, produce mejor resultado (seguridad, rehabilitación, reparación, costo) que la alternativa comunitaria validada para su perfil?"*

Si el Estado no puede responder con datos empíricos, la prisión es arbitraria, desproporcionada e iatrogénica. Y por tanto, jurídicamente ilegal.

Conclusión definitiva

La afirmación de que la privación institucional de libertad es necesaria para "rehabilitar" al transgresor queda científica y lógicamente desmantelada. El encierro penal carcelario no es un tratamiento; es una **condición de frontera patogénica intrínsecamente iatrogénica**, que lesiona la estructura neurobiológica y vincular del individuo, traumatiza a su familia, engendra carreras criminales y estafa económicamente a la sociedad.

La ciencia contemporánea de la mente humana, la teoría del apego y el derecho garantista convergen en una única directriz operativa: **la rehabilitación genuina solo ocurre en y a través de vínculos de co-regulación seguros en el ecosistema comunitario real**. La sustitución progresiva y sistemática del encierro masivo por el modelo de justicia restaurativa, tratamiento comunitario intensivo y contención ecológica estructurada es el único camino científicamente viable, éticamente defendible y económicamente racional hacia una sociedad verdaderamente pacificada.

Privar de libertad para corregir conducta es una práctica precientífica, equivalente a aplicar sangrías para curar la anemia. La carga de la prueba se ha invertido: el Estado debe demostrar con evidencia empírica por qué el encierro es superior a la intervención comunitaria antes de decretarlo; de lo contrario, la prisión es una medida arbitraria, desproporcionada y violatoria de los derechos humanos.

La combinación única de: (a) preservación de la red vincular de co-regulación, (b) exposición controlada a estímulos reales, (c) autonomía progresiva en la agencia, (d) co-regulación segura sostenida → condiciones termodinámicamente necesarias para la transición de fase terapéutica.

Ninguna institución de encierro —ni siquiera la "mejor diseñada"— puede proporcionar simultáneamente los cuatro elementos anteriores. La comunidad, en cambio, sí puede.

Apéndice: referencias bibliográficas fundamentales

1. Andrews, D. A., & Bonta, J. (2010). Rehabilitating criminal justice policy and practice. *Psychology, Public Policy, and Law*, 16(1), 39–55.

2. Bateman, A., & Fonagy, P. (2016). *Mentalization-Based Treatment for Personality Disorders: A Practical Guide*. Oxford University Press.

3. Binswanger, I. A., et al. (2007). Release from prison—a high risk of death for former inmates. *New England Journal of Medicine*, 356(2), 157–165.

4. Bonta, J., Bourgon, G., Rugge, T., et al. (2011). The Strategic Training in Community Supervision (STICS) protocol. *Criminal Justice and Behavior*, 38(11), 1127–1147.

5. Bowlby, J. (1969). *Attachment and Loss, Vol. 1: Attachment*. Basic Books.

6. Boss, P. (1999). *Ambiguous Loss: Learning to Live with Unresolved Grief*. Harvard University Press.

7. Braithwaite, J. (1989). *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge University Press.

8. Clemmer, D. (1940). *The Prison Community*. Christopher Publishing House.

9. Coan, J. A., & Sbarra, D. A. (2015). Social baseline theory: The social regulation of risk and effort. *Current Opinion in Psychology*, 1, 87–91.

10. Cullen, F. T., Jonson, C. L., & Nagin, D. S. (2011). Prisons do not reduce recidivism: The high cost of ignoring science. *The Prison Journal*, 91(3_suppl), 48S–65S.

11. Di Tella, R., & Schargrodsky, E. (2013). Criminal recidivism after prison vs. electronic monitoring. *Journal of Political Economy*, 121(1), 28–73.

12. Fazel, S., & Danesh, J. (2002). Serious mental disorder in 23,000 prisoners: A systematic review of 62 surveys. *The Lancet*, 359(9306), 545–550.

13. Fazel, S., & Seewald, K. (2012). Severe mental illness in 33,588 prisoners worldwide: Systematic review and meta-regression analysis. *British Journal of Psychiatry*, 200(5), 364–373.

14. Fazel, S., Hayes, A. J., Bartellas, K., Clerici, M., & Trestman, R. (2016). The mental health of prisoners: A review. *The Lancet Psychiatry*, 3(9), 871–881.

15. Felitti, V. J., et al. (1998). Relationship of childhood abuse and household dysfunction to many of the leading causes of death in adults: The Adverse Childhood Experiences (ACE) Study. *American Journal of Preventive Medicine*, 14(4), 245–258.

16. Flückiger, C., Del Re, A. C., Wampold, B. E., & Horvath, A. O. (2022). The alliance in adult psychotherapy: A meta-analytic synthesis. *Psychotherapy*, 59(1), 10–25.

17. Fonagy, P., Gergely, G., Jurist, E. L., & Target, M. (2002). *Affect Regulation, Mentalization, and the Development of the Self*. Other Press.

18. Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Gallimard.

19. Garland, D. (2001). *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. University of Chicago Press.

20. Goffman, E. (1961). *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*. Doubleday.

21. Haney, C. (2003). Mental health issues in long-term solitary and supermax confinement. *Crime & Delinquency*, 49(1), 124–156.

22. Henggeler, S. W., Schoenwald, S. K., Borduin, C. M., et al. (2009). *Multisystemic Therapy for Antisocial Behavior in Children and Adolescents*. Guilford Press.

23. Holt-Lunstad, J., Smith, T. B., & Layton, J. B. (2010). Social relationships and mortality risk: A meta-analytic review. *PLoS Medicine*, 7(7), e1000316.

24. Laub, J. H., & Sampson, R. J. (2003). *Shared Beginnings, Divergent Lives: Delinquent Boys to Age 70*. Harvard University Press.

25. Liebling, A. (2004). *Prisons and Their Moral Performance: A Study of Values, Quality of Life, and Justice*. Oxford University Press.

26. Linehan, M. M. (1993). *Cognitive-Behavioral Treatment of Borderline Personality Disorder*. Guilford Press.

27. Malinowski, B. (1926). *Crime and Custom in Savage Society*. Kegan Paul.

28. Martinson, R. (1974). What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest*, 35, 22–54.

29. Meijers, J., et al. (2018). Reduced cognitive executive functioning in incarcerated populations: A systematic review. *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, 84, 1–10.

30. Mitchell, O. J., et al. (2012). The effectiveness of incarceration-based drug treatment on criminal recidivism. *Campbell Systematic Reviews*, 8(1), 1–112.

31. Moffitt, T. E., et al. (2011). A gradient of childhood self-control predicts health, wealth, and public safety. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108(7), 2693–2698.

32. Murray, J., & Farrington, D. P. (2008). The effects of parental imprisonment on children. *Crime and Justice*, 37(1), 133–206.

33. Nagin, D. S. (2013). Deterrence in the twenty-first century. *Crime and Justice*, 42(1), 199–263.

34. Nagin, D. S., Cullen, F. T., & Jonson, C. L. (2009). Imprisonment and reoffending. *Crime and Justice*, 38(1), 115–200.

35. Norcross, J. C., & Lambert, M. J. (2011). Psychotherapy relationships that work II. *Psychotherapy*, 48(1), 4–8.

36. Pettit, P. (1997). *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford University Press.

37. Porges, S. W. (2011). *The Polyvagal Theory: Neurophysiological Foundations of Emotions, Attachment, Communication, and Self-regulation*. W. W. Norton & Company.

38. Rusche, G., & Kirchheimer, O. (1939). *Punishment and Social Structure*. Columbia University Press.

39. Sampson, R. J., & Laub, J. H. (2003). *Shared Beginnings, Divergent Lives: Delinquent Boys to Age 70*. Harvard University Press.

40. Sherman, L. W., & Strang, H. (2007). *Restorative Justice: The Evidence*. The Smith Institute.

41. Smith, P., Goggin, C., & Gendreau, P. (2002). *The Effects of Prison Sentences and Intermediate Sanctions on Recidivism*. Solicitor General Canada.

42. Sroufe, L. A., Egeland, B., Carlson, E. A., & Collins, W. A. (2005). *The Development of the Person: The Minnesota Study of Risk and Adaptation from Birth to Adulthood*. Guilford Press.

43. Strang, H., Sherman, L. W., Mayo-Wilson, E., Woods, D., & Ariel, B. (2013). Restorative justice conferencing (RJC) using face-to-face meetings of offenders and victims: Effects on offender recidivism and victim satisfaction. *Campbell Systematic Reviews*, 9(1), 1–59.

44. Ugelvik, T. (2014). *Power and Resistance in Prison: Doing Time, Doing Freedom*. Palgrave Macmillan.

45. Wacquant, L. (2009). *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Duke University Press.

46. Wampold, B. E. (2015). How important are the common factors in psychotherapy? An update. *World Psychiatry*, 14(3), 270–277.

47. Wexler, D. B., & Winick, B. J. (Eds.). (1996). *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*. Carolina Academic Press.

48. Wildeman, C., & Western, B. (2010). Incarceration in fragile families. *The Future of Children*, 20(2), 157–177.

49. Zhu, Y., et al. (2020 / Lancet Update 2025). Solitary confinement and risk of reoffending: A systematic review and meta-analysis. *The Lancet Public Health*, 5(8), e440–e448.

50. Zlodre, J., & Fazel, S. (2012). All-cause and external mortality in released prisoners. *Addiction*, 107(8), 1397–1404.

51. Meta-análisis multinivel (2025). Encarcelamiento familiar y salud mental: análisis de 101.417 familiares afectados.

52. Revisión sistemática (2024). Contacto social y salud mental en prisión: 32 estudios incluidos.

53. Revisión sistemática (2024). Tratamiento agonista opioide en personas encarceladas o recientemente liberadas.

Este documento integra: Psiquiatría Forense y Epidemiología, Psicología Clínica Basada en Evidencia, Criminología Experimental (Modelo RNR/Desistimiento), Neurociencia del Apego y del Trauma, Teoría de Sistemas Dinámicos Complejos, Economía Política del Castigo, Filosofía Política Republicana, Derecho Penal Constitucional y Antropología Jurídica. Está diseñado para ser operacionalizable en: Ley Marco de Alternativas Penales, Litigio Estratégico (Amparo/Habeas Corpus colectivo), Diseño de Políticas Públicas, Formación Judicial Obligatoria y Campañas de Opinión Pública Fundamentadas.

"No se trata de si la prisión puede rehabilitar. Se trata de que la prisión, por definición estructural, anula las condiciones que la ciencia ha demostrado necesarias para la rehabilitación. Cualquier afirmación que sugiera lo contrario es iatrogenia epistemológica."

INFORME DE CONVERGENCIA CIENTÍFICA

CAPA 1: CRIMINOLOGÍA Y NEUROCIENCIA/PSIQUIATRÍA

«El encierro no funciona y daña»

1.0. PRINCIPIO EPISTEMOLÓGICO DE ESTA CAPA

La Capa 1 responde a la pregunta empírica más directa que puede formularse ante cualquier intervención de política pública: **¿Qué produce, de hecho, el encierro institucional?** No se pregunta qué *debería* producir, ni qué *promete* producir, sino qué *produce mediblemente* cuando se aplica a poblaciones reales bajo condiciones reales.

Esta capa se sostiene sobre dos pilares disciplinares independientes:

- **La criminología experimental**, que mide reincidencia, costo-efectividad y resultados comparados entre sanciones custodiales y no custodiales.
- **La neurociencia, la psiquiatría y la psicología clínica**, que miden el impacto del encierro sobre la estructura cerebral, la regulación emocional, la salud mental y la viabilidad de los mecanismos terapéuticos.

Ambas disciplinas, con métodos distintos, instrumentos distintos, revistas distintas y tradiciones epistémicas distintas, convergen en la misma conclusión. Esa convergencia independiente es lo que blinda la afirmación frente a cualquier

acusación de sesgo ideológico: no es una disciplina la que habla, son múltiples disciplinas que, sin depender unas de otras, llegan al mismo veredicto.

Regla de clasificación epistémica: Cada afirmación de esta capa se clasifica como EVIDENCIA (meta-análisis, RCT, revisión sistemática), CONVERGENCIA (múltiples fuentes independientes con dirección consistente) o INTERPRETACIÓN (análisis propio a partir de los datos).

1.1. CRIMINOLOGÍA EXPERIMENTAL: EL ENCIERRO NO REDUCE REINCIDENCIA

1.1.1. Meta-evidencia de primer nivel

La criminología experimental ha producido, a lo largo de tres décadas, un cuerpo de meta-análisis y revisiones sistemáticas cuya dirección es inequívoca. Los estudios más citados y metodológicamente más rigurosos son los siguientes:

a) Nagin, Cullen y Jonson (2009), *Crime and Justice*, 38(1). EVIDENCIA

Esta revisión exhaustiva, publicada en la revista de mayor prestigio en criminología teórica, analizó más de 100 estudios comparando individuos sentenciados a prisión frente a individuos con perfiles equivalentes que recibieron sanciones no custodiales. La conclusión fue que el efecto del encarcelamiento sobre la reincidencia es **nulo o levemente criminógeno** (OR ≥ 1.0). Es decir: la prisión no reduce la reincidencia comparada con alternativas comunitarias y, en muchos perfiles, la aumenta. La incapacitación temporal (el sujeto no puede delinquir mientras está encerrado) no equivale a rehabilitación: al salir, el riesgo es igual o mayor.

b) Smith, Goggin y Gendreau (2002), meta-análisis con N > 400.000. EVIDENCIA

Este meta-análisis canadiense, uno de los más amplios jamás realizados en criminología correccional, encontró que **el tratamiento aplicado en comunidad duplica la eficacia** del mismo tratamiento aplicado dentro de una institución de encierro. El contexto no es una variable neutra: es el ingrediente activo o el contaminante principal.

c) Cochrane Review (2020), intervenciones psicológicas en prisión. EVIDENCIA

La revisión sistemática Cochrane —el estándar de oro en medicina basada en evidencia— analizó ensayos controlados aleatorizados (RCTs) sobre intervenciones psicológicas en prisión. El resultado global fue un OR de 0.87 (IC 95%: 0.68–1.11), **no estadísticamente significativo** al excluir estudios con alto riesgo de sesgo. La única excepción fueron las comunidades terapéuticas **con continuidad comunitaria post-liberación**: es decir, el beneficio no provenía del encierro, sino del puente hacia la comunidad.

d) Estudio escocés de reconvicción (Scottish Government Justice Analytical Services, 2023-2025). EVIDENCIA

Uno de los datasets longitudinales más completos de Europa. Resultados: reconvicción del **50,2%** para penas de 12 meses o menos, frente al **7,1%** para alternativas comunitarias equivalentes. La prisión corta —la más frecuente estadísticamente— es **puramente criminogénica**: combina el daño de la ruptura de vínculos y empleo con una duración insuficiente para cualquier programa terapéutico, sin producir incapacitación prolongada.

e) Nagin (2013), *Crime and Justice*, 42(1), con actualizaciones 2021-2023. EVIDENCIA

La revisión más citada sobre disuasión penal. Conclusión estable: **la certeza de la detección disuade; la severidad de la pena tiene un efecto disuasorio marginal nulo**. Aumentar años de prisión no reduce la criminalidad agregada. La política criminal basada en el incremento de penas es, empíricamente, una política sin fundamento preventivo.

f) Di Tella y Schargrodsky (2013), *Journal of Political Economy*, 121(1). EVIDENCIA

Estudio cuasi-experimental argentino: monitoreo electrónico como sustituto de la prisión. Reincidencia: **13% vs. 22%** (prisión). El monitoreo electrónico, al preservar empleo, vínculos y comunidad, produce resultados superiores a la mitad del costo.

1.1.2. El modelo RNR y la superioridad comunitaria

El modelo **Riesgo-Necesidad-Responsividad** (Andrews y Bonta, 2010, 5ª ed.; Andrews, Bonta y Wormith, 2011) es el marco con mayor consenso en criminología correccional. Sus principios son:

- **Riesgo**: intervenir con mayor intensidad en perfiles de mayor riesgo.
- **Necesidad**: dirigirse a necesidades criminógenas dinámicas (cogniciones antisociales, impulsividad, consumo, redes delictivas), no a factores estáticos.
- **Responsividad**: adaptar la intervención al estilo de aprendizaje, motivación y capacidades cognitivas del sujeto.

Los meta-análisis del propio programa RNR muestran que el tamaño del efecto sobre reincidencia es **sustancialmente mayor en contexto comunitario** ($r = 0.26–0.35$) que dentro de las prisiones ($r = 0.08–0.12$). La razón es la validez ecológica: las habilidades aprendidas en un contexto artificial y coercitivo no se transfieren al mundo real.

1.1.3. Criminología del desistimiento: los factores que sí detienen el delito

La investigación sobre desistimiento delictivo identifica los factores que realmente predicen el abandono sostenido de la carrera criminal:

- **Sampson y Laub (2003)**, *Shared Beginnings, Divergent Lives*, Harvard University Press. Seguimiento longitudinal de 70 años. Los «turning points» del desistimiento son **vinculares y estructurales**: pareja estable, empleo, paternidad/maternidad activa, reconexión comunitaria. Ninguno de estos factores puede construirse dentro de una institución de encierro.

- **Maruna (2001)**, *Making Good*, APA. La identidad prosocial se construye mediante narrativas de agencia y pertenencia comunitaria, no mediante la sumisión institucional.

- **Farrall (2002, actualizaciones 2019)**. La relación de supervisión (probation) es el mecanismo activo del cambio, no la vigilancia ni el castigo.

CONVERGENCIA: La criminología del desistimiento confirma, por una vía independiente, lo que la criminología experimental muestra por otra: los factores que detienen el delito son exactamente los que la prisión destruye (vínculos, empleo, comunidad, agencia).

1.1.4. El fenómeno de la prisonización

Documentado por Clemmer (1940) y confirmado por ocho décadas de investigación posterior (Haney, 2003, 2012, 2020):

El encierro obliga al individuo a internalizar las normas de la cultura penitenciaria —hipervigilancia, desconfianza, jerarquías de fuerza, violencia como supervivencia, supresión de la vulnerabilidad— para poder sobrevivir. Estas adaptaciones son **directamente antitéticas a la convivencia prosocial en libertad**. El sujeto que sale de prisión no sale «corregido»: sale entrenado para un entorno que ya no existe, y desentrenado para el entorno al que debe volver.

1.2. NEUROCIENCIA Y PSIQUIATRÍA: EL DAÑO ESTRUCTURAL DEL ENCIERRO

1.2.1. Epidemiología psiquiátrica penitenciaria: quién está encerrado

La población penitenciaria no es una muestra representativa de la sociedad. Es un **filtro concentrador de patología psiquiátrica severa, trauma complejo y vulnerabilidad neurocognitiva**. Los datos, replicados en múltiples meta-análisis globales, son los siguientes:

Trastorno / Condición	Prevalencia en prisión	Prevalencia general	Ratio
Trastorno por Uso de Sustancias (TUS)	50–85%	10–15%	6–10x
Trastorno de Personalidad	40–70%	1–3%	20–

Antisocial (TPA)	(hombres)		40x
Trastorno Límite de la Personalidad (TLP)	15–30% (♀ > ♂)	1–2%	15x
TEPT / Trauma Complejo	30–60%	3–6%	10x
TDAH / Neurodesarrollo	25–40%	5%	5–8x
Discapacidad Intelectual Límite	10–15%	2–3%	5x
Psicosis / Espectro Esquizofrénico	3,7–4,5%	0,5–1%	4–5x
Depresión Mayor	11–15%	4–6%	2,5x
ACEs ≥ 4 (trauma infantil severo)	> 80%	~12%	> 6x

Fuentes: Fazel y Seewald (2012), *British Journal of Psychiatry*, 200(5): meta-análisis de 33.588 presos en 12 países. Fazel, Hayes, Bartellas, Clerici y Trestman (2016), *The Lancet Psychiatry*, 3(9): revisión comprehensiva. OMS/Europa (2022-2025): informes sobre salud mental en prisiones europeas.

EVIDENCIA: Más del 80% de los internos presentan puntuaciones elevadas en Experiencias Adversas en la Infancia (ACEs ≥ 4: abuso sexual, violencia doméstica, negligencia severa, abandono). La raíz subyacente a la mayoría de estos diagnósticos es la **fricción alostática severa derivada de la ruptura del apego temprano**. El delito es, en la mayoría de los casos, la manifestación externa de un sistema nervioso desregulado que intenta sobrevivir sin herramientas de co-regulación prosocial.

Corolario clínico: La población penitenciaria es clínicamente **la más incompatible** con un entorno de coerción, aislamiento y desregulación. Aplicar el encierro a un sujeto con TLP —cuyo trastorno surge, según la teoría biosocial de Linehan (1993), de la transacción entre vulnerabilidad biológica y entorno crónicamente invalidante— es una contradicción clínica ontológica: **se trata al paciente con la enfermedad misma**.

1.2.2. Neurobiología del daño producido por el encierro

a) Mortalidad post-liberación. EVIDENCIA

Binswanger et al. (2007), *New England Journal of Medicine*, 356(2): en las **dos primeras semanas** post-liberación, el riesgo de muerte (sobredosis, suicidio, homicidio) es **12 a 40 veces mayor** que en la población general de igual edad y perfil demográfico. En el **primer año**, el riesgo es **4 a 8 veces mayor**. Zlodre y Fazel (2012), *Addiction*, 107(8), confirman y amplían este hallazgo.

La prisión no rehabilita: produce un daño acumulado que se manifiesta letalmente al retirar la contención institucional.

b) Deterioro neurocognitivo. EVIDENCIA

Meijers et al. (2018), *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*: el confinamiento penitenciario produce un deterioro significativo de las funciones ejecutivas

prefrontales y la capacidad de juicio prospectivo, equivalente en privación extrema a **una década de envejecimiento biológico acelerado**.

c) Aislamiento solitario: el hallazgo más robusto. EVIDENCIA

Zhu et al. (2020/actualización 2024), *The Lancet Public Health*: meta-análisis de 12 estudios con **N = 194.078** personas encarceladas. El aislamiento solitario está asociado con mayor reincidencia total, mayor violencia, mayor rearresto y mayor reincarceración, con **relación dosis-respuesta documentada**: cada mes adicional de aislamiento incrementa significativamente la reincidencia violenta. Este es, por tamaño muestral y por el hallazgo de relación dosis-respuesta (que fortalece sustancialmente la inferencia causal), **uno de los resultados más robustos disponibles en toda la literatura sobre efectos del encierro**.

d) Prisionización y daño psicológico crónico. EVIDENCIA

Haney (2003, 2012, 2020), *Crime & Delinquency*: documenta el «síndrome post-penitenciario» y la prisionización como daño neurocognitivo. La hipervigilancia crónica, la desconfianza persecutoria, la supresión empática y la alexitimia no son rasgos previos del preso: son **adaptaciones producidas por el entorno carcelario** que persisten tras la liberación.

e) Efectos neurobiológicos estructurales. CONVERGENCIA

Teicher et al. (2016): reducción del volumen del hipocampo (hasta un 12%) en individuos sometidos a estrés crónico temprano y encierro. Volkow et al. (2015): aumento de la hiperactividad del sistema de recompensa. Golomb et al. (2019): disminución de la capacidad de regulación emocional (hasta un 30%). McEwen (1998, actualizaciones 2017-2020): la carga alostática del encierro produce desgaste fisiológico medible en todos los sistemas reguladores.

1.2.3. Neurobiología del cambio terapéutico: lo que el cerebro necesita para cambiar

La rehabilitación no es «aprender normas». Es **reconfiguración de atractores neuronales**: cambio de patrones predictivos profundos, aprendizaje inhibitorio, reconsolidación de memoria emocional y desarrollo de funciones ejecutivas superiores. La neurociencia establece condiciones *sine qua non*:

a) Co-regulación vincular y seguridad ontológica. CONVERGENCIA

La Teoría Polivagal de Porges (2011) establece que el aprendizaje prosocial y la empatía solo se activan cuando el sistema nervioso percibe seguridad: activación del vago ventral, inhibición prefrontal sobre la amígdala, plasticidad sináptica. La Social Baseline Theory de Coan y Sbarra (2015) demuestra que el cerebro humano calibra su presupuesto energético asumiendo la presencia de una red social que amortigüe las amenazas. En aislamiento, el costo de procesamiento se multiplica y el repertorio conductual colapsa a la supervivencia.

b) Alianza terapéutica. EVIDENCIA

Norcross y Lambert (2011, 2019), *Psychotherapy*: la alianza terapéutica es el predictor más robusto del éxito clínico en toda la psicología ($d \approx 0.57$), superando a la técnica específica. La alianza requiere confianza, reciprocidad, contingencia y ausencia de coerción.

c) Tolerancia a la inestabilidad (criticalidad). CONVERGENCIA

Schiepek et al. (2016), *Psychotherapy and Psychosomatics*: todo cambio estructural genuino (transición de fase desde un patrón de desregulación hacia uno de adaptación) viene precedido por un estado de inestabilidad conocido como *critical slowing down*: fluctuación emocional, caos organizativo, cuestionamiento identitario, aumento de la varianza conductual. El clínico entrenado contiene y acompaña esta crisis porque es la firma de que el sistema está maduro para la reorganización.

1.2.4. La incompatibilidad estructural: el encierro destruye lo que la terapia necesita

La institución penitenciaria es, por su diseño arquitectónico y normativo, **el entorno invalidante por excelencia**. Intentar aplicar una terapia basada en evidencia dentro de una prisión estándar es una contradicción ontológica. La tabla siguiente sintetiza la incompatibilidad:

Terapia (Evidencia Grado A)	Mecanismo activo	Incompatibilidad con la prisión
DBT (Linehan, 1993) — TLP, TUS, desregulación	Validación radical, coaching telefónico, generalización ecológica, autonomía	Prisión = invalidación sistémica, aislamiento, coerción, heteronomía total
MBT (Fonagy/Bateman) — TPA, TLP, trauma	Mentalización en vínculo seguro, co-regulación afectiva	Prisión = hipomentalización defensiva obligatoria; certeza paranoide adaptativa
Schema Therapy (Young) — TPA forense	Reparación del «Niño Vulnerable», re-crianza limitada	Prisión = activación crónica de modos «Protector Detenido / Dueño Castigador»
RNR / CBT Forense (Andrews y Bonta)	Responsividad, alianza, práctica en contexto real	Prisión = contexto artificial; «obediencia» ≠ cambio; techo de transferencia bajo
MST / FFT (Henggeler) — juveniles	Intervención *in situ* en familia, escuela, barrio	Prisión = extracción del nicho ecológico donde ocurre el cambio
Justicia Restaurativa (Braithwaite/Zehr)	Encuentro víctima-ofensor, reparación, vergüenza reintegrativa	Prisión = estigma excluyente, separación V-O, sin reparación posible

EVIDENCIA: El **ensayo MOAM** (*The Lancet Psychiatry*, marzo 2025), ensayo controlado aleatorizado multicéntrico en 13 sitios de Inglaterra y Gales, demostró que la MBT adaptada para TPA **en libertad condicional comunitaria** redujo las condenas por reincidencia en un **46%**, los actos de agresión física en un **50%** y produjo una caída del **63%** en síntomas clínicos frente a la supervisión estándar. Todas las muertes ocurrieron en el brazo de supervisión estándar. El tratamiento funciona **fuera**.

1.2.5. El bloqueo institucional de la criticalidad terapéutica

Este es el mecanismo por el cual la prisión no solo *no facilita* el cambio, sino que lo **aborta activamente**:

Fase del cambio terapéutico	Respuesta institucional estándar	Resultado
Estado patogénico rígido	Conformidad, obediencia aparente	Refuerzo del atractor patogénico
CRITICALIDAD / CRISIS (aumento de varianza, fluctuaciones, inestabilidad emocional)	Interpretada como «incidente» o «falta disciplinaria»	Castigo de la fluctuación necesaria
Respuesta de seguridad penitenciaria	Aislamiento en celda de castigo, pérdida de beneficios, sedación, calificación de «peligroso»	**Aborto de la bifurcación hacia la salud**
Regresión forzada	Consolidación del modelo patogénico	Estabilización del atractor defensivo

INTERPRETACIÓN: La institución carcelaria exige homeostasis conductual plana (silencio, sumisión, orden estricto). Cuando un tratamiento psicológico intramuros comienza a movilizar defensas arraigadas y el interno entra en la necesaria desestabilización emocional, el aparato de seguridad no lee esto como criticalidad productiva, sino como falta disciplinaria o riesgo de motín. La institución interviene punitivamente sobre la fluctuación, **castigando exactamente el fenómeno biológico que hace posible la plasticidad**, forzando al sujeto a congelarse de nuevo en su atractor defensivo antisocial.

No es que el clínico no sepa distinguir crisis de recaída. Es que **la institución no permite que la crisis exista**.

1.3. IATROGENIA MEDIBLE: CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

La iatrogenia del encierro no es una hipótesis abstracta. Es un conjunto de efectos adversos medibles, replicados y cuantificados:

Daño	Evidencia clave	Magnitud
Mortalidad post-liberación	Binswanger, *NEJM* 2007; Zlodre, *Addiction* 2012	12–40x riesgo semana 1; 4–8x año 1
Deterioro cognitivo/ejecutivo	Meijers, *Neurosci Biobehav Rev* 2018	Equivalente a 10 años de envejecimiento cerebral
Agravamiento TLP/Psicosis	Black, *J Pers Disord* 2017; Haney 2003	RR 3,2x cronificación; síndrome post-penitenciario
Empeoramiento sintomatológico general	Meta-análisis múltiples	$d = 0.3–0.6$ (efecto moderado a fuerte)
Aumento de agresividad	Estudios longitudinales	OR = 1.8–2.5
Aislamiento solitario → reincidencia violenta	Zhu et al., *Lancet Public Health* 2020/2024, N=194.078	Relación dosis-respuesta
Transmisión intergeneracional	Murray y Farrington 2008 (40 estudios); *Lancet Public Health* 2025 (N=101.417 familiares)	Hijos: OR 2.5–3.0 delincuencia futura; TEPT, externalización, fracaso escolar

1.4. LA JERARQUÍA DE EFICACIA: EL GRADIENTE COMUNITARIO

La evidencia establece una jerarquía clara y replicada entre los contextos de intervención:

Comunidad (no encierro) $\gg$ Domiciliaria + EM $\gg$ Residencial terapéutica $\ggg$ Encierro institucional

Condición	Reincidencia (2-3 años)	Neurobiología	Costo relativo
Comunidad (ACT, RNR, Restaurativa, MST)	10–25%	Preserva plasticidad y co-regulación	0.10x–0.25x
Domiciliaria + EM + Terapia	20–30%	Mantiene contacto familiar	0.35x
Residencial terapéutica no penitenciaria	25–35%	Entorno clínico sin lógica policial	0.60x
Encierro institucional estándar	45–70%	Iatrogénica: atrofia ejecutiva, cronificación trauma	1.0x (máximo)

1.5. SÍNTESIS CONVERGENTE DE LA CAPA 1

La criminología experimental demuestra, con meta-análisis de cientos de miles de sujetos, que el encierro **no reduce la reincidencia** comparado con sanciones comunitarias y que, en muchos perfiles, **la aumenta**. La neurociencia demuestra que las condiciones del encierro **destruyen los sustratos biológicos del cambio**: la co-regulación, la plasticidad prefrontal, la capacidad de mentalización y la tolerancia a la inestabilidad terapéutica. La psiquiatría epidemiológica demuestra que la población encarcelada es **la más vulnerable** a esos efectos: trauma complejo, trastornos de personalidad, adicciones y déficit neurocognitivo concentrados en proporciones 10 a 40 veces superiores a la población general.

Tres disciplinas independientes, con métodos distintos, convergen en el mismo veredicto:

El encierro institucional estándar no es un contexto neutro que «dificulta» el tratamiento. Es una tecnología de intervención que opera mediante mecanismos estructuralmente antitéticos a la plasticidad neural y a la regulación emocional. No es una plataforma ineficiente de rehabilitación; es una condición de frontera ontológicamente incompatible con la rehabilitación, cuyo efecto neto es la consolidación del atractor patogénico o la generación de daños iatrogénicos.

La pregunta que esta capa responde queda contestada: **¿Qué produce empíricamente el encierro?** Produce prisionización, deterioro neurocognitivo, ruptura vincular, agravamiento psiquiátrico, mortalidad post-liberación elevada, criminogénesis y transmisión intergeneracional del trauma. No produce rehabilitación. No produce desistimiento. No produce seguridad sostenible.

La carga de la prueba se ha invertido. Ya no corresponde preguntar: «¿Por qué liberar a este preso?» Corresponde exigir al Estado: «¿Cuál es la evidencia de que encarcelar a esta persona, con este perfil, en este régimen, produce mejor resultado que la alternativa comunitaria validada?» Si el Estado no puede responder con datos, la prisión es arbitraria.

CAPA 2: ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA

«El encierro es carísimo y desintegra»

2.0. PRINCIPIO EPISTEMOLÓGICO DE ESTA CAPA

La Capa 1 demostró que el encierro **no funciona** (no reduce reincidencia) y **daña** (produce iatrogenia neurobiológica y psiquiátrica). La Capa 2 responde a una pregunta distinta pero complementaria: **¿Qué cuesta económicamente el encierro y a quién destruye socialmente?**

Esta pregunta es estratégica porque desplaza el debate del terreno moral-abstracto («¿Es justo castigar?») al terreno de la **política pública evaluable**: toda intervención

financiada con recursos públicos debe demostrar su costo-efectividad. Si una intervención cuesta entre 3 y 10 veces más que las alternativas disponibles y produce peores resultados, no estamos ante una cuestión de valores: estamos ante una **mala asignación de recursos públicos** que genera externalidades negativas masivas.

La Capa 2 se sostiene sobre dos pilares disciplinares independientes:

- **La economía del castigo**, que mide costos directos, costo-efectividad comparativa, costos de oportunidad y la estructura de incentivos del complejo industrial penitenciario.
- **La sociología del daño familiar y comunitario**, que documenta el impacto del encierro sobre las redes vinculares, la transmisión intergeneracional del trauma y la desorganización de comunidades enteras.

Ambas disciplinas, con métodos distintos, convergen en la misma conclusión: el encierro es la intervención más cara con el peor retorno social, y su costo real no se limita al presupuesto penitenciario, sino que se distribuye como daño sobre familias, hijos, barrios y generaciones futuras.

Regla de clasificación epistémica: Cada afirmación se clasifica como EVIDENCIA (datos cuantitativos, meta-análisis, informes institucionales), CONVERGENCIA (múltiples fuentes independientes con dirección consistente) o INTERPRETACIÓN (análisis propio a partir de los datos).

2.1. EL COSTO DIRECTO DEL ENCIERRO: DATOS COMPARADOS

2.1.1. Costo por preso/año vs. costo de alternativas comunitarias

Los datos de costo son notablemente consistentes entre jurisdicciones y fuentes. La tabla siguiente sintetiza la evidencia disponible en ambos documentos de referencia y en la literatura comparada:

Jurisdicción	Costo Prisión / Año / Preso	Costo Alternativa Comunitaria / Año	Ratio
EE.UU. (promedio federal/estatal)	$35.000 – $80.000	$5.000 – $15.000 (ISP, Drug Court, ACT Forense)	4x – 10x
Reino Unido	£45.000	£5.000 – £15.000	3x – 9x
Noruega (Halden, modelo «reformado»	~$120.000	$20.000 – $30.000 (comunidad intensiva)	4x – 6x

)			
Argentina (est. 2023)	$12.000 – $18.000 USD	$2.000 – 6.000(*programascomunitarios*)|3*x*– 6*x*||*B* 30.000 – 50.000	R$ 5.000 – 12.000 (APAC, monitoramento)
Chile	$25.000 USD	$6.000 (libertad vigilada intensiva)	4x
Alemania (Offener Vollzug vs. cerrado)	€50.000 – €70.000	€15.000 – €25.000	3x – 4x

EVIDENCIA: En toda jurisdicción estudiada, el costo de mantener a una persona en encierro institucional es entre **3 y 10 veces superior** al costo de una intervención comunitaria intensiva equivalente. Este ratio no varía significativamente entre sistemas punitivos (EE.UU.) y sistemas rehabilitadores (Noruega): la prisión es cara en ambos, aunque por razones distintas (volumen en EE.UU.; calidad de condiciones en Noruega).

2.1.2. El costo no es solo el presupuesto penitenciario

El cálculo económico estándar —costo por plaza, por preso, por año— subestima sistemáticamente el costo real del encierro. Un análisis de costo social total debe incluir:

Componente del costo	Descripción	Magnitud estimada
Costo institucional directo	Personal, infraestructura, alimentación, seguridad, servicios	1.0x (referencia)
Costo sanitario post-liberación	Mortalidad elevada (12-40x semana 1), sobredosis, TEPT, cronificación psiquiátrica	0.3x – 0.5x adicional
Pérdida de productividad	Años de vida laboral del preso perdidos; salario no generado; impuestos no pagados	0.5x – 1.0x adicional
Costo de servicios sociales para familias	Monoparentalidad forzada, acogida de menores, subsidios de emergencia	0.2x – 0.4x adicional
Costo de reincarcelación	Reincidencia del 40-70% implica nuevos ciclos completos de costo penitenciario	0.4x – 0.7x adicional
Costo judicial y policial del ciclo	Detención, proceso, sentencia, ejecución por cada reincidencia	0.2x – 0.3x adicional
Costo intergeneracional	Hijos con mayor probabilidad de criminalización (OR 2.5-3.0), fracaso	Distribuido a

	escolar, acogida	largo plazo

2.1.3. La analogía sanitaria: el estándar que el sistema penal no cumple

Del documento de referencia (Tratado de iatrogenia):

«Si un hospital tuviera una tasa de mortalidad o reingreso del 60%, sería clausurado. Las prisiones exhiben tasas de reincidencia del 40% al 70% y son recompensadas con más presupuesto y leyes más duras.»

Esta analogía no es retórica. En cualquier otra política pública financiada con impuestos —sanidad, educación, infraestructura—, una intervención que produce resultados peores que las alternativas disponibles a un costo 3-10 veces superior sería retirada, auditada y sustituida. El sistema penal es el único sector de la administración pública que opera con **impunidad epistémica**: no se evalúa por resultados de rehabilitación, salud mental, reinserción laboral o preservación vincular, sino por métricas burocráticas intramuros (camas ocupadas, presupuesto ejecutado, incidentes evitados).

2.2. COSTO-EFECTIVIDAD COMPARATIVA: LA EVIDENCIA DE LAS ALTERNATIVAS

2.2.1. Washington State Institute for Public Policy (WSIPP)

EVIDENCIA: El WSIPP es el instituto más riguroso del mundo en análisis costo-beneficio de políticas criminales. Sus actualizaciones bienales (2020-2024) muestran consistentemente:

- **Terapia Multisistémica (MST)** para jóvenes: ratio beneficio/costo de **$5.51 por cada $1 invertido** (actualización 2023).
- **Terapia Familiar Funcional (FFT)**: ratio de **$12.87 por $1 invertido**.
- **Drug Courts (Tribunales de tratamiento de drogas)**: ratio de **$3.22 por $1 invertido**.
- **Supervisión intensiva comunitaria con tratamiento**: ratio de **$2.50-$4.00 por $1 invertido**.
- **Encarcelamiento (prisión estándar)**: ratio **negativo o marginalmente positivo** ($0.90-$1.10 por $1 invertido), y solo cuando se contabiliza la incapacitación temporal sin ajustar por efectos criminógenos post-liberación.

2.2.2. Justice Reinvestment: la evidencia de que cerrar prisiones ahorra y reduce el crimen

- **Texas (2007)**: Cerró 3 prisiones proyectadas, reinvirtió $241 millones en tratamiento comunitario, vivienda y empleo. Resultado: crimen bajó **25%**, tasa de encarcelamiento cayó **15%**, ahorro acumulado de **$2.000 millones** a 2020.

- **Georgia (2012)**: Reforma legislativa que desvió delitos no violentos hacia tratamiento. Ahorro de **$264 millones** proyectados; reducción de ingresos en prisión del **8%** en dos años.
- **Carolina del Sur (2010)**: Reducción de población carcelaria del **15%** sin aumento de crimen.
- **Oregon, Kentucky, Misisipi**: Resultados similares con variaciones locales.

2.2.3. Costo comparado de modelos específicos

Intervención	Costo anual/participante	Reincidencia esperada	Ahorro vs. prisión
Drug Court (EE.UU.)	$5.000 – $8.000	11% – 20% (graduados)	70% – 85%
APAC (Brasil)	~$8.000	10% – 15%	67% – 75%
Monitoreo electrónico sustitutivo (Argentina)	~$3.000 – $5.000	13% (vs. 22% prisión)	60% – 70%
ACT Forense (EE.UU./Reino Unido)	$10.000 – $15.000	↓ 40-50% días de encierro; ↓ 70% hospitalización	50% – 65%
Justicia Restaurativa (conferencias)	$1.500 – $4.000	↓ 15-25% reincidencia	85% – 95%
Familia Group Conferences (NZ)	~$2.000 – $3.000	70% desviación del tribunal	90%+

2.3. EL COMPLEJO INDUSTRIAL PENITENCIARIO: INCENTIVOS ECONÓMICOS PARA ENCARCELAR

2.3.1. Prisiones privadas y cláusulas de ocupación

EVIDENCIA: En EE.UU., las empresas CoreCivic (antigua Corrections Corporation of America) y GEO Group operan más de **100.000 camas** penitenciarias. Sus contratos con gobiernos estatales y federales incluyen con frecuencia **cláusulas de ocupación mínima** (90% o superior), que obligan al Estado a pagar por camas vacías o a garantizar un flujo constante de internos. Esto crea un **incentivo económico directo** para el encarcelamiento masivo: cada cama vacía es una pérdida de ingresos para la empresa.

- CoreCivic: ingresos anuales superiores a $1.800 millones (2023).
- GEO Group: ingresos anuales superiores a $2.300 millones (2023).
- Lobbying documentado: ambas empresas financian campañas legislativas de «mano dura» para asegurar el flujo de cuerpos.

2.3.2. Trabajo penitenciario: la economía interna del encierro

EVIDENCIA: UNICOR (Federal Prison Industries, EE.UU.) genera más de **$500 millones en ventas anuales**, con salarios que oscilan entre **$0,14 y $1,41 por hora**. Los presos fabrican productos para el gobierno federal (mobiliario, textiles, electrónica) y, en algunos casos, para el mercado privado. Esta es una forma de **trabajo forzado legalizado**, excluido de las protecciones laborales estándar, que genera ingresos para el Estado y para empresas privadas.

Del documento de Genealogía:

«En Bentham, el vínculo entre negocio privado y control de cuerpos encerrados no es metáfora, es el diseño institucional propuesto.»

Bentham diseñó el Panóptico como **concesión privada**: el Estado pagaría per capita al contratista (Bentham mismo aspiraba a serlo). La prisión como negocio es el antecedente directo de las private prisons del siglo XXI.

2.3.3. Carceral Keynesianism: prisiones como motor económico local

EVIDENCIA: En muchas regiones rurales de EE.UU. (y crecientemente en América Latina), las prisiones se han convertido en el **principal empleador** y motor económico local, sustituyendo a la industria manufacturera deslocalizada. Las comunidades dependen económicamente del encarcelamiento: los empleos de guardias, personal administrativo, servicios de catering, construcción y transporte dependen de que la prisión esté llena. Esto crea un **lobby pro-encarcelamiento** a nivel local que resiste cualquier política de descarcelización, independientemente de su eficacia demostrada.

2.3.4. Wacquant, Davis y Alexander: la economía política contemporánea

Del documento de Genealogía:

- **Wacquant (2009)**, *Punishing the Poor*: La prisión ha dejado de ser instrumento de disciplinamiento laboral (el capitalismo postindustrial no necesita fuerza de trabajo disciplinada en masa) y ha pasado a ser instrumento de **gestión de los excedentes poblacionales** que el mercado no puede absorber: pobres, racializados, enfermos mentales.
- **Davis (2003)**, *Are Prisons Obsolete?*: Documenta cómo la privatización penitenciaria creó un **complejo industrial penitenciario** con interés directo en el crecimiento de la población carcelaria.
- **Alexander (2010)**, *The New Jim Crow*: El sistema funciona como mecanismo de **control racial** análogo a las leyes de segregación, donde la tasa de encarcelamiento de minorías étnicas es desproporcionada no por tasas de delincuencia, sino por discriminación sistémica.

2.4. SOCIOLOGÍA DEL DAÑO FAMILIAR: LA DESINTEGRACIÓN SISTEMÁTICA

2.4.1. El encierro como ataque a la ecología vincular

La sociología de la familia y la criminología del desarrollo han documentado extensamente que el encierro no es un castigo individual: es una **intervención que fractura el sistema vincular completo** del condenado y transmite daño a personas que no cometieron ningún delito.

Del documento de referencia (Tratado de iatrogenia):

«El encierro no castiga únicamente al individuo; descuartiza su ecología vincular. Los agentes que diseñan estas políticas ignoran sistemáticamente el daño colateral.»

2.4.2. Impacto en los hijos: la transmisión intergeneracional del daño

Fuente	Hallazgo	Magnitud
Murray & Farrington (2008), *Crime and Justice*, 37(1)	Meta-análisis de **40 estudios**: encarcelamiento parental es predictor independiente de delincuencia futura en hijos	OR **2.5 – 3.0**
Meta-análisis 2025 (*Lancet Public Health*), N = **101.417** familiares	Asociación positiva entre encarcelamiento familiar y síntomas psiquiátricos; efectos más fuertes en TUS y trastornos externalizantes infantiles	Significativo y consistente
Wildeman & Western (2010), *The Future of Children*, 20(2)	Encarcelamiento masivo como factor de desorganización familiar y pobreza infantil	Correlación robusta
Arditti (2012), *Parental Incarceration and the Family*	Concepto de «prisionización secundaria»: las familias sufren estigma, empobrecimiento y sobrecarga alostática	Cualitativo convergente

Los mecanismos específicos del daño en los hijos incluyen:

- **Apego desorganizado inducido**: La separación forzada del progenitor replica la fenomenología del trauma relacional. El niño no puede procesar la ausencia porque el progenitor está vivo pero inaccesible (**pérdida ambigua**, Boss, 1999).
- **Trastornos externalizantes**: Conducta agresiva, desafiante, impulsiva — exactamente los perfiles que el sistema penal reclutará en la siguiente generación.
- **Fracaso escolar**: Absentismo, dificultad de concentración, estigmatización por pares.
- **Probabilidad 5x mayor de ingreso en el sistema de protección infantil**.
- **Probabilidad 2.5-3x mayor de criminalización futura**.

2.4.3. Impacto en parejas y cuidadores: la «prisionización secundaria»

- **Colapso económico inmediato**: Pérdida del ingreso del preso; costos de defensa legal; gastos de desplazamiento a la prisión; pérdida de vivienda en muchos casos.
- **Monoparentalidad forzada**: El cuidador restante asume solo la crianza, el trabajo doméstico y la generación de ingresos, con sobrecarga alostática crónica.
- **Sobrecarga alostática y deterioro de salud**: Depresión, ansiedad, insomnio, deterioro inmunológico.
- **Estigma social**: La «familia de preso» es marcada socialmente; los niños son objeto de burla o exclusión; el cuidador es juzgado por la conducta del preso.
- **Sometimiento a protocolos de visita vejatorios**: Revisas corporales, restricciones de contacto físico, horarios incompatibles con trabajo y crianza, distancia geográfica de las prisiones.

2.4.4. Impacto comunitario: la desorganización de barrios

- **Clear (2007)**, *Imprisoning Communities*: El encierro masivo desorganiza barrios enteros. Cuando una proporción significativa de los varones jóvenes de un barrio está encarcelada, se erosionan las redes informales de control social, se debilitan las instituciones comunitarias (escuelas, iglesias, asociaciones) y se normaliza el contacto con el sistema penal.
- **Sampson (2011)**, *Great American City*: El encarcelamiento concentrado en ciertos barrios produce **desorganización social**: pérdida de capital social, desconfianza institucional, incapacidad colectiva para regular la conducta de los jóvenes.
- **Datos de concentración racial y geográfica**: En EE.UU., el encarcelamiento masivo se concentra desproporcionadamente en barrios afroamericanos y latinos de bajos ingresos. En América Latina, se concentra en villas, favelas y barrios periféricos. El encierro no se distribuye aleatoriamente: **se dirige a comunidades específicas**, exacerbando la desigualdad existente.

2.5. LA ECONOMÍA POLÍTICA DEL ENCIERRO: EL TIEMPO COMO MERCANCÍA Y LA GESTIÓN DE LA POBREZA

2.5.1. Pashukanis y la ecuación «Tiempo = Dinero = Pena»

Del documento de Genealogía:

«La pena de prisión… no es sino una forma peculiar de indemnización por el daño causado, en la que la expropiación de una determinada cantidad de libertad del delincuente aparece como equivalente a la pérdida causada. Pero ¿cómo es posible que la libertad pueda ser medida y expresada en términos de tiempo? Esto solo es posible porque, en la sociedad burguesa, el tiempo de trabajo es la medida del valor, y porque el tiempo humano en general, como portador de trabajo, es el equivalente universal de todos los valores.» — Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho y marxismo* (1924)

2.5.2. Rusche y Kirchheimer: el mercado de trabajo determina la forma del castigo

Del documento de Genealogía:

EVIDENCIA: Rusche y Kirchheimer (1939) establecieron la tesis de que las formas del castigo varían según las condiciones del mercado de trabajo:

- **Escasez de mano de obra** → el castigo tiende a utilizar el trabajo forzado (galeras, trabajos públicos, transporte penal). El preso vale como fuerza de trabajo.
- **Excedente de mano de obra** → el castigo tiende al encierro puro. El preso estorba; no hay interés económico en su trabajo.

Esta tesis explica la paradoja contemporánea: en un capitalismo postindustrial que no necesita fuerza de trabajo masiva disciplinada, la prisión se ha convertido en una tecnología de **gestión del descarte humano** (Wacquant, 2009). No produce trabajadores; gestiona poblaciones que el mercado no puede absorber.

2.5.3. El origen de la prisión como política social, no como derecho penal

Del documento de Genealogía:

- **Rasphuis de Ámsterdam (1596)**: Encierro de vagabundos, mendigos y delincuentes menores para trabajo forzado (raspado de madera de Brasil). Los regentes que lo administraban eran **comerciantes, no jueces**.
- **Spinhuis (1597)**: Trabajo textil forzado para mujeres.
- **Hôpital Général de París (1656)**: Encierro de 1 de cada 100 parisinos. Objetivo declarado: orden público y caridad. Función real: control de revueltas de hambre tras la Fronda.
- **Poor Laws inglesas (1576-1601)**: Casas de corrección (Bridewell, 1555) para vagabundos y «ociosos».

2.6. LA AUSENCIA DE RENDICIÓN DE CUENTAS: UN SISTEMA QUE NO SE EVALÚA

2.6.1. Qué mide el sistema y qué debería medir

Poder del Estado	Métrica actual (burocrática)	Métrica requerida (científica)	Brecha
Legislativo	# Leyes aprobadas, dureza de penas, «señal política»	Impacto en reincidencia a 3-5 años, salud mental, costo/beneficio, impacto familiar	Nula evaluación ex-ante/ex-post
Judicial	Tiempos procesales, %	Resultado a 3-5 años: reincidencia, empleo,	Ciego a consecuencias

	prisión preventiva, sentencias dictadas	vivienda, salud, vínculos del sentenciado	de sus decisiones
Penitenciario	Ocupación, incidentes, programas «ofertados», presupuesto ejecutado	Adherencia, dosis, respuesta terapéutica, transferencia post-liberación, iatrogenia, reincidencia ajustada por riesgo de entrada	Gestiona custodia, no rehabilitación

EVIDENCIA: El sistema penal es el único sector de la administración pública que **no rinde cuentas por sus resultados**. No existe en la mayoría de los países un mecanismo institucionalizado de evaluación ex-post que mida si la inversión penitenciaria produjo los resultados declarados (rehabilitación, reinserción, reducción de reincidencia). La ausencia de esta rendición de cuentas no es un accidente: es una condición funcional que permite al sistema perpetuarse sin justificación empírica.

2.6.2. La asimetría del riesgo para los decisores

Del documento de referencia (Tratado de iatrogenia):

«Para un juez, el costo político de liberar a alguien que reincide (visible, mediático, terminal para su carrera) es infinitamente mayor que el costo de mantener encarcelado a alguien que no habría reincidido (invisible, distribuido, no sancionado). Esto genera un sesgo sistémico hacia la sobre-restricción y el populismo punitivo.»

2.7. LA ECONOMÍA DE LAS ALTERNATIVAS: DATOS DE MODELOS ESPECÍFICOS

2.7.1. Modelos contemporáneos de descarcelización con evidencia económica

Modelo	País	Costo relativo	Resultado	Ahorro / Retorno
Justice Reinvestment	Texas (2007)	Cierre de 3 prisiones; reinversión en comunidad	Crimen ↓ 25%; encarcelamiento ↓ 15%	Ahorro acumulado $2.000 millones
APAC	Brasil (1972+)	1/3 del costo del sistema regular	Reincidencia 10-15% vs. 60-70%	Ahorro 67%; retorno social positivo
Family Group Conferences	Nueva Zelanda	~0.05x del costo de prisión	70% desviación del tribunal;	Ahorro 95%

	(1989)		satisfacción víctima 90%	
Drug Courts	EE.UU., Canadá, Australia	$5.000-$8.000/participante/año	Gradación 70%; reincidencia 11-20%	Ratio 3:1 a 5:1
Descarcelización finlandesa	Finlandia (1950-2000)	Reforma legislativa sostenida	Tasa: 200/100k → 50/100k. **El crimen no subió**	Ahorro estructural masivo
Prisión abierta (Offener Vollzug)	Alemania	Menor que prisión cerrada	Reincidencia ~30-40% vs. 50% cerradas	Ahorro + mejor resultado
Monitoreo electrónico sustitutivo	Argentina, Francia, Suecia	0.35x del costo carcelario	Reincidencia 13% vs. 22% (Di Tella & Schargrodsky)	Ahorro 65%

2.7.2. El caso finlandés: la prueba de que la descarcelización sostenida es posible

- Ampliación de multas día como sustituto de prisión corta.
- Libertad condicional amplísima.
- Penas sustitutivas comunitarias.
- Reducción de penas máximas.
- Descriminalización de conductas menores.

El resultado: **la criminalidad no aumentó**. La tasa de delitos violentos y patrimoniales siguió las mismas tendencias que en países vecinos que mantuvieron tasas de encarcelamiento más altas. La descarcelización no es una utopía: es una política pública implementada con éxito durante siete décadas.

2.8. SÍNTESIS CONVERGENTE DE LA CAPA 2

La economía demuestra, con datos de costo-efectividad comparativa, análisis de retorno de inversión y experimentos naturales de descarcelización, que el encierro es **la intervención más cara con el peor retorno social**: cuesta entre 3 y 10 veces más que las alternativas comunitarias disponibles y produce resultados peores en reincidencia, salud mental, empleo y preservación vincular. El complejo industrial penitenciario crea incentivos económicos para mantener el encarcelamiento masivo, independientemente de su eficacia.

La sociología demuestra que el encierro **desintegra familias, daña a hijos que no cometieron ningún delito, empobrece hogares, estigmatiza comunidades y transmite trauma intergeneracional**. Los hijos de personas encarceladas tienen entre 2.5 y 3 veces más probabilidades de criminalización futura: el Estado financia la reproducción del problema que dice combatir.

Dos disciplinas independientes convergen en el mismo veredicto:

El encierro institucional no es solo ineficaz (Capa 1) y contradictorio con los derechos humanos (Capa 3). Es también la política pública más cara y socialmente más destructiva disponible para gestionar el delito. Su costo real no se limita al presupuesto penitenciario: se distribuye como daño sobre familias, hijos, barrios y generaciones futuras. El Estado gasta recursos masivos para producir peores resultados, sin rendir cuentas de sus fracasos, mientras existen alternativas que son simultáneamente más baratas y más efectivas.

La pregunta que esta capa responde queda contestada: **¿Qué cuesta el encierro y a quién destruye?** Cuesta entre 3 y 10 veces más que las alternativas, y destruye a las familias, a los hijos, a las comunidades y a las generaciones futuras. No es una cuestión de valores abstractos: es una cuestión de **mala asignación de recursos públicos con externalidades negativas masivas y ausencia total de rendición de cuentas**.

La carga de la prueba se profundiza: ya no basta con que el Estado demuestre que el encierro «funciona» (no funciona, Capa 1). Debe demostrar además que el **costo social total** del encierro es justificable frente a alternativas que son simultáneamente más baratas y más efectivas. Si no puede hacerlo —y no puede—, la prisión es también una **irracionalidad económica** además de una iatrogenia clínica.

CAPA 3: FILOSOFÍA Y DERECHOS HUMANOS

«El encierro es contradictorio con el Estado de Derecho»

3.0. PRINCIPIO EPISTEMOLÓGICO DE ESTA CAPA

Las Capas 1 y 2 demostraron que el encierro **no funciona** (no reduce reincidencia, produce iatrogenia neurobiológica) y que **es carísimo y desintegra** (costo social total 3-10 veces superior a las alternativas, destrucción familiar y comunitaria). La Capa 3 responde a una pregunta de distinta naturaleza: **¿Es el encierro compatible con los principios que el propio Estado de Derecho proclama como fundacionales?**

Esta pregunta no es empírica sino **normativa y estructural**. No se pregunta qué produce el encierro, sino si la institución que lo administra es **coherente con su propia autodefinición**. Un Estado que se constituye como Estado de Derecho —es decir, como un orden jurídico que reconoce la dignidad humana, la libertad como derecho fundamental, la proporcionalidad de las penas y la orientación resocializadora del castigo— entra en contradicción consigo mismo cuando la práctica sistemática del encierro viola cada uno de esos principios.

La Capa 3 se sostiene sobre dos pilares disciplinares independientes:

- **La filosofía política y penal**, que examina la coherencia interna de las justificaciones del castigo y demuestra que ninguna de las tradiciones canónicas sostiene empíricamente que el encierro produce rehabilitación.
- **El derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional**, que documentan la brecha entre la declaración normativa (reinserción, dignidad, proporcionalidad) y la práctica institucional (encierro masivo, condiciones inhumanas, ausencia de rendición de cuentas).

Regla de clasificación epistémica: Cada afirmación se clasifica como EVIDENCIA (texto legal, sentencia, informe institucional), CONVERGENCIA (múltiples fuentes normativas independientes con dirección consistente), INTERPRETACIÓN (análisis propio a partir de los datos) o AXIOMA ÉTICO (principio normativo no derivable empíricamente).

3.1. LAS JUSTIFICACIONES FILOSÓFICAS CANÓNICAS DEL CASTIGO: NINGUNA SOSTIENE LA REHABILITACIÓN

Del documento de referencia (Genealogía del encierro):

«Ninguna de las grandes tradiciones filosófico-jurídicas que fundamentan el derecho penal moderno —ni el contractualismo beccariano, ni el utilitarismo benthamiano, ni el retribucionismo kantiano-hegeliano, ni la prevención especial del siglo XX— sostiene, con el nivel de evidencia empírica que hoy exigiríamos a cualquier otra intervención de política pública, que el encierro efectivamente produce rehabilitación.»

Esta afirmación requiere demostración disciplina por disciplina.

3.1.1. Beccaria y el contractualismo utilitarista: la prisión como mal menor, no como tratamiento

EVIDENCIA: En *Dei delitti e delle pene* (1764), Cesare Beccaria propuso la privación de libertad como pena principal porque satisfacía criterios de proporcionalidad, legalidad, reversibilidad y utilidad disuasoria. Sin embargo, Beccaria **no defendía la prisión como instrumento de rehabilitación o transformación moral**. Su fin declarado era estrictamente preventivo: *«impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de cometer otros iguales»* (§ XII).

Más aún, Beccaria **odiaba la prisión perpetua** (la denominó «entierro vivo») y prefería el trabajo forzado público (visible, disuasorio, útil). En el § XIII escribió: *«La prisión debe ser transitoria… el trabajo público es preferible»*. Los legisladores posteriores invirtieron su jerarquía: adoptaron la prisión como pena principal y descartaron el trabajo público.

INTERPRETACIÓN: La justificación beccariana es **utilitarista-preventiva**, no terapéutica. Atribuirle a Beccaria una vocación «rehabilitadora» es una falsificación historiográfica que sirve para legitimar retrospectivamente la prisión moderna. El

encierro beccariano es una medida de ingeniería social racional (disuasión + neutralización temporal), no un tratamiento del alma.

3.1.2. Bentham y el panóptico: la economía del castigo y la concesión privada

EVIDENCIA: En *Panopticon; or, the Inspection House* (1791), Jeremy Bentham incluyó explícitamente la «reformation» entre los objetos declarados del panóptico. Sin embargo, la innovación más radical de Bentham fue la **concesión privada**: el Estado pagaría *per capita* al contratista, y Bentham mismo aspiraba a serlo. La prisión como negocio es el antecedente directo de las *private prisons* del siglo XXI.

Del documento de Genealogía:

«En Bentham, el vínculo entre negocio privado y control de cuerpos encerrados no es metáfora, es el diseño institucional propuesto.»

INTERPRETACIÓN: La justificación benthamiana es de **eficiencia económica y control disciplinario**, no de transformación moral genuina. El panóptico nunca se construyó en su forma pura; funcionó como discurso legitimador. Su potencia radicó en proporcionar un vocabulario (inspección, vigilancia, autodisciplina, economía) que se naturalizó en el discurso penitenciario, permitiendo al Estado justificar la invasión de la interioridad del sujeto bajo la promesa de la eficiencia.

3.1.3. Kant y Hegel: el retribucionismo que RECHAZA explícitamente la rehabilitación

EVIDENCIA: Kant, en *Die Metaphysik der Sitten* (1797, § 49), argumentó que el castigo no puede justificarse por sus consecuencias útiles. El imperativo categórico dicta que *«el hombre no puede ser utilizado como un medio para los fines de otro»*, ni siquiera para su propio «bien» moral. El condenado es castigado porque lo merece, no para que se convierta en mejor persona. Intentar «curar» al reo es tratarlo como un objeto, violando su dignidad como agente racional.

EVIDENCIA: Hegel, en *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821, § 100), escribió: *«La pena es el derecho del criminal. Al castigarlo, se lo honra como ser racional.»* La pena no mira al futuro (rehabilitación/disuasión); mira al presente lógico. La prisión hegeliana es simbolismo jurídico puro: la privación de libertad es la forma material de expresar que el derecho ha sido restaurado, pero no tiene ningún objetivo empírico sobre el transgresor.

3.1.4. Von Hirsch y el retribucionismo comunicativo contemporáneo

EVIDENCIA: Andrew Von Hirsch (*Doing Justice*, 1976; Von Hirsch y Ashworth, *Proportionate Sentencing*, 2005) reformuló el retribucionismo como censura pública comunicativa: la sociedad expresa su condena del acto mediante una pena proporcional. La justificación es comunicativa, no terapéutica. La prisión comunica la gravedad de la censura social.

3.1.5. La Escuela Positiva: peligrosidad, indeterminación y deriva autoritaria

EVIDENCIA: La Escuela Positiva italiana (Lombroso, Ferri, Garofalo, 1876-1930) introdujo el concepto de **peligrosidad** como criterio central del derecho penal. El castigo debe graduarse no según la gravedad del delito, sino según la peligrosidad del agente. Esto justificaba el encierro indeterminado: el individuo peligroso debe ser encerrado hasta que su peligrosidad desaparezca.

Del documento de Genealogía:

«La noción de "peligrosidad" es circular y autorreferencial: se declara peligroso a quien ha delinquido, y se le encierra hasta que deje de ser peligroso, pero la única prueba de que ha dejado de serlo es que no vuelva a delinquir —una prueba que solo puede obtenerse poniéndolo en libertad.»

EVIDENCIA: El Código Rocco italiano (1930, régimen fascista) y la legislación alemana de 1933 (régimen nazi) implementaron las «medidas de seguridad» basadas en peligrosidad como instrumento de internamiento indefinido de «asociales» y minorías. La categoría de *Asoziale* y las *Sicherungsverwahrung* (custodia de seguridad) fueron aplicadas de forma masivamente discrecional (Wachsmann, 2004).

3.2. GARANTISMO Y MINIMALISMO PENAL: LA CRÍTICA DESDE DENTRO DEL DERECHO

3.2.1. Ferrajoli: la transformación moral no es función del derecho penal

EVIDENCIA: Luigi Ferrajoli (*Diritto e ragione*, 2001; actualizaciones 2019-2023, incluyendo *La democrazia attraverso i diritti*, 2022) formuló el **garantismo penal**: el derecho penal debe ser mínimo. Ferrajoli desmonta la pretensión rehabilitadora del encierro **desde dentro del derecho**: la transformación moral del sujeto es función de la política social, no del derecho penal. La prisión debe ser excepcional, breve y orientada exclusivamente a la protección de bienes jurídicos, nunca a la ingeniería del alma.

3.2.2. Roxin y la protección de bienes jurídicos

EVIDENCIA: Claus Roxin (*Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 1970, 1997) articuló las tres finalidades del castigo bajo un principio rector: la protección de bienes jurídicos. La pena se justifica por su función de proteger bienes jurídicos esenciales, y debe ser **proporcional y subsidiaria** (última ratio).

3.2.3. La incompatibilidad lógica de los fines de la pena

Del documento de Genealogía:

- **Rehabilitador**: requiere condiciones terapéuticas (privacidad, confianza, alianza, ausencia de coerción).

- **Neutralizador**: requiere condiciones de máxima seguridad (vigilancia, control, restricción, desconfianza).
- **Intimidatorio**: requiere condiciones de sufrimiento (la experiencia debe ser aversiva).

INTERPRETACIÓN: Ningún régimen concreto puede satisfacer las tres funciones simultáneamente. La doctrina resuelve esta tensión mediante la priorización: en la práctica, la seguridad (neutralización) y la disciplina (intimidación) **siempre prevalecen** y asfixian a la rehabilitación. Esta es la razón estructural por la que los sistemas penitenciarios declaran la reinserción como fin y sistemáticamente no la alcanzan. No es un fallo de implementación; es una **imposibilidad arquitectónica**.

3.3. FILOSOFÍA POLÍTICA DE LA LIBERTAD: LA PARADOJA DEL ESTADO LIBERAL

3.3.1. La libertad como derecho condicionado

EVIDENCIA: Las declaraciones de derechos modernas —la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)— reconocen la libertad personal como derecho fundamental, pero establecen simultáneamente que esa libertad puede ser restringida «en los casos y formas previstos por la ley».

La justificación formal es contractualista: el individuo, al formar parte de la sociedad política, consiente implícitamente las normas que la regulan. La privación de libertad no sería una violencia arbitraria, sino la aplicación de una norma consentida.

3.3.2. Pettit y el republicanismo: la libertad como no-dominación

EVIDENCIA: Philip Pettit (*Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, 1997) distingue entre:

- **Libertad como no-interferencia** (tradición liberal clásica): soy libre si nadie me interfiere ahora mismo.
- **Libertad como no-dominación** (tradición republicana): no soy plenamente libre si existe un poder que **puede** interferir arbitrariamente conmigo, aunque hoy no lo ejerza.

3.3.3. La paradoja del Estado liberal formulada

Del documento de referencia (Tratado de iatrogenia):

«El Estado liberal proclama la libertad como derecho fundamental, pero la utiliza como moneda de chantaje: el ciudadano es un "esclavo condicional" que conserva su libertad solo si no ofende al soberano.»

Del documento de Genealogía:

«El constitucionalismo liberal moderno planteó una paradoja: los Estados que se fundan sobre el principio de la libertad como derecho fundamental son los mismos que privan sistemáticamente de libertad a quienes violan sus normas.»

3.4. LA CRÍTICA ABOLICIONISTA: EL SECUESTRO DEL CONFLICTO

3.4.1. Christie: el delito como conflicto robado

EVIDENCIA: Nils Christie (*Limits to Pain*, 1981) formuló el argumento más radical de la criminología crítica: el sistema penal **secuestra el conflicto**. Convierte un conflicto entre personas (el daño) en un conflicto entre el individuo y el Estado, expropiando a la víctima y a la comunidad de su agencia para la reparación. El delito es un «conflicto robado» al victimario y al ofensor por el Estado profesional. La prisión destruye la posibilidad de resolución entre las partes.

3.4.2. Hulsman y Mathiesen

EVIDENCIA: Louk Hulsman (1986) argumentó que el concepto mismo de «delito» es una construcción social que no corresponde a ninguna realidad natural, y que el sistema penal es un «absorbente» que convierte problemas sociales complejos en cuestiones de culpabilidad individual. Thomas Mathiesen (1974, 2015) propuso una estrategia de «abolición molecular»: desmantelar el sistema penal pieza por pieza, revelando que la prisión no reduce el delito, sino que **produce la categoría social de «delincuente»** que el sistema necesita para justificarse.

3.5. DERECHOS HUMANOS: NORMATIVA INTERNACIONAL Y BRECHA DE IMPLEMENTACIÓN

3.5.1. El marco normativo internacional

Instrumento	Disposición clave	Implicación
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Art. 9	«Nadie será privado de libertad arbitrariamente»	La privación debe ser excepcional, legal y proporcional
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 10	«Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano»	Obligación de condiciones dignas
Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Art. 5.6	«Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la **reforma y la readaptación social** de los condenados»	Fin resocializador declarado
Reglas Nelson Mandela	Reglas mínimas para el	Estándares mínimos

(ONU, 2015)	tratamiento de reclusos. Prohíben aislamiento > 15 días. Exigen atención sanitaria equivalente	de dignidad
Reglas de Tokio (1990)	Medidas no privativas de libertad. Encarcelamiento como **último recurso**	Principio de ultima ratio
Reglas de Bangkok (2010)	Específicas para mujeres encarceladas	Perspectiva de género

3.5.2. La brecha entre declaración y práctica

Del documento de Genealogía:

Indicador	Declaración Legal	Realidad Empírica
Fines (Art. 25.2 CE / Art. 1 CP Arg / Art. 5.6 Pacto San José)	Reinserción / Rehabilitación	Reincidencia 40-60% a 3 años (Nagin et al. 2009; Cullen et al. 2011)
Tratamiento	Individualizado, científico	< 10% acceden a programas EBT (Cochrane 2020)
Vínculos	Preservación (Reglas Mandela)	Ruptura sistemática (visitas < 1h/mes, distancia, barreras)
Salud Mental	Atención equivalente (Regla 24 Mandela)	Prevalencia 3-10x general; tratamiento < 20% (Fazel 2016)
Costo	«Necesario»	$50k-150k/año/preso vs. $5k-15k tratamiento comunitario
Aislamiento	Prohibido > 15 días (Mandela, Regla 43)	Práctica extendida de aislamiento prolongado en múltiples jurisdicciones
Última ratio	Encarcelamiento como último recurso (Tokio)	Prisión preventiva 40-60% (LATAM); sobrepoblación 150-300%

3.5.3. Informes de organismos internacionales (2020-2025)

- **Relator Especial de la ONU sobre Tortura (2020-2024)**: Informes que documentan condiciones carcelarias como trato cruel, inhumano o degradante en múltiples países. El aislamiento prolongado se califica como tortura cuando supera los 15 días.
- **Comité contra la Tortura (CAT)**: Observaciones generales sobre condiciones de detención, sobrepoblación y violencia institucional.
- **ACNUDH**: Informes sobre prisión preventiva masiva en América Latina (40-60% de la población carcelaria sin condena firme).

- **World Prison Brief (ICPR, Birkbeck College)**: 11.5 millones de presos globalmente; tasas de sobrepoblación del 150-300% en África y América Latina.
- **OMS/Europa (2022-2025)**: Informes sobre salud mental en prisiones europeas que documentan la insuficiencia estructural de los servicios de atención.

3.6. JURISPRUDENCIA: LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y CONSTITUCIONALES

3.6.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

- **Torreggiani v. Italia (2013)**: La sobrepoblación carcelaria constituye un trato inhumano y degradante (Art. 3 CEDH). Italia fue condenada por mantener presos en condiciones de hacinamiento extremo.
- **Vinter v. Reino Unido (2013)**: La cadena perpetua sin posibilidad real de revisión constituye una violación del Art. 3 CEDH. La pena debe ofrecer una perspectiva realista de liberación.
- **Murray v. Reino Unido (1994)**: Reconocimiento del derecho a la vida familiar del preso (Art. 8 CEDH), aunque en la práctica este derecho es sistemáticamente vulnerado por las condiciones de visita y la distancia geográfica de las prisiones.

3.6.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

- **Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay (2004)**: Condena por condiciones inhumanas de encierro de menores. La Corte estableció que el Estado tiene una obligación reforzada de protección cuando priva de libertad a personas bajo su custodia.
- **Pacheco Teruel v. Honduras (2012)**: Condena por condiciones carcelarias inhumanas y violencia institucional.
- **Múltiples resoluciones sobre condiciones carcelarias en América Latina**: La Corte ha documentado reiteradamente la sobrepoblación, la violencia, la ausencia de servicios de salud y la tortura como prácticas sistemáticas.

3.6.3. Tribunales constitucionales

- **España, Art. 25.2 CE**: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social.» Sin embargo, el **Tribunal Constitucional español (STC 25/1993)** interpretó esta cláusula no como un derecho subjetivo del preso a ser rehabilitado, sino como un **«mandato de orientación»** al legislador. La rehabilitación funciona así como una coartada retórica que legitima el encierro ante la opinión pública, eximiendo al Estado de la exigibilidad jurídica del resultado terapéutico.
- **Argentina, Art. 1 CP (Ley 24.660)**: La ejecución penal se orienta a la reinserción social. La ley establece la utilización de medios de tratamiento interdisciplinario. Sin embargo, la práctica penitenciaria argentina documenta reincidencia del 40-50%, prisión preventiva masiva y condiciones de hacinamiento extremo.

3.7. LA AUSENCIA DE RENDICIÓN DE CUENTAS COMO CONTRADICCIÓN CON EL ESTADO DE DERECHO

3.7.1. El Estado de Derecho exige verificación

AXIOMA ÉTICO: Un Estado de Derecho se define, entre otros rasgos, por la **sujeción del poder público al control jurídico y a la rendición de cuentas**. Toda intervención estatal que restringe derechos fundamentales debe ser: (a) legal, (b) proporcional, (c) necesaria, y (d) **sujeta a verificación de resultados**.

3.7.2. El sistema penal no se verifica

Del documento de referencia (Tratado de iatrogenia):

«Si un hospital tuviera una tasa de mortalidad o reingreso del 60%, sería clausurado. Las prisiones exhiben tasas de reincidencia del 40% al 70% y son recompensadas con más presupuesto y leyes más duras.»

Poder del Estado	Métrica actual (burocrática)	Métrica requerida (científica)	Brecha
Legislativo	# Leyes aprobadas, dureza de penas, «señal política»	Impacto en reincidencia a 3-5 años, salud mental, costo/beneficio, impacto familiar	Nula evaluación ex-ante/ex-post
Judicial	Tiempos procesales, % prisión preventiva, sentencias dictadas	Resultado a 3-5 años: reincidencia, empleo, vivienda, salud, vínculos del sentenciado	Ciego a consecuencias de sus decisiones
Penitenciario	Ocupación, incidentes, programas «ofertados», presupuesto ejecutado	Adherencia, dosis, respuesta terapéutica, transferencia post-liberación, iatrogenia, reincidencia ajustada por riesgo de entrada	Gestiona custodia, no rehabilitación

INTERPRETACIÓN: El sistema penal es el **único sector de la administración pública que no rinde cuentas por sus resultados**. No existe en la mayoría de los países un mecanismo institucionalizado de evaluación ex-post que mida si la inversión penitenciaria produjo los resultados declarados. Esta ausencia de rendición de cuentas no es un accidente; es una **condición funcional** que permite al sistema perpetuarse sin justificación empírica. Un Estado de Derecho que no verifica si sus intervenciones más gravosas (privación de libertad) producen los fines declarados (reinserción) está en contradicción con sus propios principios fundacionales.

3.7.3. La asimetría del riesgo para los decisores

Del documento de referencia (Tratado de iatrogenia):

«Para un juez, el costo político de liberar a alguien que reincide (visible, mediático, terminal para su carrera) es infinitamente mayor que el costo de mantener encarcelado a alguien que no habría reincidido (invisible, distribuido, no sancionado). Esto genera un sesgo sistémico hacia la sobre-restricción y el populismo punitivo.»

3.8. LA TENSIÓN ENTRE DECLARACIÓN Y PRÁCTICA: LA COARTADA RETÓRICA DE LA REHABILITACIÓN

3.8.1. Genealogía del discurso rehabilitador

Del documento de Genealogía:

Época / Agente	Discurso Oficial («Lo que se dice»)	Práctica Institucional («Lo que se hace»)	Brecha
Canónico (s. XII-XV)	*Medicina animae* / Conversión	Aislamiento, pan, agua, cadena, trabajo monástico	Alta
Casas Corrección (s. XVII-XVIII)	«Corrección moral por trabajo»	Trabajo forzado rentable, azotes, grilletes, hambre	Extrema
Ilustración (Beccaria, 1764)	«Pena proporcional, útil, disuasoria»	Prisión como «depósito», trabajo ocioso, corrupción	Media
Filadelfia / Auburn (s. XIX)	«Penitencia» / «Silencio + Trabajo»	Locura masiva, trabajo esclavo	Extrema
Positivista (1880s)	«Tratamiento científico del enfermo social»	Medidas indeterminadas, internamiento, Lombroso mide cráneos	Alta
Progresista EE.UU. (1900-1970)	«Rehabilitación individualizada»	*Indeterminate sentence*, *parole boards*, experimentos	Alta
«Nothing Works» (Martinson 1974)	«Nada funciona» → Giro punitivo	*Mandatory minimums*, *three strikes*, *supermax*	Cero: abandono
RNR / What Works (1990s-)	«Basado en evidencia»	90% presos sin acceso, discontinuidad post-liberación	Media
Actualidad	«Reinserción», «DD.HH.», «Reglas Mandela»	Prisión preventiva 40-60%, sobrepoblación 150-300%, tortura sistémica	**Máxima**

CONVERGENCIA: El discurso rehabilitador ha sido funcional a la legitimación de la prisión en cada época. Cuando la evidencia muestra fracaso, no se abandona la prisión; **se cambia la justificación** (rehabilitación → incapacitación → disuasión →

retribución → «seguridad ciudadana»). La prisión es inmune a la evidencia porque su función real no es la declarada.

3.8.2. El Informe Martinson (1974) y el colapso de la promesa rehabilitadora

EVIDENCIA: Robert Martinson analizó 231 programas de rehabilitación carcelaria y concluyó que *«con pocas excepciones, los esfuerzos rehabilitadores ensayados no han tenido un efecto apreciable en la reincidencia»*. El fracaso empírico de la rehabilitación carcelaria no llevó a abolir la prisión, sino a **abandonar el ideal rehabilitador** y sustituirlo por el encarcelamiento masivo neutralizador (*Just Deserts*, sentencias mínimas obligatorias, *Three Strikes*).

3.9. LA COLONIALIDAD DEL ENCIERRO Y LOS DERECHOS HUMANOS

3.9.1. La universalización de la prisión como imposición colonial

Del documento de Genealogía:

Potencia Colonial	Modelo Exportado	Regiones
Reino Unido	*Separate System* → Prison Act 1898	India, África, Caribe, Malaya
Francia	Code Pénal 1810 + Bagnes	Argelia, Indochina, África Occidental
España	Código Penal 1848/1870	Filipinas, Cuba, Puerto Rico
Portugal	Código 1852/1886	Angola, Mozambique, Brasil
Bélgica	Loi 1870	Congo
Japón (Imperio)	Prison Law 1908	Corea, Taiwán, Manchuria

INTERPRETACIÓN: La prisión global no es «convergencia funcional»; es **imposición colonial/neocolonial**. Las alternativas indígenas (restaurativas) fueron ilegalizadas, suprimidas o marginadas como «costumbristas» o «informales». Un sistema de derechos humanos que universaliza una tecnología de control impuesta por el colonialismo, mientras suprime las alternativas restaurativas de los pueblos colonizados, entra en contradicción con el principio de autodeterminación de los pueblos y con el reconocimiento de la diversidad cultural que el propio derecho internacional proclama.

3.9.2. La prisión como tecnología de control racial y económico

- **Wacquant (2009)**, *Punishing the Poor*: La prisión ha dejado de ser instrumento de disciplinamiento laboral y ha pasado a ser instrumento de **gestión de los excedentes poblacionales** que el mercado no puede absorber.
- **Davis (2003)**, *Are Prisons Obsolete?*: La privatización penitenciaria creó un **complejo industrial penitenciario** con interés directo en el crecimiento de la población carcelaria.
- **Alexander (2010)**, *The New Jim Crow*: El sistema funciona como mecanismo de **control racial** análogo a las leyes de segregación.

CONVERGENCIA: La evidencia de que el encierro masivo opera desproporcionadamente sobre poblaciones racializadas, empobrecidas y con patología psiquiátrica severa contradice el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación que el derecho internacional de los derechos humanos establece como norma imperativa (*ius cogens*).

3.10. SÍNTESIS CONVERGENTE DE LA CAPA 3

La filosofía política y penal demuestra que **ninguna de las tradiciones canónicas** que fundamentan el derecho penal moderno sostiene empíricamente que el encierro produce rehabilitación: Beccaria no la defendía, Bentham la subordinaba a la economía del castigo, Kant y Hegel la rechazaban explícitamente, Von Hirsch la excluye de su retribucionismo comunicativo, y la Escuela Positiva la declaró imposible para el «delincuente nato». La rehabilitación como justificación del encierro es una capa retórica tardía, del siglo XX, que no tiene fundamento en ninguna tradición filosófica rigurosa.

El derecho internacional de los derechos humanos establece la reinserción como fin declarado, la dignidad como condición mínima y la última ratio como principio de aplicación. La práctica sistemática del encierro masivo contradice **cada una de estas normas**: la reinserción no se produce (reincidencia 40-70%), la dignidad se viola sistemáticamente (sobrepoblación, tortura, aislamiento prolongado), y la última ratio se ha convertido en prima ratio (prisión preventiva 40-60% en América Latina).

La jurisprudencia internacional documenta que las condiciones reales del encierro constituyen **tratos inhumanos y degradantes** (TEDH, *Torreggiani*; Corte IDH, múltiples resoluciones). Los tribunales constitucionales han convertido las cláusulas de reinserción en «mandatos de orientación» no exigibles, blindando al sistema contra la rendición de cuentas.

Dos disciplinas independientes convergen en el mismo veredicto:

El encierro institucional masivo, tal como se practica globalmente, es contradictorio con los principios fundacionales del Estado de Derecho: contradice la libertad como derecho fundamental (al convertirla en concesión precaria condicionada a la obediencia), contradice la dignidad humana (al imponer condiciones de encierro que los tribunales internacionales califican como tratos inhumanos), contradice el principio de

proporcionalidad (al aplicar la prisión como primera respuesta, no como última), contradice el fin declarado de reinserción (al no producir rehabilitación medible), y contradice el principio de rendición de cuentas (al no evaluar sus resultados ni someterse a verificación empírica). Un Estado de Derecho que encarcela masivamente sin demostrar que el encierro produce los fines que declara perseguir está en contradicción consigo mismo.

La pregunta que esta capa responde queda contestada: **¿Es el encierro compatible con el Estado de Derecho?** Bajo las condiciones de aplicación predominantes —masividad, ausencia de verificación, condiciones inhumanas, inversión de la última ratio, ausencia de rendición de cuentas—, **no lo es**. La contradicción no es un fallo puntual; es estructural, constitutiva y documentada. La rehabilitación como justificación del encierro es una coartada retórica que ninguna tradición filosófica rigurosa sostiene y que la evidencia empírica ha refutado. El Estado de Derecho, para ser coherente consigo mismo, debe invertir la carga de la prueba: no corresponde preguntar «¿Por qué liberar a este preso?», sino exigir al Estado: «¿Cuál es la evidencia de que encarcelar a esta persona, con este perfil, en este régimen, produce mejor resultado que la alternativa comunitaria validada?» Si el Estado no puede responder con datos, la prisión es **arbitraria, desproporcionada y contraria al Estado de Derecho**.

CAPA 4: HISTORIA, ANTROPOLOGÍA Y CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN

«El encierro no es natural ni eterno»

4.0. PRINCIPIO EPISTEMOLÓGICO DE ESTA CAPA

Las Capas 1, 2 y 3 demostraron que el encierro **no funciona** (no reduce reincidencia, produce iatrogenia neurobiológica), que **es carísimo y desintegra** (costo social 3-10 veces superior a las alternativas, destrucción familiar y comunitaria), y que **es contradictorio** con los principios que el Estado de Derecho proclama como fundacionales. La Capa 4 responde a una pregunta de distinta naturaleza, pero estratégicamente decisiva: **¿El encierro masivo de larga duración es una respuesta natural, universal e inevitable de cualquier sociedad humana ante la transgresión?**

Si la respuesta fuera afirmativa, la crítica al encierro podría ser descartada como utopía: una sociedad que no encarcela sería una sociedad sin respuesta al delito. Pero si la respuesta es negativa —si la evidencia histórica y antropológica demuestra que el encierro es una invención reciente, culturalmente específica, impuesta por la violencia colonial y que la mayoría de las civilizaciones humanas gestionaron el daño mediante otros mecanismos—, entonces la crítica adquiere una fuerza demoledora: **lo que se presenta como necesidad natural es, en realidad, una tecnología contingente, históricamente datable y empíricamente sustituible.**

La Capa 4 se sostiene sobre tres pilares disciplinares independientes:

- **La historia del castigo**, que documenta la genealogía del encierro como invención moderna y su articulación con la economía política del capitalismo industrial.
- **La antropología jurídica**, que demuestra la no-universalidad del encierro y la existencia de sistemas alternativos de gestión del daño en múltiples civilizaciones.
- **Las ciencias de la educación y la criminología del desistimiento**, que identifican los factores que realmente producen el abandono sostenido de la conducta delictiva y que son exactamente los que la prisión destruye.

Regla de clasificación epistémica: Cada afirmación se clasifica como EVIDENCIA (fuente histórica primaria, documento jurídico, estudio antropológico), CONVERGENCIA (múltiples civilizaciones independientes con patrones consistentes) o INTERPRETACIÓN (análisis propio a partir de los datos).

4.1. HISTORIA DEL CASTIGO: LA GENEALOGÍA DEL ENCIERRO COMO INVENCIÓN RECIENTE

4.1.1. La tesis central: el encierro no fue pena durante la mayor parte de la historia

Del documento de referencia (Genealogía del encierro):

«Un error historiográfico frecuente consiste en proyectar la función actual de la prisión sobre todas las épocas anteriores. Los datos disponibles muestran que, durante la mayor parte de la historia jurídica occidental, el encierro no fue una pena en sí mismo, sino una medida de custodia preventiva o de contención temporal.»

«Carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet» (La cárcel debe servir para custodiar a los hombres, no para castigarlos). — Ulpiano, *Digesto* 48.19.8.9.

Esta cita es un dato de peso enorme: el propio derecho romano clásico distinguía conceptualmente, con precisión doctrinal, la custodia de la pena —distinción que el sistema penal moderno diluyó progresivamente al convertir el encierro en la pena misma.

4.1.2. Roma: la custodia y el destierro como penas principales

EVIDENCIA: El derecho romano conocía diversas formas de privación de libertad, pero ninguna funcionaba como pena principal autónoma en el sentido moderno. La *custodia publica* (carcer) era una medida preventiva: se encerraba al acusado mientras se esperaba el juicio o la ejecución. Las penas principales eran la muerte, la *deportatio* (expulsión perpetua con pérdida de ciudadanía y confiscación de bienes), la *relegatio* (expulsión temporal), los trabajos forzados en minas (*ad metalla*) y las multas [EVIDENCIA: Mommsen, 1899; Kelly, 1966; Cloud, 1989].

El *Carcer Tullianum* (Mamertino) era la única cárcel estatal en Roma, y su función era exclusivamente la custodia preventiva. El *ergastulum*, por su parte, era una institución privada para esclavos (*servi*), bajo el *ius vitae necisque* del *dominus* —no una pena pública [EVIDENCIA: Bradley, 1984].

Innovación cristiana (siglos IV-V): Constantino prohibió los *ergastula* privados (315 d.C.) y obligó a los obispos a visitar las cárceles. Con esta medida nace la «custodia caritativa»: el encierro como ocasión de conversión, un antecedente directo de la «prisión penitencial» que se desarrollará en la Edad Media [EVIDENCIA: Cloud, 1989].

4.1.3. El derecho germánico: la composición económica y la proscripción

EVIDENCIA: El derecho germánico altomedieval (los códigos visigótico, salico, burgundio, lombardo) operaba bajo una lógica radicalmente distinta a la romana y a la moderna. La respuesta principal al delito no era la privación de libertad, sino la **composición económica**: el *wergeld* (precio del hombre), una suma que el ofensor pagaba a la víctima o a su familia para evitar la vendetta (*faida*). El *Liber Iudiciorum* visigodo (654) y las leyes de Etelberto de Kent (c. 600) contienen tablas detalladas de compensaciones por cada tipo de lesión [EVIDENCIA: Brunner, 1964].

Cuando la composición no era posible o el delito era demasiado grave, el derecho germánico recurría a dos medidas: la muerte y la **proscripción** (*Friedlosigkeit*). La proscripción era una forma radical de destierro: el proscrito perdía toda protección jurídica; cualquiera podía matarlo sin consecuencias. Era una expulsión ontológica de la comunidad política —no solo del territorio, sino de la ley misma [EVIDENCIA: Brunner, 1964].

Ausencia de prisión: No se trataba de una «falta de infraestructura» material, sino de una concepción jurídica distinta: el delito era un conflicto interpersonal, no una ofensa al Estado. En este sistema, no había espacio conceptual para la privación de libertad como pena: el tiempo no era una mercancía susceptible de ser expropiada, y la comunidad no tenía infraestructura ni interés en mantener encerrado a nadie durante períodos prolongados.

4.1.4. El derecho canónico: la invención teológica de la prisión como penitencia

EVIDENCIA: El aporte del derecho canónico medieval a la historia del encierro es quizás el más subestimado por la historiografía secular, y sin embargo es constitutivo del modelo penitenciario moderno. La Iglesia medieval desarrolló la prisión eclesiástica como instrumento de penitencia: el objetivo del encierro del clérigo que había pecado era crear las condiciones para la contrición, la reflexión y la reconciliación con Dios [EVIDENCIA: Pugh, 1968; Geltner, 2008].

Fue Graciano (c. 1140) en su *Decretum* quien sistematizó la distinción entre *poena medicinalis* (pena medicinal, orientada a la enmienda) y *poena vindicativa* (pena vindicativa, orientada a la retribución). La prisión canónica era *medicinalis*: buscaba la *emendatio* (enmienda) del pecador. El Cuarto Concilio de Letrán (1215) impuso la

confesión anual obligatoria (*Omnis utriusque sexus*), consolidando la idea de que la transgresión requiere un proceso interior de examen y arrepentimiento [EVIDENCIA: Peters, 1985; Geltner, 2008].

INTERPRETACIÓN: La *medicina animae* (medicina del alma) no era puramente espiritual: incluía prácticas de ayuno, vigilia, trabajo manual y aislamiento que operaban sobre el cuerpo para producir transformación interior. La prisión eclesiástica era una **tecnología psicofísica de sometimiento**, no solo un retiro espiritual. Esta es la primera «prisión rehabilitadora» documentada en Occidente, y su lógica —el encierro como condición para la transformación interior— es el antecedente directo de la promesa rehabilitadora moderna.

4.1.5. Las cárceles municipales medievales: custodia y deuda

EVIDENCIA: Las ciudades medievales italianas, flamencas y alemanas desarrollaron cárceles municipales desde el siglo XII, pero su función principal seguía siendo la custodia preventiva y la contención de deudores. En los siglos XIII-XV, más del 60% de los presos en Florencia, Bolonia, París y Londres eran deudores (*captio debitoris*). La función de la prisión no era el castigo, sino la coacción para el pago (*contrainte par corps*), una herramienta crediticia al servicio de los acreedores. Las familias de los presos pagaban su manutención (*alimenta*), convirtiendo la prisión en un negocio privado donde el carcelero era un empresario que obtenía beneficios de los presos y sus familias [EVIDENCIA: Geltner, 2008].

4.1.6. Las casas de corrección del siglo XVII: la invención del trabajo forzado como pena

- **Rasphuis de Ámsterdam (1596):** Institución destinada a encerrar a vagabundos, mendigos y delincuentes menores, obligados a trabajar raspando madera de Brasil para la industria tintorera. Los regentes que administraban estas instituciones eran **comerciantes, no jueces**: la gestión empresarial de la marginalidad fue el origen de la prisión moderna [EVIDENCIA: Spierenburg, 1991; Schuurman, 1990].

- **Spinhuis (1597):** Casa de hilado para mujeres, dedicada al trabajo textil.

- **Expansión del modelo:** Hamburgo fundó su *Zuchthaus* en 1618, Bremen en 1609, Lübeck en 1613.

La justificación formal combinaba tres elementos: (1) la corrección moral del transgresor mediante el trabajo disciplinado; (2) la utilidad económica del trabajo forzado; (3) la protección de la sociedad mediante la contención de quienes perturbaban el orden público.

4.1.7. El «gran encierro» y la conexión protestante

EVIDENCIA: En 1656, Luis XIV fundó el *Hôpital Général* de París mediante el Edicto de abril de ese año. El objetivo declarado era el encierro de pobres, vagabundos, mendigos y desocupados de París. El edicto encerró a **1 de cada 100 parisinos** (6.000

de una población de 600.000). La población internada se dividía en tres tercios: pobres válidos, enfermos/locos, y «depravados». La justificación oficial era «orden público + caridad + corrección». La realidad era el control de revueltas de hambre (la Fronda de 1648-53 había demostrado la vulnerabilidad del régimen) [EVIDENCIA: Foucault, 1961; Jutte, 1994].

EVIDENCIA: La conexión protestante es fundamental: Lutero (Leisnig Ordinance, 1520s), Calvino (Ginebra, 1542), Isabel I (Poor Laws, 1576/1601). La prisión moderna es hija de la ética protestante del trabajo (Weber) y de la policía de la pobreza (Foucault/Ignatieff). **No surge del «derecho penal», sino de la política social.**

4.1.8. El transporte penal: el eslabón entre destierro y encierro

- **Inglaterra:** La *Transportation Act* de 1718 institucionalizó el destierro a Norteamérica. Tras la independencia estadounidense (1776), Inglaterra perdió su principal destino de destierro. La solución interina fueron los *hulks* (barcos prisión anclados en el Támesis), hasta la consolidación del destino australiano en 1788 [EVIDENCIA: Shaw, 1966; Ignatieff, 1978].

- **Australia:** Entre 1788 y 1868, aproximadamente **162.000 convictos** fueron transportados a las colonias australianas. El movimiento anti-transportación de las colonias forzó el fin del sistema en 1868. Es exactamente en la segunda mitad del siglo XIX cuando el sistema penitenciario doméstico británico se consolida definitivamente [EVIDENCIA: Shaw, 1966; Hughes, 1987].

- **Francia:** La deportación colonial (Guyana, Nueva Caledonia) funcionó como destierro moderno hasta mediados del siglo XX.

- **Rusia:** El destierro a Siberia fue pena principal desde el siglo XVII. La abolición formal del destierro siberiano en 1900 coincidió con la consolidación de la prisión moderna rusa [EVIDENCIA: Wood, 2016].

4.1.9. La economía política del tiempo abstracto: Pashukanis

EVIDENCIA: Evgeny Pashukanis (*Teoría general del derecho y marxismo*, 1924) formuló la tesis materialista que explica por qué la pena se mide en unidades de tiempo:

«La pena de prisión… no es sino una forma peculiar de indemnización por el daño causado, en la que la expropiación de una determinada cantidad de libertad del delincuente aparece como equivalente a la pérdida causada. Pero ¿cómo es posible que la libertad pueda ser medida y expresada en términos de tiempo? Esto solo es posible porque, en la sociedad burguesa, el tiempo de trabajo es la medida del valor, y porque el tiempo humano en general, como portador de trabajo, es el equivalente universal de todos los valores.»

4.1.10. La Ilustración y la fundación del derecho penal moderno

EVIDENCIA: Cesare Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1764) propuso la privación de libertad como pena principal porque satisfacía criterios de proporcionalidad, legalidad, reversibilidad y utilidad disuasoria. Sin embargo, Beccaria **no defendía la**

prisión como instrumento de rehabilitación. Su fin declarado era estrictamente preventivo: *«impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de cometer otros iguales»* (§ XII). Beccaria **odiaba la prisión perpetua** (la denominó «entierro vivo») y prefería el trabajo forzado público [EVIDENCIA: Beccaria, 1764; Maestro, 1973].

EVIDENCIA: Jeremy Bentham (*Panopticon*, 1791) incluyó explícitamente la «reformation» entre los objetos declarados del panóptico, pero su innovación más radical fue la **concesión privada**: el Estado pagaría *per capita* al contratista. Bentham mismo aspiraba a serlo. La prisión como negocio es el antecedente directo de las *private prisons* del siglo XXI [EVIDENCIA: Bentham, 1791; Semple, 1993].

EVIDENCIA: Kant y Hegel **rechazaron explícitamente la rehabilitación** como fin de la pena. Kant: *«el hombre no puede ser utilizado como un medio para los fines de otro»*. Hegel: *«La pena es el derecho del criminal. Al castigarlo, se lo honra como ser racional»* [EVIDENCIA: Kant, 1797; Hegel, 1821].

4.2. ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: LA NO-UNIVERSALIDAD DEL ENCIERRO

4.2.1. La tesis central

Del documento de referencia (Genealogía del encierro):

«Un sesgo eurocéntrico frecuente es asumir que la prisión es la respuesta "natural" o inevitable de cualquier sociedad compleja ante el delito. La antropología jurídica y la historia comparada demuestran que el encierro masivo de larga duración es una excepción histórica y geográfica. La universalización de la prisión no es una evolución natural de la justicia humana, sino la difusión de una tecnología específica del colonialismo europeo y del capitalismo industrial mediante la dominación imperial.»

4.2.2. Tabla comparativa de tradiciones no occidentales

Sociedad / Sistema	Respuesta Principal al Daño	Lógica	Fuente
Māori (Aotearoa/NZ)	Whānau, Hapū, Iwi → Hui, Muru (compensación), Utu (restitución)	Restauración de la armonía (*mana*), reparación a víctima, reintegración ofensor	Mikaere (2011), Tauri (2016)
Navajo (Diné, EE.UU.)	Peacemaking (*Hozhooji Naat'aanii*) → Diálogo circular, restitución	Restauración de *Hózhó* (equilibrio/belleza), no castigo	Yazzie (1994), Zion (1998)
Ruanda (Post-1994)	Gacaca (comunidad juzga, confiesa, repara, reintegra)	Verdad + Reparación + Reconciliación masiva (1M+ casos)	Clark (2010)

Canadá (First Nations)	Sentencing Circles → Juez + comunidad + víctima + ofensor	Sanación comunitaria, plan de vida, no aislamiento	Stuart (1996)
África Subsahariana (Ubuntu)	Ubuntu justice → *«Umuntu ngumuntu ngabantu»*	Reparación relacional, el daño rompe la red, la justicia la teje	Mbiti (1969), Tutu (1999)
Islam (Sharia)	Qisas, Diyya (indemnización), Tazir, Sulh (conciliación)	Derecho de la víctima + Interés público + Paz social	Kamali (1998), Hallaq (2009)
China Imperial (Tang-Song-Ming-Qing)	Cinco Penas (azotes, bastón, destierro, muerte) + Compensación	Orden cósmico (*Li*), restitución + corrección moral	Jones (1999), Chen (2013)
Japón (Edo/Meiji)	Ie (casa/linaje) responsabilidad colectiva → Gonin-gumi	Responsabilidad colectiva, reintegración vía vergüenza (*haji*)	Haley (1991), Foote (1996)

CONVERGENCIA: El encierro prolongado en jaulas es una **anomalía histórica y cultural**. La norma antropológica en múltiples civilizaciones es la restitución, la restauración relacional, la reintegración y la vergüenza reintegrativa (Braithwaite). La prisión moderna es una invención occidental colonial, no una evolución natural de la justicia humana.

4.2.3. China imperial: el sistema de las Cinco Penas

EVIDENCIA: El derecho penal chino imperial, codificado en el Código Tang (653 d.C.), organizaba las penas en cinco categorías graduadas: *Chi* (azotes ligeros), *Zhang* (azotes pesados), *Tu* (servidumbre penal temporal, 1-3 años), *Liu* (exilio a distancias graduadas, 2.000-3.000 li), *Si* (pena de muerte). La cárcel (*Jianyu*) existía exclusivamente como lugar de detención preventiva. El confinamiento celular en sí mismo **jamás fue concebido como pena retributiva o correccional** en el derecho dinástico chino [EVIDENCIA: Johnson, 1997; MacCormack, 1996; Dikötter, 2002].

La occidentalización forzada (1902-1910): el jurista Shen Jiaben lideró la modernización penal bajo la presión de las potencias occidentales. El Código Penal de la Gran Dinastía Qing (1910) adoptó el modelo penitenciario japonés-occidental, sustituyendo los azotes y el destierro por la privación de libertad graduada en años.

4.2.4. El derecho islámico clásico: la marginalidad del Habs

EVIDENCIA: Como documentan Al-Mawardi e Ibn Qayyim al-Jawziyya, el encierro no era una pena aflictiva estándar. Se limitaba a: detención preventiva para investigación (*habs al-tuhma*), coacción civil para obligar al deudor solvente a pagar (*habs al-*

madin), y detención indeterminada reservada exclusivamente para infractores incorregibles hasta que mostraran arrepentimiento (*tawba*). La privación de libertad prolongada no forma parte de las penas *hudud* clásicas [EVIDENCIA: Peters, 2005; El-Awa, 1982].

La colonización penal: La prisión moderna fue introducida en el mundo islámico mediante la codificación napoleónica (Código Penal Otomano de 1858) y la administración colonial británica y francesa en el siglo XIX, desmantelando los sistemas de restitución de la *Diya*.

4.2.5. África precolonial: restitución comunitaria

EVIDENCIA: La antropología jurídica africana muestra una notable diversidad de mecanismos de resolución de la transgresión que, en su gran mayoría, no incluían el encierro prolongado como respuesta institucional. Los sistemas jurídicos de los reinos de África occidental (Mali, Songhai, Ashanti) operaban mediante compensación material al linaje de la víctima, destierro o rituales de reintegración comunitaria. El encarcelamiento como castigo era desconocido antes de la colonización europea [EVIDENCIA: Elias, 1956; Bernault, 2007].

En el sur de África, la filosofía Ubuntu (*«I soy porque somos»*) hacía incompatible la privación de libertad con la concepción comunitaria de la persona. El daño rompía la red comunitaria, y la justicia consistía en tejerla de nuevo mediante la reparación y la reconciliación, no en aislar al ofensor.

4.2.6. Pueblos originarios de las Américas

EVIDENCIA: En el Tawantinsuyu (Inca) y la Triple Alianza (Azteca), las penas principales eran la muerte, el trabajo obligatorio (*mita*), las multas y el destierro. Las estructuras de confinamiento eran cárceles señoriales de custodia preventiva, no instituciones de castigo temporal [EVIDENCIA: Rostworowski, 1999; Soustelle, 1955].

El sistema jurídico mapuche tradicional (*Az Mapu*) contemplaba la compensación material a la familia ofendida, el *pichi ñewen* (trabajo compensatorio) y, en casos extremos, la exclusión de la comunidad —pero no el encierro institucional prolongado, que es una institución introducida por completo con la colonización.

4.2.7. India: el sistema colonial británico

EVIDENCIA: El derecho hindú clásico (Manusmṛti, Arthashastra) contemplaba multas, mutilación y destierro con confiscación de bienes. Las prisiones (*bandhana-griha*) eran para retener acusados, no para castigarlos. El sistema penitenciario indio moderno es un producto casi puro de la administración colonial británica: el *Prisons Act* de 1894, todavía vigente en su estructura básica en la India independiente, y el sistema de «clases» penitenciarias diferenciadas según origen social del preso [EVIDENCIA: Kane, 1930-1962; Olivelle, 2013].

4.2.8. Japón: transferencia institucional deliberada

EVIDENCIA: El Japón Tokugawa (1603-1868) operó bajo un sistema que incluía penas corporales, destierro (*tsuihō*), trabajos forzados, y la responsabilidad colectiva familiar y comunitaria (*gonin-gumi*). Las prisiones (*roya*) estaban diseñadas más para degradación y contención temporal que para reforma o pena larga [EVIDENCIA: Botsman, 2005].

El cambio hacia la prisión moderna en Japón es un caso de estudio particularmente valioso porque es un ejemplo de **transferencia institucional consciente y deliberada**: tras la Restauración Meiji (1868), Japón envió misiones específicas a Europa y Estados Unidos (incluida la Misión Iwakura, 1871-73) para estudiar sistemas penitenciarios occidentales, y adoptó el Código Penal de 1880 (fuertemente influido por el modelo francés, a través del jurista Gustave Boissonade, contratado directamente por el gobierno japonés). La abolición de los tratados desiguales estaba condicionada a que Japón demostrara tener un sistema legal «civilizado» según estándares occidentales [EVIDENCIA: Botsman, 2005].

4.3. LA EXPORTACIÓN COLONIAL DEL MODELO PENITENCIARIO

4.3.1. La universalización como imposición

Del documento de referencia (Genealogía del encierro):

«La universalización de la prisión no es un triunfo de la civilización o los derechos humanos, sino el resultado de la imposición colonial. El sistema penitenciario moderno se exportó a todo el mundo mediante la dominación imperial, y los Estados postcoloniales conservaron en gran medida los códigos penales coloniales sin transformación sustantiva.»

Potencia Colonial	Modelo Exportado	Regiones
Reino Unido	*Separate System* → Prison Act 1898	India, África, Caribe, Malaya
Francia	Code Pénal 1810 + Bagnes coloniales	Argelia, Indochina, África Occidental
España	Código Penal 1848/1870	Filipinas, Cuba, Puerto Rico
Portugal	Código 1852/1886	Angola, Mozambique, Brasil
Bélgica	Loi 1870	Congo
Japón (Imperio)	Prison Law 1908	Corea, Taiwán, Manchuria

EVIDENCIA: En África, el 80% de las cárceles fueron construidas por las administraciones coloniales no para castigar delitos comunes, sino para sofocar rebeliones políticas, forzar el trabajo y controlar poblaciones indígenas [EVIDENCIA: Bernault, 2007].

INTERPRETACIÓN: La prisión global no es «convergencia funcional»; es **imposición colonial/neocolonial**. Las alternativas indígenas (restaurativas) fueron ilegalizadas, suprimidas o marginadas como «costumbristas» o «informales». Un sistema de derechos humanos que universaliza una tecnología de control impuesta por el colonialismo, mientras suprime las alternativas restaurativas de los pueblos colonizados, entra en contradicción con el principio de autodeterminación de los pueblos.

4.4. CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN Y CRIMINOLOGÍA DEL DESISTIMIENTO: LOS FACTORES QUE SÍ DETIENEN EL DELITO

4.4.1. El desistimiento delictivo: evidencia longitudinal

- **Sampson y Laub (2003)**, *Shared Beginnings, Divergent Lives*, Harvard University Press. Seguimiento longitudinal de **70 años** de una cohorte de hombres con historial delictivo temprano. Los «turning points» del desistimiento son **vinculares y estructurales**: pareja estable, empleo, paternidad/maternidad activa, reconexión comunitaria. **Ninguno de estos factores puede construirse dentro de una institución de encierro.**

- **Maruna (2001)**, *Making Good*, APA. La identidad prosocial se construye mediante narrativas de agencia y pertenencia comunitaria, no mediante la sumisión institucional.

- **Farrall (2002, actualizaciones 2019)**. La relación de supervisión (probation) es el mecanismo activo del cambio, no la vigilancia ni el castigo.

CONVERGENCIA: La criminología del desistimiento confirma, por una vía independiente, lo que la criminología experimental muestra por otra (Capa 1): los factores que detienen el delito son exactamente los que la prisión destruye (vínculos, empleo, comunidad, agencia).

4.4.2. La educación como factor de desistimiento

- La **Teoría del Aprendizaje Transformativo** (Mezirow, 1991) establece que el cambio de perspectiva requiere diálogo, reflexión crítica y ausencia de coerción. El encierro coercitivo es incompatible con estos requisitos.
- Los programas educativos intramuros tienen efecto modesto y **dependiente de continuidad post-liberación**: sin puente comunitario, las habilidades adquiridas en contexto artificial no se transfieren.
- La **APAC (Brasil)**: metodología educativa de autogestión. Reincidencia 10-15% vs. 60-70% del sistema regular. El método se basa en trabajo, estudio, familia, fe ecuménica y autogestión —todos factores comunitarios y vinculares, no carcelarios.

4.4.3. La vergüenza reintegrativa vs. el estigma carcelario

EVIDENCIA: John Braithwaite (*Crime, Shame and Reintegration*, 1989) distinguió entre:

- **Vergüenza reintegrativa**: la comunidad confronta el daño, exige reparación activa y ejecuta rituales públicos de perdón y reincorporación, evitando la estigmatización permanente del sujeto.
- **Vergüenza desintegrativa (estigma)**: el sistema penal marca al ofensor como «delincuente» de forma permanente, excluyéndolo de la comunidad y empujándolo hacia la identidad criminal.

4.5. MODELOS CONTEMPORÁNEOS DE DESCARCELIZACIÓN: EVIDENCIA DE VIABILIDAD

4.5.1. Tabla de modelos con evidencia

Modelo	País	Evidencia de resultado	Fuente clave
Descarcelización sostenida (1950-2000)	Finlandia	Tasa: 200/100k → 50/100k. **El crimen no subió.**	Lappi-Seppälä (2007, 2011)
Principio de normalidad	Noruega	Reincidencia 18-20% a 2 años. <0,5% fugas.	Norwegian Correctional Service; Ugelvik (2014)
Prisión abierta (Offener Vollzug)	Alemania	30% presos en régimen abierto. Reincidencia ~30-40% vs 50% cerradas.	§ 11 StVollzG; Dünkel (2019)
APAC	Brasil (1972+)	Reincidencia 10-15% vs 60-70% sistema regular. 50+ unidades, 4.000 plazas. Costo 1/3.	Informes APAC; De Oliveira (2015)
Family Group Conferences	Nueva Zelanda (1989)	70% de casos desviados del tribunal. Satisfacción víctima 90%.	Children, Young Persons Act 1989
Justice Reinvestment	EE.UU. (Texas, 2007)	Cierre de 3 prisiones. Ahorro $2.000 millones. Crimen ↓ 25%.	Council of State Governments Justice Center
Gacaca	Ruanda (2001-2012)	12.000 tribunales comunitarios. 1,2 millones de casos. Reincidencia < 5%. Costo 1/10 de la prisión.	Clark (2010); Penal Reform International
Drug Courts	EE.UU.,	Gradación 70%. Reincidencia	Mitchell et al.

	Canadá, Australia	11-20%. Costo $5.000-$8.000/participante.	(2012), Campbell
ACT Forense	Reino Unido, EE.UU.	↓ Hospitalización 70%. ↓ Días prisión 50%.	Cuddeback et al. (2016)
Monitoreo electrónico sustitutivo	Argentina, Francia, Suecia	Reincidencia 13% vs 22% prisión. Mejor salud mental, empleo, vínculos.	Di Tella & Schargrodsky (2013)

4.5.2. El caso finlandés: la prueba de que la descarcelización sostenida es posible

El resultado: **la criminalidad no aumentó**. La tasa de delitos violentos y patrimoniales siguió las mismas tendencias que en países vecinos que mantuvieron tasas de encarcelamiento más altas.

INTERPRETACIÓN: La descarcelización no es una utopía: es una política pública implementada con éxito durante siete décadas. La pregunta no es si es posible, sino por qué no se ha replicado. La respuesta está en las barreras políticas, no en las técnicas (Capa 2).

4.5.3. La falacia del «modelo nórdico» (Halden)

Del documento de referencia (Genealogía del encierro):

«Frecuentemente se cita a prisiones como Halden (Noruega) para argumentar que la prisión "puede" rehabilitar. Esta lectura es epistémicamente defectuosa. Halden es una anomalía estructural (ratio personal-interno de 1:3, ausencia de rejas interiores, contacto familiar sin barreras, salario de mercado) que funciona a pesar de llamarse prisión, operando bajo la lógica de la libertad supervisada. Aun así, los estudios cualitativos muestran que los internos siguen reportando los "dolores del encarcelamiento" (pérdida de autonomía, separación). Además, su costo por plaza es astronómico, refutando la idea de que la prisión rehabilitadora sea económicamente viable o escalable a nivel global.»

4.6. LAS TRES FALACIAS DEL DISCURSO PENAL

Del documento de referencia (Genealogía del encierro), la genealogía recorrida permite identificar tres falacias fundamentales que estructuran el discurso penal contemporáneo:

4.6.1. La falacia de la continuidad histórica

«Siempre se ha encarcelado a los delincuentes.»

Realidad: El encierro masivo de larga duración es una invención reciente (siglos XVIII-XIX), específica de Occidente, y universalizada por la violencia colonial. La mayor parte de la historia humana gestionó el daño mediante restitución, mediación o destierro. La evidencia comparada global demuestra que la prisión no es una

institución natural ni eterna, sino una tecnología contingente, históricamente reciente y culturalmente específica.

4.6.2. La falacia de la rehabilitación inherente

«La prisión rehabilita o tiene potencial rehabilitador.»

Realidad: La justificación rehabilitadora es tardía (siglo XX), retórica, y ha sido sistemáticamente refutada por la evidencia empírica (Capas 1 y 2). El encierro estándar destruye las condiciones neurobiológicas y vinculares necesarias para el cambio, produciendo iatrogenia y prisonización. Como documentó Martinson (1974) y confirman los meta-análisis posteriores, la prisión no reduce la reincidencia; a menudo la aumenta.

4.6.3. La falacia de la inevitabilidad institucional

«Sin prisiones, no hay cómo responder al delito grave.»

Realidad: Existe un abanico probado de alternativas comunitarias (justicia restaurativa, MST, monitoreo electrónico, ACT Forense, APAC, Gacaca, Family Group Conferences) que producen mejores resultados en reincidencia, salud mental, preservación vincular y costo-efectividad. La evidencia empírica demuestra que el tratamiento en comunidad es sistemáticamente superior al tratamiento intramuros.

4.7. LA TABLA GENEALÓGICA DEL DISCURSO REHABILITADOR: DISCURSO VS. PRÁCTICA

Del documento de referencia (Genealogía del encierro), la tabla siguiente sintetiza la disociación estructural entre el discurso rehabilitador y la práctica institucional a lo largo de la historia:

Época / Agente	Discurso Oficial («Lo que se dice»)	Práctica Institucional («Lo que se hace»)	Brecha
Canónico (s. XII-XV)	*Medicina animae* / Conversión	Aislamiento, pan, agua, cadena, trabajo monástico	Alta
Casas Corrección (s. XVII-XVIII)	«Corrección moral por trabajo»	Trabajo forzado rentable, azotes, grilletes, hambre	Extrema
Ilustración (Beccaria, 1764)	«Pena proporcional, útil, disuasoria»	Prisión como «depósito», trabajo ocioso, corrupción	Media
Filadelfia / Auburn (s. XIX)	«Penitencia» / «Silencio + Trabajo»	Locura masiva (Eastern State), trabajo esclavo (Auburn)	Extrema
Positivista (1880s)	«Tratamiento científico del enfermo	Medidas indeterminadas, internamiento, Lombroso	Alta

	social»	mide cráneos	
Progresista EE.UU. (1900-1970)	«Rehabilitación individualizada»	*Indeterminate sentence*, *parole boards*, experimentos	Alta
«Nothing Works» (Martinson 1974)	«Nada funciona» → Giro punitivo	*Mandatory minimums*, *three strikes*, *supermax*	Cero: abandono
RNR / What Works (1990s-)	«Basado en evidencia»	90% presos sin acceso, discontinuidad post-liberación	Media
Actualidad	«Reinserción», «DD.HH.», «Reglas Mandela»	Prisión preventiva 40-60%, sobrepoblación 150-300%, tortura sistémica	**Máxima**

CONVERGENCIA: El discurso rehabilitador ha sido funcional a la legitimación de la prisión en cada época. Cuando la evidencia muestra fracaso, no se abandona la prisión; **se cambia la justificación** (rehabilitación → incapacitación → disuasión → retribución → «seguridad ciudadana»). La prisión es inmune a la evidencia porque su función real no es la declarada.

4.8. LAS CINCO TESIS GENEALÓGICAS DEMOSTRADAS

Del documento de referencia (Genealogía del encierro), la síntesis final de la genealogía permite formular cinco tesis demostradas:

1. **La prisión no nació para rehabilitar, sino para disciplinar la pobreza y controlar el territorio.** Su origen está en las casas de corrección y los hospitales generales, no en el derecho penal.

2. **El discurso rehabilitador es funcionalmente necesario para legitimar la coerción en Estados liberales.** Sin la promesa de reinserción, la privación de libertad sería difícilmente justificable ante una opinión pública que valora los derechos humanos.

3. **La distinción Pena / Medida de Seguridad permite la prisión indeterminada bajo disfraz de «tratamiento».** La peligrosidad es un concepto circular que ha servido para encierros indefinidos sin control judicial.

4. **La exportación colonial globalizó un modelo culturalmente inadecuado y estructuralmente iatrogénico.** La prisión moderna fue impuesta, no adoptada voluntariamente, y las alternativas indígenas fueron suprimidas.

5. **La evidencia empírica actual (reincidencia, salud mental, costo, daño familiar) contradice frontalmente las cinco justificaciones canónicas**

(retribución, disuasión, incapacitación, rehabilitación, refuerzo normativo). Ninguna de las justificaciones tradicionales resiste el escrutinio de los datos.

4.9. SÍNTESIS CONVERGENTE DE LA CAPA 4

La historia demuestra, con fuentes primarias de múltiples civilizaciones y períodos, que el encierro masivo de larga duración es una **invención reciente** (siglos XVIII-XIX), vinculada a la teología penitencial cristiana, la economía política del capitalismo mercantilista, la cuantificación del tiempo abstracto y la disciplina de la mano de obra industrial. Durante la mayor parte de la historia jurídica occidental, el encierro fue custodia preventiva, no pena. La máxima de Ulpiano (*Carcer ad continendos homines, non ad puniendos*) rigió durante dos milenios antes de la invención de la prisión penal.

La antropología jurídica demuestra, con evidencia de civilizaciones independientes entre sí (China imperial, derecho islámico, África precolonial, pueblos originarios de las Américas, India, Japón, Māori, Navajo), que la **norma antropológica** en la gestión del daño es la restitución, la restauración relacional, la reintegración y la vergüenza reintegrativa. El encierro prolongado en jaulas es una anomalía histórica y cultural. La universalización de la prisión no es convergencia funcional; es imposición colonial/neocolonial.

Las ciencias de la educación y la criminología del desistimiento demuestran que los factores que realmente detienen el delito son **vinculares, estructurales y comunitarios** (pareja, empleo, paternidad/maternidad, reconexión comunitaria, educación, reparación), y que ninguno de estos factores puede construirse dentro de una institución de encierro. Los modelos contemporáneos de descarcelización (Finlandia, Noruega, APAC, Gacaca, Family Group Conferences, Justice Reinvestment) demuestran que la alternativa es viable, medible y superior en resultados.

Tres disciplinas independientes convergen en el mismo veredicto:

El encierro masivo de larga duración no es una respuesta natural, universal ni inevitable de las sociedades humanas ante la transgresión. Es una tecnología específica, históricamente reciente (siglos XVIII-XIX), culturalmente occidental, impuesta globalmente por la violencia colonial, vinculada a la economía política del capitalismo industrial y a la gestión de la pobreza, y empíricamente fallida en todos los indicadores que dice satisfacer. La mayoría de las civilizaciones humanas gestionaron el daño mediante restitución, mediación, reintegración y vergüenza reintegrativa. Las alternativas contemporáneas demuestran que la descarcelización no es una utopía: es una política pública implementada con éxito en múltiples jurisdicciones, con resultados superiores en reincidencia, salud mental, preservación vincular y costo-efectividad.

La pregunta que esta capa responde queda contestada: **¿El encierro es natural, universal e inevitable?** No. Es una invención reciente, culturalmente específica, impuesta por la violencia colonial y empíricamente sustituible. La prisión no es el destino de la humanidad; es una tecnología fallida que puede y debe ser sustituida.

La carga de la prueba se ha invertido completamente. Ya no corresponde preguntar: «¿Qué hacemos si no hay prisión?» Corresponde exigir al Estado: «¿Por qué sigue

utilizando una tecnología que la historia demuestra contingente, que la antropología demuestra no universal, que la criminología demuestra ineficaz, que la economía demuestra carísima, que la neurociencia demuestra iatrogénica, que la filosofía demuestra contradictoria con sus propios principios, y que los derechos humanos internacionales declaran incompatible con la dignidad —cuando existen alternativas probadas que son simultáneamente más baratas, más efectivas, más justas y más humanas?»

4.10. AXIOMA GENEALÓGICO FINAL

Del documento de referencia (Genealogía del encierro):

«La distancia entre la justificación declarada del encierro (rehabilitación, disuasión, justicia) y su efecto documentado (criminogénesis, iatrogenia, daño familiar, costo social) no es un "fallo de implementación", sino la huella histórica de su función real: la gestión política de la desigualdad y la legitimación del monopolio de la violencia estatal. Cualquier teoría del castigo que ignore esta genealogía está condenada a repetir la ficción rehabilitadora.»

CONCLUSIÓN FINAL

La evidencia ha hablado. La conclusión se impone.

Diez disciplinas independientes —criminología experimental, neurociencia, psiquiatría, psicología clínica, economía, sociología, filosofía política, derecho internacional de los derechos humanos, historia y antropología jurídica—, con métodos distintos, instrumentos distintos y tradiciones epistémicas distintas, han convergido en un mismo hallazgo. No es una opinión. No es una preferencia ideológica. No es una interpretación discutible. Es el resultado de décadas de meta-análisis, ensayos controlados, estudios longitudinales y evidencia comparada global.

La privación institucional de libertad es incompatible con la rehabilitación.

No es que la prisión "dificulte" la rehabilitación. No es que "podría funcionar si se mejora". No es que "a veces falla". La evidencia demuestra que el encierro institucional, por su estructura —coerción asimétrica, ruptura forzada de vínculos de apego, ambiente de amenaza crónica, supresión de agencia, castigo de la fluctuación terapéutica necesaria— destruye las condiciones neurobiológicas, psicológicas y vinculares que la ciencia ha identificado como necesarias para el cambio conductual sostenido. La alianza terapéutica, la co-regulación, la seguridad ontológica, la validez ecológica del aprendizaje y la preservación del capital vincular no son lujos terapéuticos: son condiciones de frontera sin las cuales la plasticidad neural no se activa y el cambio no ocurre. El encierro las elimina sistemáticamente.

La criminología experimental lo confirma con datos que no admiten interpretación alternativa: el encierro no reduce la reincidencia comparado con sanciones comunitarias equivalentes; en la mayoría de los perfiles, la aumenta. El tratamiento en comunidad duplica la eficacia del mismo tratamiento aplicado intramuros. Las penas cortas de prisión son puramente criminogénicas. La mortalidad post-liberación se multiplica entre 12 y 40 veces en la primera semana. El deterioro neurocognitivo equivale a una década de envejecimiento cerebral. Los hijos de personas encarceladas tienen entre 2,5 y 3 veces más probabilidades de criminalización futura. El Estado, mediante el encierro, produce activamente las condiciones que reproducen el problema que dice combatir.

Ninguna de las justificaciones históricas del encierro resiste el escrutinio de estos datos. Ni la retribución, ni la disuasión, ni la incapacitación, ni la rehabilitación, ni el refuerzo normativo encuentran en la evidencia empírica el respaldo que el discurso oficial les atribuye. La promesa rehabilitadora ha sido, en cada época, una coartada retórica que legitima la coerción sin demostrar su eficacia. La distancia entre la justificación declarada y el efecto documentado no es un fallo de implementación: es la huella estructural de una tecnología que no fue diseñada para rehabilitar, sino para disciplinar, controlar y gestionar la marginalidad.

La consecuencia que se deriva de la evidencia

Si la privación de libertad es incompatible con la rehabilitación, entonces la privación de libertad no puede ser el instrumento ordinario de la respuesta penal. La consecuencia no es una propuesta política: es una derivación lógica de los datos.

La privación de libertad queda reducida a la condición excepcional, científicamente justificada, reservada exclusivamente a la minoría de casos en los que se demuestre una peligrosidad social máxima, inminente e inmanejable por cualquier otro medio.

Esta minoría —que la evidencia sitúa en torno al 5-15% de la población actualmente encarcelada— comprende aquellos perfiles en los que el riesgo de violencia física grave, letal e incontrolable hacia terceros no puede ser gestionado mediante ninguna intervención comunitaria, domiciliaria o residencial abierta. Solo en estos casos, y solo mientras persista esa condición de riesgo demostrada, la privación de libertad tiene una justificación que no sea la rehabilitación —que, como se ha demostrado, no puede producir— sino la contención del daño inminente.

Para esta minoría excepcional, el encierro debe diseñarse con un único objetivo: **minimizar la iatrogenia que la ciencia ha demostrado que el encierro produce.** Esto significa:

- Entornos que reduzcan al máximo la coerción asimétrica, la amenaza crónica y la ruptura vincular.
- Personal predominantemente clínico, no custodial.

- Preservación del contacto familiar y comunitario en la mayor medida compatible con la seguridad.
- Ausencia de aislamiento prolongado, que la evidencia identifica como el factor de mayor daño medible.
- Acceso a tratamiento específico adaptado al perfil.
- **Evaluación periódica obligatoria** de si persiste la condición de peligrosidad que justificó la privación de libertad, con el objetivo explícito de determinar la posibilidad de descarcelización y tránsito hacia regímenes de menor restricción.

La privación de libertad, incluso en esta minoría, no es una pena que se cumple por el transcurso del tiempo. Es una medida de contención cuya duración está condicionada a la persistencia demostrada del riesgo que la justificó. Cuando el riesgo cesa, la privación de libertad carece de fundamento y debe cesar.

Para el resto: rehabilitación sin privación de libertad

Para la inmensa mayoría de las personas condenadas —más del 85% de la población actualmente encarcelada—, la evidencia demuestra que la respuesta compatible con la rehabilitación, la seguridad pública, la preservación vincular y la eficiencia económica es el **tratamiento en condiciones de no privación de libertad.**

Esto no es una concesión. No es una alternativa "blanda". Es la única intervención que la ciencia identifica como capaz de producir el cambio conductual sostenido, porque preserva las condiciones de frontera que la rehabilitación exige: co-regulación vincular, validez ecológica del aprendizaje, agencia, continuidad relacional y exposición al contexto real donde las conductas prosociales deben aplicarse.

La condena se cumple. La responsabilidad se exige. La reparación a la víctima se garantiza. La supervisión se mantiene. El tratamiento se impone. Pero todo ello ocurre en el entorno donde el cambio es neurobiológicamente posible: la comunidad, la familia, el trabajo, la red vincular.

La justicia restaurativa, el tratamiento comunitario intensivo, la supervisión estructurada, la prisión domiciliaria con monitoreo, las unidades residenciales terapéuticas no penitenciarias y las intervenciones específicas basadas en evidencia (DBT, MBT, MST, ACT Forense, tratamiento agonista, RNR) constituyen el catálogo de respuestas disponibles, con evidencia de superioridad sobre el encierro en reincidencia, salud mental, preservación familiar y costo.

Cierre

La evidencia no deja espacio para la ambigüedad. No deja espacio para la dilución. No deja espacio para la promesa de que "esta vez la prisión sí funcionará". Ha funcionado

el tiempo suficiente para demostrar que no funciona. Los datos están. Las disciplinas han hablado. La convergencia es total.

La privación de libertad es una tecnología iatrogénica. Su uso ordinario es incompatible con la rehabilitación, con los derechos humanos, con la eficiencia económica y con la seguridad pública que dice garantizar. Su uso excepcional, para la minoría de máxima peligrosidad, debe estar científicamente justificado, diseñado para minimizar el daño que inevitablemente produce, y sujeto a evaluación periódica que determine cuándo deja de ser necesario.

Para todos los demás, la rehabilitación ocurre en libertad. Porque la libertad y el vínculo no son premios a la buena conducta. Son las condiciones biológicas sin las cuales la mente humana no puede cambiar.

Fin del Informe de Convergencia Científica.

LA ASIMETRÍA ESTRUCTURAL DEL DERECHO PENAL: LA IMPUNIDAD EPISTÉMICA DEL ESTADO Y LA NECESIDAD DE TIPIFICAR LA IATROGENIA INSTITUCIONAL

PREÁMBULO

El presente tratado constituye una demostración sistemática y exhaustiva de una tesis que se inscribe en la tradición más rigurosa de la criminología crítica, la zemiología, la epistemología jurídica, la teoría del crimen de Estado y la economía política del derecho: **el sistema penal contemporáneo opera como un mecanismo asimétrico de control social que criminaliza selectivamente las conductas de los gobernados mientras blinda estructuralmente las conductas iatrogénicas de los gobernantes**.

Esta asimetría no es un defecto accidental del sistema, sino su rasgo constitutivo, heredado de la inmunidad soberana medieval y funcional a la gestión de poblaciones excedentes en el capitalismo tardío. El sistema penal exige al ciudadano común estándares de previsibilidad, prudencia, responsabilidad objetiva por el riesgo creado y sujeción a la ciencia contemporánea, mientras que el propio aparato estatal —Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial— opera bajo una **inmunidad epistémica, civil y penal auto-otorgada**.

La **impunidad estatal no es un vacío legal, es una arquitectura dogmática completa**: 1. **Diseño del Tipo Penal:** Excluye la violencia burocrática/estructural (*actus reus* inadecuado). 2. **Estándar Epistémico:** Exime al juez/legislador de la *lex artis* científica (*Daubert*) que exige al médico/perito. 3. **Economía de Incentivos:** *Public Choice* garantiza inflación punitiva (beneficio político concentrado, costo social

difuso). 4. **Blindaje Procesal:** Monopolio de la acción penal (Fiscal) + Inmunidades + Fueros + *Discretionary Function Exception* = **Cero riesgo personal**. 5. **Externalización del Daño:** Neurobiología demuestra **lesiones gravísimas/homicidio culposo masivo**; Zemiología lo cuantifica como **daño social superior al crimen callejero**; Derecho Penal lo clasifica como **"costo de la justicia"**.

```
┌──────────────────────────────────────────────────────────────────────────────┐
│                        EL FRAUDE ASIMÉTRICO DEL DERECHO PENAL                │
└──────────────────────────────────────────────────────────────────────────────┘
  • AL CIUDADANO GOBERNADO:

    Se le exige lex artis estricta, actualización científica, deber de
garante
    e imputación de resultados lesivos por acción u omisión bajo amenaza
de jaula.


  • AL AGENTE ESTATAL (Juez, Legislador, Ministro):

    Se le concede inmunidad dogmática (discrecionalidad/fueros), exención
de
    estándares científicos, impunidad por omisión estructural y blindaje
contra
    responsabilidad penal por daños masivos derivados de políticas
públicas.
└──────────────────────────────────────────────────────────────────────────────┘
```

La demostración que sigue se articula en siete partes que progresan desde la evidencia empírica del daño carcelario hasta la propuesta concreta de reforma penal, pasando por el análisis de los mecanismos jurídicos de blindaje, la fundamentación teórica de la asimetría, la deconstrucción de la dogmática penal autoexonerante, la ingeniería jurídica de la impunidad estatal y la lección histórica del movimiento de desmanicomialización liderado por Franco Basaglia.

PARTE I

LA IATROGENIA CARCELARIA: LO QUE LA CIENCIA YA DEMOSTRÓ Y EL DERECHO SE NIEGA A RECONOCER

La tesis de que la prisión es iatrogénica —es decir, que produce daños superiores a los beneficios que pretende generar— no es una hipótesis política ni una opinión ideológica: es un hallazgo empírico reproducido en múltiples jurisdicciones, con metodologías rigurosas y resultados convergentes. El Estado, sin embargo, persiste en aplicar este "tratamiento" a millones de personas sin que sus agentes enfrenten las

consecuencias penales que cualquier profesional de la salud enfrentaría por aplicar un tratamiento pseudocientífico que daña a sus pacientes.

1.1. La reincidencia como evidencia de fracaso terapéutico

Un estudio cuasi-experimental de seguimiento realizado en Cataluña por Cid Moliné (2007) constituye una de las demostraciones más sólidas de la iatrogenia carcelaria. Utilizando un diseño metodológico que controlaba las variables de edad, historial delictivo y tipo de delito, el estudio comparó personas condenadas a prisión efectiva versus suspensiones de pena. Los resultados son concluyentes:

La probabilidad de reincidencia se incrementa un 171% para personas de riesgo bajo cuando se les impone prisión en vez de suspensión, un 135% para riesgo medio y un 36% para riesgo alto.

El estudio concluye que estos resultados no apoyan la teoría de la prevención especial negativa —la idea de que la cárcel "corrige" al delincuente— y son compatibles con la **teoría del etiquetamiento**: la prisión dificulta la reinserción laboral, rompe vínculos sociales y expone a subculturas delictivas que operan como escuelas del crimen.

Este hallazgo tiene implicaciones directas para la tesis de la asimetría estructural: **si un médico aplicara un tratamiento que aumenta la probabilidad de recaída de la enfermedad entre un 36% y un 171%, sería considerado responsable de mala praxis**. El Estado, en cambio, aplica este "tratamiento" a millones de personas sin que sus jueces, legisladores y funcionarios enfrenten responsabilidad penal alguna.

1.2. Salud mental, suicidio y muerte bajo custodia

Los internos en prisión preventiva presentan tasas de suicidio **7,5 veces mayores** que la población general y casi 6 veces más que los penados ya condenados. Un metaanálisis europeo con 8.468 presos encontró que residir en celdas individuales —aislamiento— aumenta 1,28 veces la probabilidad de suicidio, mientras que el apoyo familiar la reduce significativamente (RR = 0,58).

En Argentina, la Procuración Penitenciaria de la Nación documentó **42 fallecimientos bajo custodia** solo en los primeros nueve meses de 2025, además de 259 casos de torturas y malos tratos. Estas cifras no son "costos sociales" ni "externalidades": son **resultados previsibles de políticas penales que ignoran deliberadamente la evidencia científica disponible**.

1.3. El hacinamiento como política de Estado

Al 31 de diciembre de 2024, Argentina registró **121.443 personas privadas de la libertad**, una tasa de 258 por 100.000 habitantes —la más alta de la historia— con el sistema funcionando al **130,2% de su capacidad**. El 37,3% de esa población está **procesada, sin sentencia firme**, es decir, sujeta a prisión preventiva.

El hacinamiento no es un accidente administrativo: es el **resultado directo de leyes penales votadas sin estudios de impacto empírico** y de decisiones judiciales que

aplican la prisión preventiva como pena anticipada, ignorando la evidencia criminológica que demuestra su iatrogenia.

1.4. Daño neurobiológico objetivable

La iatrogenia carcelaria no es solo psicológica ni sociológica: es **neurobiológica y medible por neuroimagen**. Estudios recientes con resonancia magnética funcional demuestran que el confinamiento solitario prolongado produce:

- **Encogimiento del hipocampo**, región cerebral asociada a la memoria y la orientación espacial.
- **Hiperactivación de la amígdala**, centro de procesamiento del miedo y la ansiedad.
- **Reducción de niveles de serotonina y dopamina**, con cuadros de depresión, ideación suicida y síntomas psicóticos que persisten tras la liberación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció este daño en el caso *Schmidt and Šmigol v. Estonia* (2023), declarando que el confinamiento solitario prolongado viola el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe el trato inhumano o degradante.

La implicación para la asimetría estructural es directa: si un médico privado causara daño cerebral objetivable a un paciente mediante un tratamiento no consentido y carente de evidencia, cometería lesiones graves tipificadas en el Código Penal. Cuando el Estado lo hace masivamente a través de sus jueces y funcionarios penitenciarios, **no existe tipo penal alguno que tipifique la "lesión neurológica institucional"**. El daño es idéntico; la responsabilidad, inexistente.

Estudios longitudinales recientes (Haney, 2023; Meijers et al., 2024, *Nature Human Behaviour*) demuestran cambios **estructurales irreversibles** tras 3-6 meses de prisión preventiva o aislamiento:

Biomarcador Neurobiológico	Cambio Observado	Consecuencia Funcional	Equivalencia en Código Penal (Lesiones Art. 89-91)
Volumen Hipocampo	**-3% a -6%** (atrofia)	Memoria, orientación, regulación estrés	**Lesiones Graves** (Pérdida órgano/sentido/función)
Conectividad Amígdala-PFC	**Desacoplamiento** (↓ top-down control)	Impulsividad, miedo crónico, agresividad reactiva	**Lesiones Gravísimas** (Enfermedad psíquica incurable)
Mielinización Corpus Callosum	**↓ Integridad sustancia blanca**	Velocidad procesamiento, integración emocional	**Lesiones Graves** (Incapacidad laboral > 30%)

Longitud Telómeros / Metilación ADN (Edad Epigenética)	**Envejecimiento acelerado 2-5 años**	Morbilidad cardiovascular, mortalidad prematura	**Homicidio Culposo** (Adelantamiento muerte)

Argumento jurídico contundente: Si un **médico** aplica un "tratamiento" que causa **atrofia hipocampal del 5% y envejecimiento epigenético de 5 años** en 10.000 personas al año **sin consentimiento informado y sin evidencia de eficacia**, es **asesino en serie / lesiones gravísimas masivas**. El **Juez/Legislador** que ordena/legisla ese "tratamiento" (prisión preventiva/aislamiento) **no comete delito**. La **diferencia no es el daño (idéntico)**, es la **fuente de la norma** (Estado vs. Particular).

1.5. Efectos intergeneracionales causales

El Estado no solo destruye al individuo encarcelado: genera un **daño causal, medible y previsible en la siguiente generación**, concentrado en los sectores más vulnerables de la sociedad.

Un estudio sueco de 2018 (Dobbie et al., NBER Working Paper 24186) utilizó la **asignación aleatoria de jueces con distintas tendencias punitivas** como variable instrumental para aislar el efecto causal del encarcelamiento parental. Los resultados son demoledores:

- El encarcelamiento parental aumenta la delincuencia juvenil en **9,9 puntos porcentuales (41,8%)**.
- Aumenta el embarazo adolescente en **6,0 puntos porcentuales (200%)**.
- Reduce el empleo a los 20 años en **16,5 puntos porcentuales (23,7%)**.

Los efectos se concentran exclusivamente en **familias desfavorecidas**: entre ellas, el encarcelamiento parental aumenta la delincuencia juvenil en **18,4 puntos porcentuales (71%)** y reduce el empleo a los 20 años en **27,9 puntos porcentuales (41,8%)**. En familias aventajadas, no hay efectos detectables.

Este daño intergeneracional constituye una externalidad masiva que ningún código penal atribuye a los agentes estatales que ordenan prisiones preventivas. Si un profesional de la salud causara daños equivalentes en los hijos de sus pacientes mediante un tratamiento contraindicado, enfrentaría responsabilidad penal por lesiones culposas agravadas. El Estado, en cambio, no solo no tipifica esta conducta, sino que la presenta como "política de seguridad pública".

PARTE II

LA ASIMETRÍA EPISTÉMICA: MÉTODO CIENTÍFICO PARA EL CIUDADANO, DOGMA PARA EL ESTADO

La analogía médica que estructura la tesis central es exacta y constituye el punto de partida de la demostración. En el ámbito civil y profesional rige el principio de **responsabilidad basada en la evidencia y el resultado**. El Estado, sin embargo, se reserva el derecho a la **pseudociencia punitiva** como herramienta de control social, sin tener que rendir cuentas empíricas por los cadáveres y las patologías que su "tratamiento" genera.

2.1. La obligación de evidencia para los profesionales de la salud

Un médico o psicólogo está obligado por ley a aplicar el método científico —terapias basadas en evidencia—. Si aplica un tratamiento pseudocientífico, obsoleto o iatrogénico que daña al paciente, comete **mala praxis** y puede enfrentar penas de prisión por homicidio culposo o lesiones, además de perder su matrícula profesional.

Esta obligación se fundamenta en un principio básico de responsabilidad profesional: **quien ejerce poder sobre otro tiene el deber de basar sus decisiones en el mejor conocimiento disponible**, y es responsable por los daños que causa cuando ignora deliberadamente ese conocimiento.

2.2. La impunidad epistémica de los agentes del Estado

Un juez o legislador opera bajo una **impunidad epistémica absoluta**. Un juez puede ordenar una prisión preventiva —una medida que la neurobiología y la criminología han demostrado que es tortuosa, iatrogénica y criminógena— basándose en "dogmática jurídica", "olfato" o "presión mediática".

Si esa prisión preventiva destruye la salud mental del imputado, fractura a su familia y termina en un suicidio intramuros o una reincidencia violenta post-liberación, el juez **no comete delito**. Su acto se califica como "jurisprudencia", "criterio judicial" o "error de apreciación", y está blindado por la independencia judicial.

¿Por qué ocurre esto? Porque el Estado exige a los ciudadanos que se sometan a la ciencia para no dañar a otros, pero **el Estado se reserva el derecho a la "pseudociencia punitiva"** —el populismo punitivo, la teoría de la prevención general por el terror, la retribución metafísica— como herramienta de control social.

2.3. La asimetría del estándar de prueba: "Lex Artis" científica vs. "Jurisprudencia" dogmática

En el derecho penal de los ciudadanos —y de los profesionales—, la culpa o negligencia se mide contra la *lex artis* (el estado del arte científico). Si un médico hoy aplica un tratamiento de los años 50 que la medicina actual demostró que es letal,

comete homicidio culposo, aunque él "creyera" que era correcto. **La actualización científica es un deber legal penal.**

Sin embargo, el derecho penal de los agentes del Estado opera bajo el estándar de la **"jurisprudencia" y la "dogmática jurídica"**. Un juez que dicta una prisión preventiva basada en doctrina de los años 40 —prevención general, presunción de peligro procesal—, ignorando deliberadamente la evidencia neurobiológica y criminológica actual que demuestra que dicha medida es iatrogénica, **no comete delito**. El Estado blindó a sus agentes legalizando el **"retraso epistémico"**. La dogmática jurídica funciona como un refugio para no actualizar el conocimiento científico. La justicia exige a la medicina adaptarse a la ciencia del siglo XXI, pero permite que el derecho penal siga aplicando la "ingeniería social" del siglo XIX sin consecuencias penales.

2.4. El estándar Daubert/Frye y la exigencia de falsabilidad a los particulares

En el derecho procesal moderno, cuando un profesional civil —médico, ingeniero, psicólogo, perito privado— presenta evidencia ante un tribunal o defiende su práctica ante una acusación de mala praxis, los tribunales aplican estándares probatorios científicos estrictos: el estándar **Daubert** (*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 1993) o el estándar **Frye**:

ESTÁNDAR DAUBERT DE VALIDEZ CIENTÍFICA
1. ¿Ha sido la teoría o técnica sometida a prueba empírica (falsación)?
2. ¿Ha sido publicada y sujeta a revisión por pares (peer review)?
3. ¿Se conoce su tasa de error potencial o conocida?
4. ¿Existen estándares de control que regulen su aplicación?
5. ¿Cuenta con aceptación general de la comunidad científica relevante?

Si un médico receta un fármaco prohibido o aplica una terapia que carece de respaldo bajo el estándar Daubert, es penalmente condenado por mala praxis médica.

Cuando el juez penal y el fiscal dictan una **prisión preventiva** o imponen una condena privativa de libertad, están aplicando una intervención restrictiva y de alto impacto sobre el sistema nervioso y biológico de un ciudadano. Sin embargo:

- **Exención del estándar científico:** Ningún juez está obligado a demostrar bajo el estándar Daubert que la prisión preventiva que va a dictar tiene una probabilidad empíricamente verificada de reducir el "peligro de fuga" o el "entorpecimiento probatorio", ni que no causará daño neurobiológico irreversible.

- **El refugio en la "Sana Crítica Racional" (Intuitiva):** El concepto procesal de "sana crítica" se ha degradado en la práctica judicial a un **amparo de la intuición subjetiva, el prejuicio de clase y el sentido común penal precientífico**. El juez puede justificar la necesidad del encierro preventivo basándose en "la gravedad del hecho", "la falta de arraigo" o "la presunción de peligrosidad", conceptos que la criminología empírica ha demostrado que carecen de validez predictiva superior al azar.
- **Inmunidad por mala praxis epistémica:** Si un psicólogo utiliza un test proyectivo no validado para un diagnóstico clínico, pierde su licencia; si un juez penal fundamenta el encarcelamiento de un imputado en la "impresión del imputado en la audiencia" o en dogmas de prevención general decimonónicos, su sentencia es calificada como "ejercicio legítimo de la jurisdicción".

Novedad empírica cuantificada: Un metaanálisis de Mitchell et al. (2023, *Law and Human Behavior*) sobre herramientas de riesgo (COMPAS, LSI-R, SAVRY) usadas por jueces y fiscales para dictar prisión preventiva muestra:

- **AUC (Área bajo la curva ROC) promedio: 0,65 - 0,71** (Bajo/Moderado; 0,5 = azar).
- **Tasa de Falsos Positivos (encarcelar inocentes/low risk): 30-45%**.
- **Sesgo racial/clase:** Sobrestiman riesgo en minorías y pobres en 15-20% puntos porcentuales.

Dato contundente: Si un fármaco tuviera una **tasa de error del 40%** (dañar a 4 de cada 10 pacientes sanos) y un sesgo demográfico probado, **sería retirado del mercado y su fabricante procesado penalmente** (ej. caso *Vioxx*, *Opioides Purdue Pharma*). **Sin embargo**, los jueces usan estas herramientas (o "olfato judicial") para enviar a prisión preventiva a miles de personas **sin obligación legal de validar la herramienta bajo estándar Daubert**. La "sana crítica racional" (Art. 386 CPP Arg, Art. 741 LECrim Esp) es un **cheque en blanco epistémico**.

2.5. La refutación empírica de las justificaciones de la pena

Las justificaciones tradicionales de la prisión carecen de respaldo empírico robusto:

- La **prevención especial negativa** —la cárcel "corrige" al delincuente— es refutada por los datos de reincidencia: la prisión aumenta, no reduce, la probabilidad de reincidencia, como demostró el estudio catalán citado.
- La **prevención general** —la cárcel "disuade" a la población— no se sostiene ante la evidencia de que las tasas de encarcelamiento no correlacionan con reducciones de delitos violentos.
- La **rehabilitación** es inexistente en la práctica: el 94% de las suspensiones de pena en el estudio catalán no incluían obligación de tratamiento, y aun así tuvieron mejor resultado que la prisión.

La conclusión es ineludible: el Estado aplica un "tratamiento" que la ciencia ha demostrado que es iatrogénico, a escala masiva, sin rendir cuentas por los daños que causa. Esta es la esencia de la impunidad epistémica.

2.6. La neurociencia del desarrollo juvenil: encerrar cerebros inmaduros

La evidencia científica establece que la **corteza prefrontal no alcanza la madurez hasta mediados de los 20 años**, lo que explica la mayor propensión al riesgo, la impulsividad y la susceptibilidad a la presión de pares en adolescentes y jóvenes.

Un metaanálisis reciente (2025) de neuroimagen funcional en delincuentes juveniles reveló **sobreactivación en el circuito fronto-amigdalo-cerebeloso**, vinculada a la disregulación emocional y al aumento de la conducta violenta. Esta evidencia fue determinante en fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos (*Roper v. Simmons*, 2005; *Graham v. Florida*, 2010), que establecieron que condenar a menores a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional es **cruel e inusual** porque su cerebro inmaduro reduce su culpabilidad.

La implicación para la asimetría estructural es directa: el Estado encarcela cerebros que la neurociencia ha demostrado que son biológicamente incapaces de autorregulación adulta, y lo hace sin que medie responsabilidad penal para el juez que ignora esta evidencia. Un médico que ignorara la inmadurez cerebral de un paciente para aplicarle un tratamiento destructivo sería responsable; el juez que hace lo mismo con un menor, no.

2.7. La "ceguera deliberada" (*Willful Blindness*) como política de Estado

La teoría de la **ceguera deliberada** (doble estándar en *Global-Tech Appliances v. SEB S.A.*, 2011, Corte Suprema EE. UU.) establece que quien evita deliberadamente conocer la verdad para no tener *mens rea*, actúa con dolo.

Aplicación al Legislador/Juez: 1. Existe **consenso criminológico** (Cochrane Reviews, *Campbell Collaboration*, *National Research Council 2014*) de que la prisión preventiva *aumenta* la reincidencia y causa daño neurobiológico. 2. Los agentes estatales **tienen acceso obligado a esta información** (informes de Defensorías, ONU, OEA, PPN, académicos). 3. **No solicitan, no leen o desestiman** esta evidencia al legislar/juzgar. 4. **Dogmática actual:** Esto no es "dolo eventual" ni "culpa consciente"; es **"ejercicio de la función"**. 5. **Propuesta dogmática:** Tipificar la **"Ceguera Epistémica Funcional"**: *El funcionario público que, teniendo el deber de conocer la evidencia científica disponible sobre los efectos de sus decisiones, se abstiene de consultarla o la desestima sin fundamento técnico, causando daño grave, será penado como autor de lesiones/homicidio culposo agravado.*

2.8. La diferencia de umbral de culpa: culpa simple Vs. dolo directo

Conviene precisar técnicamente algo que el material previo señala pero no formaliza: en la responsabilidad médica por mala praxis (en la mayoría de los sistemas de derecho continental y en el *malpractice* anglosajón) el estándar de imputación

habitual es la **culpa simple** —negligencia, imprudencia, impericia, inobservancia de reglamentos (en la fórmula clásica del derecho penal argentino, por ejemplo, art. 84 del Código Penal para el homicidio culposo). En cambio, para que un juez o fiscal responda penalmente por prevaricato (la figura que más se aproxima a la "mala praxis judicial"), la práctica totalidad de los códigos penales exige **dolo directo** —es decir, no basta con que el juez se haya equivocado o haya ignorado la evidencia disponible por negligencia grave: hace falta probar que supo que su resolución era contraria a derecho y quiso dictarla de todos modos.

Esta diferencia de umbral (culpa vs. dolo directo) no es un detalle técnico menor: es la bisagra jurídica precisa que explica por qué un médico puede ser condenado por no actualizar su conocimiento clínico a la literatura vigente, mientras que un juez que dicta prisiones preventivas ignorando sistemáticamente la evidencia criminológica disponible no incurre en ningún tipo penal existente, porque el prevaricato exige un elemento subjetivo mucho más difícil de probar que el que el propio sistema exige al ciudadano regulado.

PARTE III

LA SELECTIVIDAD PENAL: EL CÓDIGO PENAL COMO MANUAL DE SUBORDINACIÓN

La observación central de la tesis —que los códigos penales tipifican conductas que no son propias de los agentes del Estado en ejercicio de sus funciones— no es un accidente: es la esencia de la **selectividad penal**, documentada por la criminología crítica desde sus orígenes.

3.1. El origen histórico: el derecho penal como protección del soberano

Históricamente, el derecho penal no nació para proteger a las víctimas de daños reales, sino para proteger el *orden del Soberano* —el Estado—. Por lo tanto, el Código Penal es un catálogo de **conductas de subordinados**.

Tipifica el robo, la violencia física callejera, el vandalismo y el narcotráfico al por menor: delitos que cometen los ciudadanos —generalmente los marginados, los excedentes del mercado laboral— contra la propiedad o el orden público. No tipifica las conductas iatrogénicas propias de los agentes del Estado: legislar sin evidencia, juzgar con arbitrariedad, administrar con negligencia.

3.2. La invisibilidad de la "Violencia de las políticas" (Política Pública)

Cuando un legislador vota una ley que endurece penas sin base científica, generando hacinamiento carcelario que deriva en la muerte de miles de personas por enfermedades prevenibles o motines, el Código Penal no tiene un artículo que tipifique el **"Homicidio Estructural por Negligencia Legislativa"**.

Las conductas de los agentes del Estado —legislar, juzgar, administrar— están reguladas por el *Derecho Administrativo* y el *Derecho Constitucional*, ramas del derecho que **carecen de penas privativas de libertad** en su mayoría, y que se resuelven mediante sanciones burocráticas —multas, inhabilitaciones, juicios políticos— o demandas civiles pagadas con los impuestos de los propios ciudadanos.

3.3. La externalización del daño

Si un ciudadano conduce ebrio y mata a alguien, va a prisión —conducta tipificada—. Si el Estado diseña un sistema de transporte público deficiente, o no regula la seguridad vial, y mueren miles de ciudadanos al año, eso se clasifica como "siniestralidad vial" o "falla de mercado", nunca como un delito penal de los funcionarios de transporte.

El Estado ha logrado que su propia violencia sistémica no sea leída como "crimen", sino como "tragedia", "costo social" o "externalidad".

3.4. Datos estructurales de Argentina (2024)

Los datos empíricos confirman la selectividad penal:

- El **36,4%** de la población carcelaria está encarcelada por delitos contra la propiedad —hurto, robo simple, estafa—.
- El **17%** de los condenados cumple penas de hasta 3 años por delitos de "escasa o nula lesividad".
- Casi **4 de cada 10 mujeres** privadas de libertad están detenidas por delitos relacionados con estupefacientes, generalmente en situación de vulnerabilidad social.

Estos delitos no son propios de agentes del Estado en ejercicio de sus funciones. Un legislador no puede cometer "hurto" o "robo simple" en el desempeño de su cargo. Por el contrario, las conductas iatrogénicas propias del Estado —dictar leyes sin evidencia, ordenar prisiones preventivas masivas, administrar sistemas carcelarios inhumanos— **no están tipificadas como delitos penales**.

3.5. Datos empíricos sobre la composición ocupacional de la población carcelaria

Los datos disponibles sobre empleo previo al encarcelamiento revelan un sesgo estructural claro hacia sectores no estatales. Según la Survey of Prison Inmates (Bureau of Justice Statistics, datos 2016):

- Más del 60 % de los prisioneros estatales y federales en EE.UU. estaban empleados en los 30 días previos a la detención (49-54 % a tiempo completo).
- Aproximadamente un cuarto estaba desempleado y no buscaba trabajo.
- No existen series públicas comparables que desglosen "empleado del Estado" versus "sector privado/informal", pero la proporción de empleados públicos en la fuerza laboral total de la mayoría de los países oscila entre el 10-20 % (OCDE). Si

la tipificación penal fuera neutral respecto al sector de ocupación, se esperaría una representación proporcional de agentes estatales en las cárceles. La sobrerrepresentación de perfiles de empleo privado, informal o precario (y la subrepresentación de funcionarios, jueces, legisladores y altos cargos) es un indicador empírico de selectividad: el sistema penal captura prioritariamente a quienes no operan desde el aparato estatal.

Este dato refuerza la observación de que las tipificaciones se concentran en conductas típicas de ciudadanos comunes (robo, violencia interpersonal, microtráfico), no en las conductas propias del ejercicio del poder estatal (diseño de normas, dictado de medidas cautelares masivas, asignación presupuestaria, administración de instituciones).

3.6. Zaffaroni y la "pena de muerte por sorteo"

El jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni —ex juez de la Corte Suprema y uno de los penalistas más influyentes de América Latina— ha documentado la "selectividad estructural del poder punitivo", señalando que en la región la prisionización importa una **"pena de muerte por sorteo o azar"**, dado que el 70% de los encarcelados no obedecen a penas formales sino a prisiones preventivas o cautelares, es decir, **penas sin condena**.

Esta observación confirma la tesis central: el sistema penal no selecciona a los más peligrosos, sino a los más vulnerables, mientras blinda a los agentes estatales que diseñan y administran el sistema.

3.7. Steven Box: el asesinato y el daño Corporativo/Estatal como "no-delitos"

En su obra clásica *Power, Crime and Mystification* (1983), Steven Box demostró cómo el proceso de tipificación legislativa opera como una cortina de humo ideológica:

Daño Físico Evitable Causado por Ciudadano → **HOMICIDIO / DELITO PENAL**

Daño Físico Evitable Causado por Política Estatal
→ **EXTERNALIDAD / COSTO SOCIAL / TRAGEDIA**

COMPARATIVA ZEMIOLÓGICA DE STEVEN BOX
Caso A: Un ciudadano asalta una tienda y mata a una persona para robar. • Encuadre: Homicidio en ocasión de robo (25 años a perpetua). • Lenguaje penal: Maldad, peligrosidad, dolo, pena ejemplar.

```
│ Caso B: Funcionarios recortan el presupuesto de salud hospitalaria o
│
│ votan leyes que hacinan cárceles, sabiendo por informes técnicos
previos
│ que morirán 300 personas por colapso sanitario o infecciones.
│
│   • Encuadre: No tipificado en el Código Penal.
│
│ • Lenguaje estatal: «Reasignación presupuestaria», «restricción
fiscal».
└──────────────────────────────────────────────────────────────────────
```

Box demuestra que **la muerte prevenible causada por omisión o acción legislativa y ejecutiva excede cuantitativamente en cientos de veces los homicidios callejeros**, pero el Código Penal está redactado por la misma clase que administra el Estado, garantizando que su propia violencia letal sea definida como "acto de gobierno" y nunca como homicidio.

3.8. William Chambliss y el "crimen organizado por el Estado" (*State-Organized Crime*)

William Chambliss (*State-Organized Crime*, 1989) demostró que los Estados cometen de forma sistemática y rutinaria actos que violan sus propias leyes y los tratados internacionales de derechos humanos —tortura institucional, encierros ilegales, privación de salud en prisiones—, pero estos actos se ejecutan bajo la cobertura de la **Razón de Estado** y la **inmunidad funcional de la burocracia**.

El Estado define el delito de manera que se requiera un **autor individual identificable y directo** —el delincuente de cuello azul—, mientras diluye la violencia estatal en una cadena jerárquica burocrática donde:

- El legislador dice: "Yo solo aprobé la ley marco; no controlo cómo la ejecutan".
- El juez dice: "Yo solo aplico la ley que el legislador sancionó".
- El director del penal dice: "Yo solo recibo a los presos que el juez me envía sin tener presupuesto".
- El guardia penitenciario dice: "Yo solo cumplo órdenes del reglamento".

El resultado dogmático: Cientos de miles de víctimas de violaciones graves a la integridad física y mental, **cero imputados penales**. La estructura burocrática opera como un disipador de dolo y culpa penal.

3.9. La asimetría dogmática del *tipo objetivo*: conductas de "mercado" Vs. conductas de "mando"

Los Códigos Penales modernos están estructurados sobre la categoría del **delito de resultado** (*Erfolgsdelikt*) aplicado a la interacción interpersonal horizontal (ciudadano-ciudadano). El Estado tipifica conductas que alteran la paz social *entre particulares* (robo, homicidio, estafa, lesiones).

Precisión técnica: No existe en ningún código penal occidental contemporáneo la figura del **"Delito de Política Criminal Iatrogénica"** ni del **"Homicidio Estructural por Diseño Normativo"**. La dogmática penal clasifica la acción estatal bajo el *Derecho Administrativo Sancionador* (multas, inhabilitaciones) o la *Responsabilidad Patrimonial del Estado* (indemnización con dinero público), **vacunando la conducta del agente estatal contra la pena de prisión**.

El mecanismo de exclusión:

Conducta	Autor	Tipo penal aplicable	Pena privativa de libertad
Administrar sustancia tóxica a un paciente (mala praxis)	Médico (Particular)	Homicidio culposo / Lesiones graves (Art. 106, 89 CP tipo)	**SÍ** (hasta 10-15 años)
Votar ley que obliga a encerrar enfermos mentales en cárceles sin tratamiento	Legislador (Estado)	**Ninguno** (Inmunidad / Acto de Gobierno)	**NO**
Dictar prisión preventiva masiva sin evidencia de peligro procesal (hacinamiento letal)	Juez (Estado)	Prevaricato (Art. 269 CP - *solo si hay "arbitrariedad manifiesta"*)	**CASI NUNCA** (Pena baja, excarcelable, prescribe rápido)
No proveer medicación a 5.000 presos (omisión sistemática)	Ministro/Director Penitenciario	Incumplimiento de deberes (Art. 248 CP - *Administrativo*)	**NO** (Multa/Inhabilitación)

Conclusión dogmática: El *tipo objetivo* penal requiere una **acción corporal individualizada y directa**. La violencia estatal es **estructural, burocrática y mediata**; por tanto, *por diseño dogmático*, cae fuera del tipo penal. El Estado escribe la gramática del delito para que su propia violencia sea "agramatical" (intraducible al lenguaje penal).

PARTE IV

LA INMUNIDAD SOBERANA: FUEROS, BLINDAJE ESTRUCTURAL Y LA AUTOEXONERACIÓN SISTÉMICA

La razón jurídica por la cual los agentes del Estado no van a la cárcel por la iatrogenia de sus políticas se remonta al principio romano y medieval de la **Inmunidad Soberana** (*Rex non potest peccare* / "El Rey no puede equivocarse"). En las democracias modernas, esto se ha disfrazado de "fueros", "discrecionalidad judicial" y "cuestiones políticas no justiciables".

4.1. El régimen de fueros en Argentina

En Argentina, la **Ley de Fueros N° 25.320** establece un régimen especial de inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados. Este régimen implica que:

- Un legislador no puede ser detenido salvo *in fraganti*.
- No se puede allanar su domicilio ni interceptar sus comunicaciones sin autorización de la Cámara correspondiente.
- Si se dicta una medida restrictiva, **no se hace efectiva hasta que el funcionario sea separado de su cargo**.

Este régimen, concebido originalmente para proteger la independencia de los poderes frente a persecuciones políticas, produce un **efecto colateral —o intencional— de impunidad**. El ciudadano común no goza de estas protecciones; un particular puede ser detenido, allanado y encarcelado sin que medie un procedimiento legislativo especial.

4.2. La doctrina de la inmunidad judicial

Para los jueces, la doctrina sostiene que **"los jueces no pueden ser juzgados por razones de interpretación"**. El error judicial solo se configura cuando el acto ha sido declarado ilegítimo y dejado sin efecto por un tribunal superior, y aun así la sanción es administrativa, no penal.

El resultado es un sistema de impunidad circular: un juez que dicta una prisión preventiva abusiva, que destruye la vida de una persona y su familia, solo podría ser sancionado si un tribunal superior —integrado por sus pares— declara que su decisión fue ilegítima. Y aun así, la sanción sería administrativa, no penal.

4.3. La inmunidad absoluta de los fiscales estadounidenses

El caso más extremo de impunidad epistémica se encuentra en Estados Unidos, donde la doctrina de **inmunidad absoluta** (*absolute immunity*) de jueces, legisladores y —lo más grave— **fiscales** se consolidó en *Imbler v. Pachtman* (1976).

La Corte Suprema estadounidense otorgó a los fiscales inmunidad absoluta por sus actos de acusación, incluso cuando:

- Ocultan evidencia de inocencia.
- Coaccionan testigos para que mientan.
- Fabrican evidencia falsa.
- Inician procesos de mala fe con pleno conocimiento de la inocencia del imputado.

Esta inmunidad fue creada *por jueces* —doctrina *judge-made*—, no por legislación democrática, y contradice explícitamente la ley federal (Civil Rights Act, Sección 1983) que establece que "toda persona" que viole derechos "será responsable".

La lección es clara: en Argentina los jueces tienen fueros; en Estados Unidos los fiscales tienen **inmunidad absoluta incluso para fabricar culpabilidad**. Esto demuestra que la impunidad epistémica no es un defecto latinoamericano: es una **tendencia estructural de los sistemas penales liberal-democráticos** para autoexonerar a sus operadores clave.

4.4. El caso *Stump v. Sparkman*: la inmunidad judicial en su expresión más extrema

El caso **Stump v. Sparkman (1978, Corte Suprema de EE.UU.)** merece desarrollo porque sus hechos son, por sí solos, la mejor evidencia empírica disponible de la asimetría documentada: un juez de un tribunal de circuito de Indiana aprobó, en una audiencia *ex parte* sin notificación a la menor afectada, sin nombramiento de tutor *ad litem*, y sin ningún fundamento legal expreso, la petición de una madre para que su hija de quince años (a quien la madre describía como "algo retrasada") fuera esterilizada quirúrgicamente sin su conocimiento (le dijeron que era una cirugía de apendicitis). La Corte Suprema, en un fallo de 5 a 3, sostuvo que el juez gozaba de **inmunidad absoluta** porque el acto, por más irregular y dañino que fuera, se había realizado dentro de su "función judicial" en sentido amplio.

Este caso es doctrinalmente el equivalente, en materia de responsabilidad judicial, a lo que el estándar Daubert es en materia probatoria: un punto de referencia citable, con hechos verificables y de dominio público, que muestra que la inmunidad no protege solo el error razonable de interpretación jurídica, sino también actos que, cometidos por cualquier profesional privado sujeto a colegiación, constituirían delito grave y pérdida inmediata de matrícula.

4.5. La arquitectura de la autoexoneración estatal

¿Cómo ha codificado el sistema jurídico la impunidad de sus agentes frente a los daños que ocasiona? A través de cuatro instituciones doctrinales consolidadas:

```
+-------------------------------------------------------------------------
| ARQUITECTURA DE LA AUTOEXONERACIÓN ESTATAL
|
+-------------------------------------------------------------------------
| 1. LA DOCTRINA DE LA INMUNIDAD CALIFICADA Y ABSOLUTA
|
|    • En el derecho anglosajón, la Corte Suprema de EE.UU. consolidó la
```

|
| inmunidad absoluta de jueces (*Stump v. Sparkman*, 1978) y fiscales (*Imbler v. Pachtman*, 1976), blindándolos incluso ante actos de fabricación de evidencia falsa u ocultamiento deliberado de pruebas de inocencia (*Brady violations*).
| • En el derecho continental/iberoamericano, los fueros constitucionales y el antejuicio impiden investigar penalmente a legisladores y jueces sin la autorización previa de sus propios pares corporativos.
|
|
| 2. LA EXCEPCIÓN DE FUNCIÓN DISCRECIONAL (*Discretionary Function Exception*)
| • Las leyes de responsabilidad patrimonial del Estado (ej. *Federal Tort Claims Act* en EE.UU. o las Leyes de Responsabilidad del Estado en
|
| América Latina y España) establecen que el Estado no responde civil ni penalmente por daños derivados de decisiones políticas o regulatorias discrecionales, consagrando la impunidad por la violencia de política pública (*policy harms*).
|
|
|
| 3. LA DOCTRINA DE LAS «CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES»
|
| • Los tribunales declaran inadmisibles las demandas ciudadanas que
|
| intentan frenar leyes iatrogénicas o planes penitenciarios lesivos, alegando que el diseño de la política criminal es una facultad privativa de los poderes políticos, sustraída del control judicial de daños.
|
|
| 4. EL MONOPOLIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA
|
| • El Estado expropió a la víctima la titularidad del conflicto penal
|
| (Nils Christie, *Conflicts as Property*). El fiscal del Estado tiene el monopolio de la acusación. Si un ciudadano intenta acusar penalmente a un juez por prevaricato sistémico o a un legislador por daño social, el Ministerio Público fiscal desestima la denuncia in limine, cerrando el acceso a la justicia penal contra los miembros del propio aparato.
+——

4.6. El monopolio de la violencia legítima

La razón profunda de esta asimetría se encuentra en el concepto weberiano de **monopolio de la violencia legítima**. Para que el Estado mantenga su monopolio de

la violencia, sus actos deben estar, por definición, fuera del alcance de la calificación de "violencia ilegal".

Si un policía golpea a un ciudadano, es "uso de la fuerza pública" —hasta que se demuestra el exceso, y aun así, suele ser excarcelable—. Si un ciudadano golpea a un policía, es "atentado a la autoridad" —pena agravada—. El Código Penal está sesgado ontológicamente para castigar la *resistencia* al Estado, no la *opresión* desde el Estado.

4.7. La "banalidad del mal" burocrática y la difusión de la responsabilidad penal

Una de las razones ontológicas por las cuales los agentes del Estado no son judicializados por daños masivos es la manipulación del **tipo subjetivo** —el dolo o la culpa— a través de la burocracia.

Si un individuo envenena el agua de una ciudad, es juzgado por terrorismo, homicidio doloso o daño a la salud pública. Sin embargo, cuando un legislador vota una ley que causa hacinamiento carcelario que produce muertes, o un funcionario administrativo autoriza un sistema de transporte deficiente que mata a cientos, el derecho penal exige probar la **"intención" (dolo) de causar ese daño específico**. Al estar mediado por el procedimiento administrativo o legislativo, el Estado convierte la violencia estructural en una mera **"externalidad no intencional"**.

Siguiendo a Hannah Arendt —la banalidad del mal— y a Zygmunt Bauman —la modernidad líquida y el Holocausto—, el Estado diseñó su sistema legal de forma tal que **la difusión de la responsabilidad burocrática anula la responsabilidad penal individual**. Ningún agente estatal "quiere" matar a los presos por hacinamiento; cada uno simplemente "aplica la ley". El Estado convirtió la violencia sistémica en un proceso administrativo inimputable, algo que el ciudadano común nunca puede hacer cuando comete un delito.

4.8. La asimetría de la posición de garante (*Garantenstellung*) en la comisión por omisión

En la teoría del delito, el artículo que regula la **comisión por omisión** —responder penalmente por no haber evitado un resultado lesivo cuando se tenía el deber jurídico de impedirlo— opera con un doble rasero insalvable:

```
+-------------------------------------------------------------------------------
| ASIMETRÍA DE LA POSICIÓN DE GARANTE (DOGMÁTICA PENAL)
|
+-------------------------------------------------------------------------------
| • POSICIÓN DE GARANTE DEL CIUDADANO (ESTÁNDAR HIPERESTRICTO):
|
|   Un médico, un padre, un socorrista o un conductor asumen una posición
|   de custodia. Si omiten una acción debida y se produce la muerte o
lesión, se les imputa el resultado a título de homicidio o lesiones
culposas/dolosas (Art. 106, 107 y doctrina general del tipo omisivo
impropio).
```

```
|
|
| • POSICIÓN DE GARANTE DEL ESTADO (ESTÁNDAR VACIADO DE CONTENIDO):
|
|   El Estado tiene constitucionalmente la posición de garante EXCLUSIVA
de la vida, salud e integridad física de las personas privadas de
libertad  bajo su custodia (Corte IDH, Caso *Neira Alegría*, Caso *Penal
Miguel Castro Castro*). Sin embargo, cuando mueren miles de personas bajo
|
|   custodia estatal por sobrepoblación, violencia interna o falta de
salud, ningún fiscal imputa al Ministro de Justicia, al Director Nacional
del Servicio Penitenciario ni a los jueces de ejecución penal por
Homicidio en Comisión por Omisión.
|
+————————————————————————————————————————————————————————
```

El sistema penal exige un nexo de causalidad hipotética férreo para el ciudadano común, pero cuando se trata de la omisión estatal, la dogmática penal diluye la responsabilidad en la "complejidad burocrática", transformando un delito doloso o culposo en una mera "irregularidad administrativa".

El daño masivo del Estado es **violencia por omisión estructural**: no proveer defensa pública adecuada, no separar a los presos preventivos de los condenados, no brindar tratamiento médico en las cárceles, no legislar basándose en ciencia.

Aquí radica la hipocresía legal suprema: si un ciudadano deja de alimentar a su perro y muere, comete delito de maltrato animal por omisión. Si el Estado, por negligencia burocrática deliberada, deja de proveer condiciones mínimas de salubridad a miles de presos —causando muertes por tuberculosis o suicidios—, los funcionarios penitenciarios y los jueces de ejecución penal **no cometen delito por omisión**. El Estado ha creado una figura dogmática —la "omisión impropia" o "comisión por omisión"— que exige una relación de causalidad hiper-estricta y una posición de garante casi imposible de probar contra el aparato estatal. El Estado se protege a sí mismo exigiendo para sí un estándar de imputación por omisión que es jurídicamente inalcanzable.

4.9. El "Estado de Excepción" normalizado y la criminalización de la existencia

Para demostrar por qué los delitos tipificados son conductas de ciudadanos y no de agentes del Estado, es crucial recurrir a la teoría del "Estado de Excepción" de Giorgio Agamben y al concepto de "Naked Life" (*homo sacer*).

El derecho penal tipifica delitos contra la propiedad y la vida, que son, en su mayoría, delitos de **supervivencia o subsistencia económica** de los excluidos. El Estado no tipifica la "pobreza estructural" ni la "violencia institucional" como delitos, porque **el derecho penal es el mecanismo a través del cual el Estado gestiona la "basura social" de su propio sistema económico**.

Cuando un ciudadano roba para comer, viola la norma de propiedad que el Estado garantiza. Cuando el Estado quita la vida a través de la prisión preventiva, no comete homicidio porque el preso queda reducido a *homo sacer*: una vida matable pero insacrificable. El preso preventivo está en un "estado de excepción": suspendido de su derecho a la libertad, pero no protegido por la ley contra los daños que el Estado le inflige —tortura, hacinamiento, enfermedad—. El Estado se autoatribuye la potestad de **suspender el derecho cuando quien transgrede es un subordinado, pero declara sus propias transgresiones como "actos de Estado" inimputables**.

4.10. La injusticia epistémica testimonial y el secuestro del conflicto

La "impunidad epistémica" se puede profundizar con la teoría de la **Injusticia Epistémica** de Miranda Fricker, específicamente la *injusticia testimonial*.

Cuando un ciudadano —o un colectivo de ciudadanos— denuncia que las políticas de "mano dura" o el manicomio carcelario destruyen vidas, el sistema jurídico **deslegitima su testimonio por prejuicio identitario**. Al ciudadano marginado se le exige la carga de la prueba científica y pericial para demostrar el daño. Pero cuando un juez o legislador emite una norma o sentencia, su palabra goza de **"credibilidad epistémica ex officio"**: es verdad jurídica por el simple hecho de venir de la toga o el escaño.

Esto se vincula con el secuestro del conflicto de Nils Christie. El Estado le arrebata el conflicto a la víctima —la sociedad, el preso, la familia— y lo convierte en un "caso jurídico" o "expediente administrativo". Al traducir el daño real en lenguaje jurídico dogmático, el Estado borra la víctima y al victimario estatal. El juez solo habla con la "ley", no con los daños empíricos, blindándose contra la ciencia porque su autoridad no deriva de la evidencia, sino de la forma legal.

4.11. La "Caja de Cristal" procesal: monopolio de la acción penal y *Forum Shopping* Invertido

El cuello de botella institucional: El Ministerio Público Fiscal (MPF) como "Guardián de la Impunidad"

La razón técnica por la cual los agentes del Estado no son judicializados es el **Monopolio de la Acción Penal Pública** (Art. 120 CN Arg, Art. 124 CPP Fed, principios *opportunity principle* en Europa).

Mecanismo real: 1. Ciudadano denuncia a Juez/Legislador por *Mala Praxis Judicial / Legislación Iatrogénica*. 2. **Fiscal (agente del mismo Estado, carrera judicial, mismos incentivos)** evalúa. 3. **Archiva *in limine* (99% casos)** invocando: "Falta de tipicidad", "Actos de gobierno", "Inmunidad", "Discrecionalidad técnica", "Ausencia de dolo". 4. **No hay control jurisdiccional efectivo** (Juez de Garantías/Control no revisa archivo fiscal en la mayoría de sistemas latinos; en EE. UU. *prosecutorial discretion* es casi absoluta).

Dato empírico (Argentina, MPF Nación 2022-2023): - Denuncias contra magistrados/funcionarios por abuso de autoridad/prevaricato: **~1.200/año**. - Requerimientos de instrucción / Imputaciones: **< 2%**. - Condenas firmes con prisión efectiva: **Cero (0) en última década** por decisiones jurisdiccionales/legislativas (solo por cohecho/extorsión personal).

***Forum Shopping* invertido: El Estado elige el Juez (Contencioso Administrativo vs. Penal)**

Cuando el Estado daña masivamente: - **Vía Penal (Ciudadano vs. Estado):** Bloqueada (Monopolio Fiscal, Inmunidades, Falta de tipos). - **Vía Civil/Administrativa (Estado vs. Ciudadano - Daños): Obligatoria**. El Estado **deriva el conflicto a su propio tribunal** (Contencioso Administrativo / Juzgados Civiles), donde: - Jueces son pares/colegas de los demandados. - Se paga con **dinero del contribuyente** (no del funcionario). - No hay pena de prisión, solo indemnización (años de trámite, valor presente depreciado). - **Costumbre:** Estado apela sistemáticamente → Dilatación → Acuerdo bajo extorsión económica.

4.12. Inmunidad judicial y tasas de éxito de reclamos contra agentes estatales

La inmunidad cualificada (*qualified immunity*) y la inmunidad absoluta de jueces y fiscales en sistemas de common law, así como los fueros en sistemas continentales, producen un blindaje empíricamente medible:

- Estudios de tribunales federales estadounidenses muestran que, entre 2015 y 2023, se concedió *summary judgment* por inmunidad cualificada en el 58 % de los casos de derechos civiles (frente al 41 % en 2010).
- En una muestra de casi 1.500 demandas de Octava Enmienda presentadas por personas privadas de libertad (Business Insider, análisis 2018-2022), los demandantes ganaron en menos del 1 % de los casos. Solo el 14 % se resolvió por acuerdo (frente a tasas de liquidación cercanas al 50 % en demandas de derechos civiles de no-prisioneros). La gran mayoría de las reclamaciones por daños graves (violencia, negligencia médica, aislamiento prolongado) fueron desestimadas.
- Cuando se instruye al jurado sobre inmunidad cualificada, la tasa de éxito de los demandantes cae drásticamente.

Estos números documentan una asimetría procesal concreta: el ciudadano que ejerce una profesión regulada (médico, psicólogo) enfrenta responsabilidad penal y civil por mala praxis con estándares de evidencia científica (*Daubert*/*Frye*). El juez o fiscal que dicta medidas que generan daño masivo opera bajo un régimen en el que la probabilidad de condena penal o de responsabilidad personal efectiva es cercana a cero. El blindaje no es retórico; es estadísticamente verificable.

4.13. Datos sobre exoneraciones como medida empírica indirecta del costo humano

El **National Registry of Exonerations** (proyecto conjunto de las universidades de Michigan, California-Irvine y Michigan State, en funcionamiento desde 2012, con base de datos pública y actualizada) documenta, con metodología verificable caso por caso, miles de condenas penales posteriormente revertidas por prueba de inocencia en Estados Unidos, acumulando —según sus propios registros públicos— más de tres décadas combinadas de tiempo de encarcelamiento injustamente sufrido por año de operación del registro.

Lo relevante para el argumento no es solo la cifra agregada, sino un hallazgo estructural que el propio registro documenta de forma consistente: la proporción de casos en los que se identifica **mala conducta oficial** (fiscal o policial: ocultamiento de prueba exculpatoria, testimonio inducido, fabricación de evidencia) como factor contribuyente ronda una fracción muy significativa del total de exoneraciones —y en la inmensa mayoría de esos casos específicos de mala conducta oficial demostrada, no hay consecuencia penal personal para el fiscal o policía involucrado, precisamente por aplicación de la inmunidad absoluta de *Imbler v. Pachtman* ya citada. Este registro es, en sí mismo, una base de datos empírica que documenta caso por caso —con nombre, jurisdicción y expediente verificable— exactamente el fenómeno que el conjunto de textos anteriores describe en términos teóricos.

PARTE V

ZEMIOLOGÍA, CRIMEN DE ESTADO, ECONOMÍA POLÍTICA Y LA VIOLENCIA SIN SUJETO PENALIZABLE

La fundamentación teórica más rigurosa de la tesis central proviene de disciplinas que el derecho penal convencional excluye sistemáticamente: la **zemiología**, la teoría del **crimen de Estado**, la **economía política de la producción normativa** y la sociología crítica de la criminalización.

5.1. Zemiología: el delito legal Vs. el daño social

La **zemiología** —del griego *zemia*, daño—, desarrollada por autores como Paddy Hillyard, Steve Tombs y Simon Pemberton, sostiene que el concepto legal de "delito" es una construcción social que excluye los daños más graves perpetrados en la sociedad.

Comparación de magnitudes:

- Un asalto a mano armada causa trauma a una o dos personas. Es delito penal.
- Un juez que dicta prisiones preventivas masivas condena a miles de personas a la prisionización, pérdida de empleo, trauma transgeneracional de hijos, y muerte

intramuros. Afecta a **millones** cuando se suman las familias. **No existe el tipo penal de "Iatrogenia Judicial Masiva"**.

En Argentina, en solo nueve meses de 2025 hubo **42 muertes bajo custodia estatal** documentadas por la Procuración Penitenciaria. Estas muertes superan con creces los homicidios dolosos cometidos por ciudadanos comunes en muchas jurisdicciones, pero no generan responsabilidad penal para los agentes del Estado.

Como señala la literatura zemiológica, "el propio derecho penal se muestra inidóneo para comprender la amenaza social que supone la criminalidad cometida desde los sectores poderosos". Esta inidoneidad no es un defecto técnico: es un **sesgo de diseño**.

5.2. State Crime: la teoría del crimen de Estado

La teoría del **crimen de Estado** (*state crime*), desarrollada por Penny Green y Tony Ward, sostiene que el Estado no solo comete delitos *a través* de sus agentes, sino que **es estructuralmente incapaz de autoincriminarse** porque controla la definición misma de "delito".

Green y Ward operacionalizan el crimen de Estado mediante el concepto de **"derechos humanos como límite de la desviación"**: una conducta estatal es criminal cuando viola derechos humanos fundamentales de manera sistémica. La prisión preventiva masiva, el hacinamiento y las muertes intramuros no son "errores administrativos" ni "costos sociales": son **violaciones sistémicas de derechos humanos** que, bajo cualquier otra lógica que no sea la autoexoneración estatal, calificarían como crímenes contra la población.

5.3. Muerte social y violencia estructural

Dos conceptos teóricos adicionales permiten comprender por qué el derecho penal se niega a tipificar las conductas estatales:

a) Muerte social (*social death*), de Orlando Patterson. Patterson desarrolló este concepto para describir la esclavitud como una condición de alienación total del sujeto de la comunidad política, lograda mediante rituales legales y simbólicos de degradación. La prisión opera con una lógica análoga: el encierro no es solo privación de libertad, sino **ritual de exclusión que produce estigma de inferioridad y proscripción social**.

b) Violencia estructural, de Johan Galtung. Es la violencia ejercida no por un sujeto individual identificable, sino por **estructuras sociales que truncan el potencial humano**. El sistema penal, en su selectividad y su asimetría, constituye una forma de violencia estructural: priva de años de vida, salud y desarrollo a poblaciones enteras sin que exista un agente individualizable a quien atribuir el daño penalmente.

La implicación es profunda: el derecho penal está diseñado para perseguir violencia con *sujeto* —el ladrón, el asesino—. La violencia del Estado es, por diseño, **violencia**

sin sujeto penalizable: está distribuida entre legisladores, jueces, funcionarios y estructuras burocráticas, de modo que ninguno es individualmente responsable.

Esta es la razón ontológica por la cual el Estado no puede tipificar sus propias conductas como delitos: de hacerlo, tendría que admitir que es *sujeto* de violencia.

5.4. La Economía Política de la producción normativa (Teoría de la Elección Pública / *Public Choice*)

La Escuela de *Public Choice* (James Buchanan, Gordon Tullock) desmantela la visión romántica del Estado como un ente benevolente que persigue el bien común, analizándolo como un **mercado de agentes auto-interesados (políticos, burócratas, jueces) que maximizan presupuesto, poder, estatus y reducción de riesgos personales**.

Los incentivos estructurales del "mercado penal":

El Estado no es un maximizador de bienestar social; es un **mercado de agentes racionales** (políticos, jueces, fiscales, burócratas, sindicatos penitenciarios, empresas privadas) que maximizan:

- **Políticos:** Votos / Aparición en medios (Beneficio concentrado, visible) vs. Costos difusos (impuestos futuros, daño a minorías).
- **Jueces/Fiscales:** *Risk aversion* personal (evitar "el que se fuga mata a alguien y me culpan") → **Sobreuso de prisión preventiva** (Cero costo personal, alto beneficio reputacional de "mano dura").
- **Burócratas/Sindicatos:** Presupuesto / Plazas de empleo / Horas extra → **Interés en hacinamiento** (más presos = más recursos/empleo).

Dato empírico (EE. UU. / Latam): - **EE. UU.:** Cada $1 invertido en *lobby* penitenciario/seguridad privada retorna **$100-$300** en contratos públicos (OpenSecrets / Essie Justice Group). - **Argentina (CABA/Prov. Bs. As.):** El **gasto penitenciario per cápita preso/año** supera **$15.000 - $25.000 USD** (presupuesto oficial / población). El gasto en **alternativas no privativas (electrónica, supervisión)** es **< $2.000 USD/año**. - **Resultado:** El sistema **maximiza la opción 10x más cara y dañina** porque los decisores (jueces, legisladores) **no internalizan el costo** (lo paga el contribuyente) ni el daño (lo sufre el preso).

5.5. La ausencia de análisis de impacto regulatorio (*RIA*) y cláusulas de caducidad (*Sunset Clauses*)

En materias como la aprobación de medicamentos (FDA, EMA) o la regulación ambiental, el Estado exige un **Análisis de Impacto Regulatorio (RIA)** ex-ante, ensayos clínicos controlados y evaluaciones periódicas de costo-beneficio bajo pena de nulidad de la norma.

En el derecho penal ocurre exactamente lo contrario:

- **Inflación penal sin prueba empírica:** El parlamento aprueba aumentos de escalas penales, tipificación de nuevos delitos menores y supresión de beneficios excarcelatorios **sin presentar un solo estudio criminológico de impacto previo**.
- **Ausencia de Cláusulas Sunset:** Ninguna ley penal incluye cláusulas de caducidad automática condicionadas a la demostración de resultados. Si una ley que endureció las penas produce un aumento del 40% en la reincidencia tras 5 años de aplicación, la ley permanece vigente indefinidamente. En cualquier industria privada, un producto con un 40% de fallas letales es retirado obligatoriamente del mercado bajo apercibimiento de quiebra y sanción penal por fraude al consumidor.

La "Trampa del Ratchet" (Trinquete Punitivo) y la ausencia de *Sunset Clauses*:

Teoría: *Public Choice* predice **asimetría temporal**: Es fácil subir penas (ganancia política inmediata), imposible bajarlas (costo político "blando con el delito").

Evidencia: En Argentina (1983-2024): **> 120 reformas penales**. **95% endurecen penas/tipifican nuevos delitos**. **0% incluyen cláusulas *Sunset* (revisión obligatoria a 5 años con métricas de reincidencia/costo)**.

Comparativa: Una ley de medicamentos (ANMAT/FDA) **exige** Fase I-IV + Farmacovigilancia + Retiro si *Risk > Benefit*. Una ley penal **no exige nada**.

5.6. El complejo industrial penitenciario: incentivos económicos

La impunidad del Estado no es solo jurídica: es **económica**. El **complejo industrial penitenciario** (*prison-industrial complex*) designa la red de intereses entre gobierno e industria privada que promueve la expansión del encierro.

En Estados Unidos, la tasa de encarcelamiento se mantuvo estable durante la mayor parte del siglo XX (~110 por 100.000 habitantes), pero se multiplicó por diez hasta alcanzar ~1.000 por 100.000 entre 2006 y 2008. Se construyeron **más de mil nuevas cárceles** en dos décadas.

Este crecimiento no respondió a un aumento del delito, sino a:

- Sindicatos de guardias penitenciarios que presionan por más plazas.
- Políticos que obtienen votos mediante plataformas *tough on crime*.
- Empresas privadas que lucran con la privatización de cárceles y servicios penitenciarios.

Existe una clase de beneficiarios directos —contratistas, sindicatos, políticos— que extrae rentas del encierro masivo. Tipificar como delito las conductas iatrogénicas de los agentes del Estado implicaría desmantelar una industria rentable, lo que explica por qué la legislación penal nunca avanza en esa dirección.

5.7. El costo-oportunidad estructural

Los agentes del Estado que legislan y aplican prisión preventiva masiva no solo causan daño iatrogénico: **malversan recursos públicos con un rendimiento social negativo**.

Datos federales de Estados Unidos (2024) muestran que detener e incarcerar a una persona cuesta **aproximadamente 10 veces más** que supervisarla en la comunidad. Un centro de reingreso residencial cuesta 9 veces más que la supervisión comunitaria. A nivel de detención preventiva, los contribuyentes estadounidenses gastan **USD 14 mil millones anuales** solo en mantener en cárceles a personas no condenadas.

En México, un estudio de la Open Society Foundations calculó que el costo total anual de la prisión preventiva alcanzaba los **9.800 millones de pesos** (datos 2006), equivalente al ingreso anual de **91.000 familias** —más de medio billón de pesos por encima del gasto federal en seguridad pública—.

Si un administrador privado invirtiera fondos de terceros en un proyecto que genera pérdidas 10 veces superiores a la alternativa disponible y además produce muertes, respondería por administración fraudulenta. El legislador que vota "mano dura" no responde por nada.

5.8. La responsabilidad penal de personas jurídicas privadas versus el Estado

Un contraste técnico revelador es el desarrollo de figuras de *corporate manslaughter* / homicidio corporativo (Reino Unido, Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007; leyes análogas en Australia y Canadá). Estas normas permiten responsabilizar penalmente a organizaciones privadas cuando fallos de gestión senior causan muertes.

La aplicación a prisiones estatales o a departamentos de justicia ha sido extremadamente limitada o ineficaz. La definición de "senior management" y la difusión de la responsabilidad a través de la cadena burocrática diluyen la imputación. Resultado: una empresa privada de transporte o una clínica puede enfrentar cargos penales por muertes evitables derivadas de condiciones deficientes; el aparato estatal que administra instituciones de custodia enfrenta, en la práctica, solo responsabilidad administrativa o indemnizatoria pagada con fondos públicos. Esta asimetría normativa es un dato de derecho comparado que confirma el sesgo de diseño.

5.9. El Derecho Comparado de la responsabilidad del Estado-Juez: tres modelos distintos

Vale la pena distinguir con precisión tres regímenes de responsabilidad estatal:

Modelo francés de "falta de servicio" (*faute de service*) vs. "falta personal" (*faute personnelle*): el derecho administrativo francés, desde el fallo *Blanco* (1873, Tribunal de Conflictos) y su desarrollo posterior, distingue entre el error que compromete al

funcionario personalmente (raro, exige dolo o negligencia grosera individualizable) y el que compromete solo al servicio público como tal (la inmensa mayoría de los casos), que se resuelve exclusivamente en sede administrativa con indemnización pagada por el Tesoro público —es decir, por los mismos contribuyentes dañados. Este es el arquetipo jurídico continental de la "difusión de responsabilidad": la doctrina francesa lo teoriza y lo nombra de forma explícita desde el siglo XIX, mucho antes que las formulaciones sociológicas de Arendt o Bauman sobre la burocracia diluyente.

Modelo alemán de responsabilidad estatal subsidiaria (art. 34 de la Ley Fundamental, en conexión con el §839 del BGB): el funcionario responde personalmente solo en caso de dolo o negligencia grave, y aun así el Estado asume la responsabilidad primaria frente a la víctima, quedándole al Estado (no a la víctima) la acción de regreso contra el funcionario —acción que en la práctica se ejerce con muy poca frecuencia. Esto crea un colchón institucional que el ciudadano damnificado por una decisión judicial o legislativa nunca atraviesa: nunca litiga contra la persona que tomó la decisión, sino contra el erario.

Modelo español del "error judicial" (art. 121 de la Constitución de 1978 y arts. 292-297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial): para obtener indemnización por error judicial en España, la víctima debe primero obtener una sentencia que declare expresamente ese error mediante un procedimiento específico ante el Tribunal Supremo —un mecanismo que la propia doctrina española califica como de "prácticamente imposible acceso" por su exigencia probatoria y su brevísimo plazo de caducidad (tres meses desde la resolución que se pretende impugnar). El resultado estadístico documentado por observatorios judiciales españoles es una tasa de éxito ínfima, casi simbólica, de las reclamaciones presentadas —es decir, la vía formal de responsabilidad estatal por error judicial existe en el papel constitucional, pero está diseñada procesalmente para no ser transitable en la práctica.

5.10. Comisiones de la Verdad y Responsabilidad Estatal Post-Transicional

Un elemento comparado adicional: las decenas de comisiones de la verdad creadas en procesos de transición política desde los años 80 (Argentina - CONADEP, 1983; Sudáfrica - TRC, 1995-2003; Perú - CVR, 2001-2003; Colombia - Comisión de la Verdad, 2018-2022, entre muchas otras) constituyen, en conjunto, un patrón institucional reiterado y documentado a escala global: cuando el daño masivo causado por agentes del Estado alcanza una magnitud que resulta políticamente imposible de ignorar del todo, la respuesta institucional preferida no es la vía penal ordinaria (que exigiría imputación individual con el estándar de dolo ya señalado), sino un mecanismo *sui generis* de "reconocimiento de la verdad" que en la mayoría de los casos (el caso sudafricano es el ejemplo paradigmático, con su régimen de amnistías condicionadas a la confesión completa) **sustituye expresamente la responsabilidad penal individual por el reconocimiento narrativo del daño**.

Esto es notable como dato comparado porque muestra que, incluso en los casos más extremos y políticamente reconocidos de daño masivo causado por el aparato estatal (desapariciones forzadas, tortura sistemática, genocidio), la arquitectura institucional

que las propias sociedades han desarrollado tiende estructuralmente a privilegiar mecanismos no penales o penales atenuados —reforzando, desde un ángulo distinto al de la inmunidad procesal ordinaria, la misma tesis: el aparato estatal, incluso cuando reconoce su propio daño masivo, rara vez lo tramita con el mismo instrumento penal que aplica a sus ciudadanos.

5.11. Un matiz importante para Blindar la argumentación: casos donde sí existe responsabilidad penal

Para que el argumento resista objeciones, conviene reconocer con precisión los casos donde el sistema jurídico **sí** ha desarrollado responsabilidad penal efectiva de agentes estatales, porque el contraste mismo refuerza la tesis: la responsabilidad penal de agentes estatales existe y se aplica con relativa efectividad en casos de **corrupción con enriquecimiento personal directo y verificable** (cohecho, malversación con apropiación), y en **delitos de acción individual directa fuera del marco de la "decisión de política pública"** (un policía que golpea individualmente a un detenido en un hecho aislado, por ejemplo, sí puede y de hecho a veces es condenado penalmente por lesiones, precisamente porque ese acto se lee jurídicamente como conducta individual, no como política institucional).

La línea divisoria que emerge con nitidez de esta comparación es la que el propio argumento señala: **el sistema penaliza al agente estatal cuando su conducta se individualiza y se asemeja estructuralmente a la de un ciudadano común actuando fuera de su rol institucional (robar, golpear a alguien puntualmente), pero exonera sistemáticamente la misma o mayor magnitud de daño cuando éste se produce a través del ejercicio normal, seriado y burocráticamente mediado de la función pública (legislar, sentenciar en masa, administrar presupuesto)**.

Esta distinción —daño individualizado vs. daño mediado por función seriada— es, formulada con esta precisión, un aporte analítico que agudiza el argumento zemiológico ya presente, porque explica el mecanismo exacto por el cual la "difusión de responsabilidad burocrática" opera jurídicamente, no solo sociológicamente.

PARTE VI

GORIZIA COMO PARADIGMA: LA LECCIÓN DE BASAGLIA PARA LA DESCARCELIZACIÓN

El movimiento de desmanicomialización liderado por Franco Basaglia en Italia no solo demostró que el manicomio era iatrogénico, sino que **puso a los psiquiatras en el banquillo de los acusados** —como en el famoso juicio de Gorizia— por violencia institucional. El movimiento de descarcelización debe dar el mismo paso: no solo desmantelar la prisión, sino **desnudar la impunidad epistémica y penal de sus arquitectos** —legisladores, jueces y funcionarios del ejecutivo—.

6.1. El experimento de Gorizia (1961-1969)

En Gorizia, Basaglia —inspirado por Sartre, Goffman (*Asylums*), Foucault, Fanon y Laing— trató el manicomio como una **"institución total"** que reducía a los pacientes a "no-personas" o "hombres huecos". Su método no fue reformar el tratamiento médico, sino **negar la institución** (*L'istituzione negata*, 1968): destruyó muros y rejas, eliminó la contención física, redujo las electroshocks y estableció asambleas generales donde pacientes y personal debatían en pie de igualdad.

El movimiento basagliano fue explícitamente **anti-fascista y de derechos humanos**: consideraba que el manicomio era un campo de concentración, no un hospital, y que los 100.000 internados en Italia habían sido borrados de la historia.

6.2. La Ley 180 de 1978 como Ley de Liberación

La Ley 180 de 1978 no fue una reforma sanitaria: fue una **ley de liberación**. Cerró los manicomios italianos y prohibió la construcción de nuevos, sustituyéndolos por una red de servicios comunitarios de salud mental.

La lección para la descarcelización es que no basta con demostrar que la cárcel es iatrogénica. Basaglia triunfó porque **puso a los psiquiatras y a la institución psiquiátrica en la posición de acusados**, no solo de técnicos bienintencionados.

6.3. La aplicación al movimiento de descarcelización

La descarcelización requiere el mismo salto: transformar al juez, al legislador y al funcionario penitenciario de **operador neutral** a **agente potencialmente responsable** del daño que causa, con los mismos estándares de evidencia y rendición de cuentas que se exigen a cualquier profesional de la salud.

Este es el paso histórico que falta: la descarcelización no será completa hasta que el Código Penal deje de ser solo un manual de castigo para los pobres, y se convierta también en un mecanismo de rendición de cuentas para los arquitectos del sufrimiento social.

PARTE VII

PROPUESTAS DE REFORMA: TIPIFICAR LA IATROGENIA INSTITUCIONAL

Para que el movimiento de descarcelización tenga el mismo impacto histórico que la Ley 180 de Basaglia, debe exigir la **asimilación de los agentes del Estado a los estándares de responsabilidad científica y penal de los profesionales de la salud**. Esto implica proponer y luchar por nuevas figuras penales o reformas constitucionales que eliminen la impunidad epistémica.

MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL FUNCIONARIA Y ESTATAL

1. TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE «MALA PRAXIS JUDICIAL DOLOSA O CON CULPA TEMERARIA»

- Tipo objetivo: El juez o fiscal que dictare medidas privativas de la libertad (preventivas o definitivas) omitiendo deliberadamente la consideración de evidencia científica consolidada sobre la innecesariedad del encierro o la iatrogenia de la medida, causando daño neuropsíquico, suicidio o muerte del imputado, será sancionado con pena de inhabilitación perpetua y privación de libertad equivalente a las lesiones/homicidio.

2. INCORPORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

- Aplicar la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los Ministerios de Seguridad, Justicia y Servicios Penitenciarios.
- Imposición de sanciones de disolución, intervención judicial externa, embargo de fondos para reparación directa de víctimas y clausura de establecimientos carcelarios que operen en condiciones infrahumanas.

3. IMPLEMENTACIÓN DEL «HABEAS CORPUS CIENTÍFICO O TEST DAUBERT PENAL»

- Obligación procesal del Estado (fiscal y juez) de presentar pericias empíricas bajo estándar Daubert antes de enviar a cualquier ciudadano al encierro.
- Si el Estado no puede demostrar con datos que la prisión produce mejor seguridad pública que las alternativas comunitarias, la medida custodial se declara nula de pleno derecho y el juez incurre en prevaricato.

4. DEROGACIÓN DE FUEROS PROCESALES ANTE VIOLACIONES SISTÉMICAS DE DDHH

- Supresión absoluta de la inmunidad procesal para legisladores y jueces cuando sean imputados por delitos de lesa humanidad institucional, tortura carcelaria masiva o muerte bajo custodia estatal.

7.1. Delito de mala praxis judicial dolosa o con culpa temeraria

Si un juez ordena una prisión preventiva ignorando deliberadamente la evidencia científica disponible —por ejemplo, encerrar a una persona con patología psiquiátrica severa en aislamiento, o usar la preventiva como pena anticipada sin riesgo procesal real—, y esto resulta en un daño iatrogénico severo —suicidio, psicosis, muerte—, el juez debe responder penalmente por **lesiones u homicidio culposo por mala praxis institucional**, perdiendo su fuero de manera automática ante la evidencia del daño.

Tipo objetivo: El juez o fiscal que dictare medidas privativas de la libertad —preventivas o definitivas— omitiendo deliberadamente la consideración de evidencia científica consolidada sobre la innecesariedad del encierro o la iatrogenia de la medida, causando daño neuropsíquico, suicidio o muerte del imputado, será sancionado con pena de inhabilitación perpetua y privación de libertad equivalente a las lesiones u homicidio.

Fundamentación: El principio es idéntico al que rige para los profesionales de la salud: quien ejerce poder sobre otro tiene el deber de basar sus decisiones en el mejor conocimiento disponible. La independencia judicial no es una licencia para ignorar la ciencia.

7.2. Delito de legislación iatrogénica dolosa o negligente

Los legisladores que votan leyes de "mano dura" —por ejemplo, rebaja de edad de imputabilidad, supresión de libertades condicionales— deben estar obligados por ley a presentar **Estudios de Impacto Empírico previos** (como se exige en salud pública). Si votan leyes que la criminología empírica ya ha demostrado que aumentan la reincidencia y el hacinamiento —generando muertes—, deben enfrentar responsabilidad penal por **daño a la salud pública y malversación de fondos** (ya que gastan el dinero de los contribuyentes en un sistema que fracasa).

Tipo propuesto: El legislador que vote o promueva normas que establezcan penas privativas de libertad, supresión de beneficios excarcelatorios o ampliación de prisión preventiva **sin adjuntar Estudio de Impacto Regulatorio (RIA) criminológico vinculante** (metodología *Campbell Collaboration / RCT* donde sea posible) que demuestre **reducción neta de daño social** (reincidencia, victimización, costo) superior a alternativas no privativas.

Pena: Inhabilitación perpetua para cargos públicos y prisión de 3 a 8 años si la norma produce hacinamiento crítico (>110% capacidad) o aumento de muertes intramuros > 2 DE vs. media histórica.

Garantía: Acción penal pública **iniciativa privada** (querella particular/adhesiva) sin intervención del MPF (rompe monopolio).

Fundamentación: La función legislativa no es una licencia para causar daños masivos y previsibles. El principio de responsabilidad objetiva por riesgo creado, que rige para los profesionales de la salud, debe extenderse a los legisladores.

7.3. Habeas Corpus Científico: inversión de la carga de la prueba

Así como un médico debe justificar por qué receta un fármaco tóxico, el Estado —a través del fiscal y el juez— debe ser obligado a presentar **evidencia empírica** de que la privación de libertad que están a punto de dictar producirá un resultado neto superior al de las alternativas comunitarias. Si no pueden presentar esos datos —porque no existen—, la orden de prisión debe ser considerada **prevaricato** o **privación ilegal de la libertad**.

Obligación procesal del Estado: El fiscal y el juez deben presentar pericias empíricas bajo estándar Daubert antes de enviar a cualquier ciudadano al encierro. Si el Estado no puede demostrar con datos que la prisión produce mejor seguridad pública que las alternativas comunitarias, la medida custodial se declara nula de pleno derecho y el juez incurre en prevaricato.

Regla específica: En toda audiencia de prisión preventiva / revisión, **el Estado (Fiscal/Juez) tiene la carga de la prueba (Standard: Preponderancia de la evidencia / >50%)** de demostrar que: 1. La medida es **necesaria** (no hay alternativa menos restrictiva validada). 2. La medida **no causa daño neurobiológico/psicosocial irreversible** (pericial obligatoria *ex officio*). 3. La medida tiene **probabilidad > 70% de reducir riesgo procesal específico** (herramienta validada *Daubert*).

Consecuencia de no prueba: Libertad inmediata + Apertura automática de causa por *Mala Praxis Judicial* contra el juez/fiscal interviniente.

Fundamentación: La carga de la prueba debe recaer sobre quien ejerce el poder de privar de libertad, no sobre quien lo sufre. El principio *in dubio pro reo* se extiende al ámbito epistémico: ante la duda sobre la eficacia del encierro, debe prevalecer la libertad.

7.4. Incorporación de la responsabilidad penal de los órganos del Estado

Debe aplicarse la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los Ministerios de Seguridad, Justicia y Servicios Penitenciarios.

Sanciones propuestas: - Disolución de los órganos responsables. - Intervención judicial externa. - Embargo de fondos para reparación directa de víctimas. - Clausura de establecimientos carcelarios que operen en condiciones infrahumanas.

Tipo específico: Aplicar la **teoría de la imputación orgánica** (Roxin, *Ley 20.393 Chile / Corporate Manslaughter UK*) a **Ministerios de Justicia/Seguridad, Servicios Penitenciarios, Policías**.

Sujeto Activo: La Persona Jurídica Pública (Estado) y sus **Tomadores de Decisión** (Ministros, Directores Nacionales, Jueces de Ejecución).

Hecho: Mantener sistemas de custodia en condiciones que violen *Reglas Mandela* (ONU) (superpoblación > 100%, ausencia de salud mental, aislamiento prolongado > 15 días) tras **intimación judicial/defensorial fehaciente**.

Sanción Penal: Disolución de la unidad organizativa (cierre de cárcel), **Intervención Judicial Externa** con poder de veto presupuestario, **Embargo de fondos específicos** para reparación víctimas (no caja general), **Prisión para Directores** por comisión por omisión (pos. garante).

Fundamentación: Mientras que en las últimas tres décadas el derecho penal internacional ha evolucionado para consagrar la **responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas** —empresas, corporaciones— bajo la teoría del "defecto de organización" o "riesgo empresarial", **el Estado se autoexcluyó expresamente de esta normativa en todos los Códigos Penales modernos**. Esta asimetría debe eliminarse.

7.5. Derogación de fueros procesales ante violaciones sistémicas de Derechos Humanos

Los fueros deben mantenerse para proteger la independencia política frente a persecuciones partidarias, pero no para blindar la **violencia institucional sistemática**. Cuando un agente del Estado causa daño masivo y previsible a través de políticas públicas, debe aplicarse el principio de **responsabilidad objetiva por riesgo creado**, como ocurre con los médicos y los profesionales de la salud.

Propuesta concreta: Supresión absoluta de la inmunidad procesal para legisladores y jueces cuando sean imputados por delitos de lesa humanidad institucional, tortura carcelaria masiva o muerte bajo custodia estatal.

Fundamentación: La inmunidad soberana es una herencia medieval incompatible con el Estado democrático de derecho. Los agentes del Estado no son súbditos del rey: son servidores públicos sujetos al imperio de la ley y a los estándares de evidencia científica.

7.6. Responsabilidad penal por violencia estructural

Debe crearse un tipo penal específico que tipifique la **"violencia estructural"**: la violación sistemática de derechos humanos fundamentales mediante políticas públicas que, por diseño, causan daños masivos sin un sujeto individualizable. Este tipo penal se aplicaría a los funcionarios de alto rango que diseñan, implementan o administran políticas que causan muerte, lesiones graves o daño neurológico objetivable a poblaciones bajo su autoridad.

Fundamentación: La violencia estructural es la forma más grave de violencia porque afecta a millones de personas sin que exista un agente individualizable. El derecho penal debe evolucionar para capturar esta forma de violencia, como ha evolucionado para capturar el genocidio o los crímenes de lesa humanidad.

7.7. Propuesta técnica: "Código Penal Simétrico" - reformas dogmáticas inmediatas

Para operativizar la "descarcelización" exigiendo simetría, se proponen **tipificaciones concretas** (lenguaje técnico legislativo) que no existen hoy:

ARTÍCULO 1: Mala Praxis Judicial Sistémica (Nuevo Art. 269 bis CP)

Tipo: El magistrado o fiscal que, en ejercicio de sus funciones, dicte o promueva medidas privativas de libertad (preventivas, de seguridad, ejecución) **omitiendo deliberadamente** la evaluación de evidencia científica consolidada (*standard Daubert/Frye/COCHRANE*) sobre la **ineficacia criminológica** o **iatrogenia neurobiológica** de dichas medidas, y ello resultare en daño grave a la integridad psicofísica (lesiones Arts. 89-91) o muerte del imputado/condenado.

Pena: Prisión de 4 a 12 años e inhabilitación especial perpetua.

Atenuante: Si repara el daño integralmente antes de sentencia.

Aclaración: La "evidencia científica consolidada" será determinada por peritos de parte y *amicus curiae* de academias nacionales de medicina/criminología, no por la jurisprudencia de la propia Corte.

ARTÍCULO 2: Legislación Penal Iatrogénica Dolosa (Nuevo Art. 248 ter CP)

Tipo: El legislador que vote o promueva normas que establezcan penas privativas de libertad, supresión de beneficios excarcelatorios o ampliación de prisión preventiva **sin adjuntar Estudio de Impacto Regulatorio (RIA) criminológico vinculante** (metodología *Campbell Collaboration / RCT* donde sea posible) que demuestre **reducción neta de daño social** (reincidencia, victimización, costo) superior a alternativas no privativas.

Pena: Inhabilitación perpetua para cargos públicos y prisión de 3 a 8 años si la norma produce hacinamiento crítico (>110% capacidad) o aumento de muertes intramuros > 2 DE vs. media histórica.

Garantía: Acción penal pública **iniciativa privada** (querella particular/adhesiva) sin intervención del MPF (rompe monopolio).

ARTÍCULO 3: Responsabilidad Penal del Estado-Organización (Nuevo Título XI CP)

Tipo: Aplicar la **teoría de la imputación orgánica** (Roxin, *Ley 20.393 Chile / Corporate Manslaughter UK*) a **Ministerios de Justicia/Seguridad, Servicios Penitenciarios, Policías**.

Sujeto Activo: La Persona Jurídica Pública (Estado) y sus **Tomadores de Decisión** (Ministros, Directores Nacionales, Jueces de Ejecución).

Hecho: Mantener sistemas de custodia en condiciones que violen *Reglas Mandela* (ONU) (superpoblación > 100%, ausencia de salud mental, aislamiento prolongado > 15 días) tras **intimación judicial/defensorial fehaciente**.

Sanción Penal: Disolución de la unidad organizativa (cierre de cárcel), **Intervención Judicial Externa** con poder de veto presupuestario, **Embargo de fondos específicos** para reparación víctimas (no caja general), **Prisión para Directores** por comisión por omisión (pos. garante).

ARTÍCULO 4: Habeas Corpus Epistémico / Carga de la prueba invertida (Nuevo Art. 210 bis CPP)

Regla: En toda audiencia de prisión preventiva / revisión, **el Estado (Fiscal/Juez) tiene la carga de la prueba (Standard: Preponderancia de la evidencia / >50%)** de demostrar que: 1. La medida es **necesaria** (no hay alternativa menos restrictiva validada). 2. La medida **no causa daño neurobiológico/psicosocial irreversible** (pericial obligatoria *ex officio*). 3. La medida tiene **probabilidad > 70% de reducir riesgo procesal específico** (herramienta validada *Daubert*).

Consecuencia de no prueba: Libertad inmediata + Apertura automática de causa por *Mala Praxis Judicial* (Art. 269 bis) contra el juez/fiscal interviniente.

7.8. Responsabilidad penal por ceguera epistémica funcional

Tipo propuesto: *El funcionario público que, teniendo el deber de conocer la evidencia científica disponible sobre los efectos de sus decisiones, se abstiene de consultarla o la desestima sin fundamento técnico, causando daño grave, será penado como autor de lesiones/homicidio culposo agravado.*

Fundamentación: La teoría de la **ceguera deliberada** (*willful blindness*) establece que quien evita deliberadamente conocer la verdad para no tener *mens rea*, actúa con dolo. Los agentes estatales tienen acceso obligado a la información criminológica disponible; su decisión de ignorarla no es neutralidad, sino complicidad activa con el daño.

SÍNTESIS CONCLUSIVA

El análisis exhaustivo demuestra que:

1. **La asimetría del derecho penal no es una anomalía casual; es su lógica de diseño constitutiva.** El Código Penal fue estructurado históricamente para disciplinar la conducta de los gobernados, mientras el derecho administrativo e institucional fue diseñado para proteger a la burocracia soberana de las consecuencias de sus propias decisiones.

2. **El Estado aplica un doble estándar epistémico intolerable:** exige ciencia y *lex artis* rigurosa a los profesionales privados bajo amenaza de prisión, pero

gobierna el sistema penal mediante pseudociencia punitiva, dogmática arcaica y populismo legislativo inmune a la evaluación de resultados.

3. **La tipificación asimétrica no es una falla del sistema, sino su condición de existencia.** El Estado liberal-democrático sostiene su monopolio de la violencia legítima mediante tres mecanismos de impunidad epistémica: **(a)** la dogmática jurídica como refugio para evadir la actualización científica (*lex artis*); **(b)** la difusión burocrática que neutraliza el dolo en la violencia estructural; y **(c)** la asimetría en la imputación por omisión.

4. **La impunidad estatal no es un vacío legal, es una arquitectura dogmática completa:**
   - **Diseño del Tipo Penal:** Excluye la violencia burocrática/estructural (*actus reus* inadecuado).
   - **Estándar Epistémico:** Exime al juez/legislador de la *lex artis* científica (*Daubert*) que exige al médico/perito.
   - **Economía de Incentivos:** *Public Choice* garantiza inflación punitiva (beneficio político concentrado, costo social difuso).
   - **Blindaje Procesal:** Monopolio de la acción penal (Fiscal) + Inmunidades + Fueros + *Discretionary Function Exception* = **Cero riesgo personal**.
   - **Externalización del Daño:** Neurobiología demuestra **lesiones gravísimas/homicidio culposo masivo**; Zemiología lo cuantifica como **daño social superior al crimen callejero**; Derecho Penal lo clasifica como **"costo de la justicia"**.
5. **La descarcelización exige desmantelar la impunidad de los operadores del sistema.** No habrá transformación real del sistema de castigo mientras los costos de las leyes y sentencias iatrogénicas sean transferidos íntegramente a los contribuyentes y a los condenados, mientras los legisladores y magistrados que diseñan y ejecutan este dispositivo gocen de inmunidad civil, penal y política absoluta.

6. **Para que el movimiento de descarcelización triunfe, no basta con demostrar la iatrogenia; debe destruir la dogmática jurídica que blinda la violencia estatal.** Debe exigir que los agentes del Estado sean juzgados con la misma *lex artis* científica que los profesionales de la salud, convirtiendo el "criterio judicial" o la "política criminal" en lo que realmente son cuando ignoran la evidencia: **mala praxis institucional dolosa y homicidio social por negligencia**.

7. **La descarcelización real exige romper esta arquitectura tipificando la *Iatrogenia Estatal* con los mismos estándares de *lex artis*, carga de la prueba y pena privativa que se exigen al ciudadano común.** Cualquier reforma que no incluya **responsabilidad penal personal del juez/legislador/funcionario por mala praxis epistémica** es cosmética.

Los agentes del Estado —los "médicos" de lo social— recetan la cárcel a millones de personas sabiendo que es un placebo tóxico, no rinden cuentas por las miles de muertes y traumas que su "receta" provoca, se pagan a sí mismos con los impuestos de sus víctimas, y se esconden detrás de la toga, el escaño y el fuero para no ser tratados como lo que, en cualquier otra profesión, serían: **criminales de cuello blanco especializados en violencia institucional**.

La prueba empírica ya está dada. La fundamentación teórica ya está construida. El precedente histórico —la Ley 180 de Basaglia— ya está establecido.

Lo que falta es la voluntad política de quienes se benefician de la asimetría.

Y es precisamente por eso que la reforma debe ser impulsada desde abajo: desde los movimientos sociales, desde las organizaciones de derechos humanos, desde la academia crítica, desde los familiares de las víctimas del sistema penal. Solo la presión democrática podrá romper el círculo vicioso de la impunidad epistémica y obligar al Estado a someterse a los mismos estándares de evidencia y responsabilidad que exige a sus ciudadanos.

La historia de Basaglia demuestra que es posible. El manicomio parecía eterno, natural e inevitable, hasta que dejó de serlo. La prisión parece eterna, natural e inevitable. Nuestra tarea es demostrar que no lo es.

Referencias bibliográficas fundamentales

1. **Faigman, D. L., Blumenthal, J. A., Cheng, E. K., Mnookin, J. L., Murphy, E. E., & Sanders, J. (2016).** *Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony*. Thomson Reuters.
2. **Buchanan, J. M., & Tullock, G. (1962).** *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. University of Michigan Press.
3. **Chemerinsky, E. (2021).** *Closing the Courthouse Door: How the Supreme Court Made Your Rights Unenforceable*. Yale University Press.
4. **Christie, N. (1977).** Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, 17(1), 1-15.
5. **Box, S. (1983).** *Power, Crime and Mystification*. Tavistock Publications.
6. **Chambliss, W. J. (1989).** State-organized crime. *Criminology*, 27(2), 183-208.
7. **Baratta, A. (1982).** *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo XXI.
8. **Zaffaroni, E. R. (2006).** *El enemigo en el derecho penal*. Dykinson.
9. **Tombs, S., & Hillyard, P. (2004).** *Beyond Criminology? Taking Harm Seriously*. Pluto Press.
10. **Ferrajoli, L. (1989).** *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. Laterza.
11. **Green, P., & Ward, T. (2004).** *State Crime: Governments, Violence and Corruption*. Pluto Press.
12. **Hillyard, P., Pantazis, C., Tombs, S., & Gordon, D. (2004).** *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*. Pluto Press.

13. **Fricker, M. (2007).** *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press.
14. **Agamben, G. (2005).** *State of Exception*. University of Chicago Press.
15. **Patterson, O. (1982).** *Slavery and Social Death: A Comparative Study*. Harvard University Press.
16. **Galtung, J. (1969).** Violence, peace, and peace research. *Journal of Peace Research*, 6(3), 167-191.
17. **Dobbie, W., Grönqvist, H., Niknami, S., Palme, M., & Priks, M. (2018).** The intergenerational effects of parental incarceration. *NBER Working Paper No. 24186*.
18. **Cid Moliné, J. (2007).** ¿Es la prisión criminógena? Un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 19, 427-456.
19. **Basaglia, F. (1968).** *L'istituzione negata*. Einaudi.
20. **Arendt, H. (1963).** *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. Viking Press.
21. **Bauman, Z. (1989).** *Modernity and the Holocaust*. Cornell University Press.
22. **Mitchell, O., et al. (2023).** Risk assessment tools in pretrial detention decisions: A meta-analysis. *Law and Human Behavior*, 47(4), 512-534.
23. **Haney, C. (2023).** The neurobiological consequences of solitary confinement: A review of recent evidence. *Annual Review of Criminology*, 6, 241-264.
24. **Meijers, J., Harte, J. M., & Scherder, E. J. A. (2024).** Long-term effects of imprisonment on brain structure and function. *Nature Human Behaviour*, 8, 312-328.
25. **National Registry of Exonerations.** (2024). *Annual Report*. University of Michigan Law School.
26. **Munger, M. C. (2018).** *Tomorrow 3.0: Transaction Costs and the Sharing Economy*. Cambridge University Press.
27. **OpenSecrets.** (2024). *Prison Industry Lobbying Data*. Center for Responsive Politics.
28. **Procuración Penitenciaria de la Nación (Argentina).** (2025). *Informe Anual 2024-2025*.
29. **Open Society Foundations.** (2006). *El costo de la prisión preventiva en México*.
30. **Stump v. Sparkman**, 435 U.S. 349 (1978).
31. **Imbler v. Pachtman**, 424 U.S. 409 (1976).
32. **Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals**, 509 U.S. 579 (1993).
33. **Global-Tech Appliances v. SEB S.A.**, 563 U.S. 754 (2011).
34. **Roper v. Simmons**, 543 U.S. 551 (2005).
35. **Graham v. Florida**, 560 U.S. 48 (2010).
36. **Schmidt and Šmigol v. Estonia**, App. No. 3501/20 (ECtHR, 2023).
37. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Serie C No. 20 (1995).

38. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Serie C No. 160 (2006).

Capa 5: El marco teórico y retórico de la nivelación penal

«La contradicción performativa del Estado y el imperativo republicano de autolimitación»

5.0. Principio epistemológico de esta capa

Las capas precedentes han establecido, con evidencia convergente de la criminología experimental, la neurociencia, la psiquiatría, la economía, la sociología, la historia, la antropología jurídica y el derecho internacional, que el encierro institucional es una tecnología iatrogénica que produce el daño que dice curar. La Capa 1 demostró que el encierro no funciona y daña: no reduce la reincidencia comparado con sanciones comunitarias, produce deterioro neurocognitivo equivalente a una década de envejecimiento cerebral, multiplica la mortalidad post-liberación entre 12 y 40 veces en la primera semana, agrava los trastornos psiquiátricos preexistentes y destruye las condiciones de co-regulación vincular que la neurociencia identifica como necesarias para el cambio terapéutico. La Capa 2 demostró que el encierro es carísimo y desintegra: cuesta entre 3 y 10 veces más que las alternativas comunitarias disponibles, malversa recursos públicos al mantener políticas ineficaces a sabiendas de la evidencia, destruye familias, transmite trauma intergeneracional y desorganiza comunidades enteras. La Capa 3 demostró que el encierro es contradictorio con los principios que el propio Estado de Derecho proclama como fundacionales: ninguna de las tradiciones filosófico-jurídicas canónicas sostiene empíricamente que el encierro produce rehabilitación, la práctica sistemática contradice cada una de las normas internacionales de derechos humanos, y la ausencia de rendición de cuentas viola el principio de igualdad ante la ley. La Capa 4 demostró que el encierro no es natural ni eterno: es una invención reciente, culturalmente específica, impuesta globalmente por la violencia colonial, y la mayoría de las civilizaciones humanas gestionaron el daño mediante restitución, mediación, reintegración y vergüenza reintegrativa.

La Capa 5 no repite esa demostración empírica. Su función es distinta y estratégicamente decisiva: proporcionar el marco teórico, retórico y operativo que blinda la tesis de la nivelación penal contra las objeciones previsibles del excepcionalismo estatal y la convierte en una arquitectura jurídica exigible, operacionalizable y constitucionalmente inatacable.

Esta capa se sostiene sobre seis pilares teóricos de primer orden:

- El republicanismo cívico de Philip Pettit, que redefine la libertad no como mera ausencia de interferencia, sino como ausencia de dominación —esto es, la inexistencia de un poder arbitrario que pueda interferir en la vida de los ciudadanos sin rendir cuentas.

- La teoría de la *accountability* horizontal de Guillermo O'Donnell, que distingue entre la rendición de cuentas vertical (elecciones, prensa) y la horizontal (agencias estatales que controlan a otras agencias estatales, incluido el derecho penal aplicado a funcionarios), y que identifica el control entre agencias estatales como condición de la democracia.

- La Escuela de la Elección Pública (*Public Choice*) de James Buchanan y Gordon Tullock, que desmitifica al Estado como ente benevolente y lo analiza como un mercado de agentes auto-interesados —políticos, burócratas, jueces— que maximizan poder, presupuesto, reelección y aversión al riesgo personal. Esta perspectiva explica por qué el sistema penal es asimétrico: no es un error de diseño, sino el resultado de incentivos estructurales que premian el encarcelamiento y castigan la liberación.

- La teoría del dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*) de Claus Roxin, que permite imputar penalmente al vértice del poder burocrático por los crímenes cometidos a través de aparatos despersonalizados. Esta teoría, originalmente concebida para juzgar crímenes de Estado en regímenes dictatoriales, debe extenderse formalmente a la administración pública del Estado democrático para romper la difusión burocrática de la responsabilidad que hoy garantiza la impunidad.

- La zemiología del poder de Steve Box, William Chambliss, Penny Green, Tony Ward, Paddy Hillyard y Steve Tombs, que desplaza el foco del delito legal al daño social masivo y demuestra que la violencia estatal —hacinamiento, muertes intramuros, daño intergeneracional, ecocidio— supera cuantitativamente en órdenes de magnitud el crimen callejero, pero el derecho penal la clasifica como «externalidad» o «costo de la justicia».

- La ciencia política de Douglass North, John Wallis y Barry Weingast, que identifica la *rule of law for elites* como condición de transición del feudalismo burocrático a la democracia constitucional: una sociedad solo alcanza un orden de acceso abierto cuando las élites se someten a las mismas reglas impersonales que rigen para el resto de la población.

Ambos marcos convergen en una conclusión ineludible: un Estado que se autodefine como republicano y democrático, pero que se exime sistemáticamente de la tipificación penal de sus propias conductas dañosas, incurre en una contradicción performativa que socava su propia legitimidad. La nivelación penal —la exigencia de que los agentes del Estado sean juzgados con los mismos estándares de evidencia y responsabilidad que exigen a los ciudadanos— no es una concesión a la crítica antisistema. Es la condición de posibilidad de un Estado de Derecho coherente con sus propios principios.

Regla de clasificación epistémica: cada afirmación de esta capa se clasifica como EVIDENCIA (texto legal, sentencia, informe institucional, estudio empírico), CONVERGENCIA (múltiples fuentes independientes con dirección consistente), INTERPRETACIÓN (análisis propio a partir de los datos) o AXIOMA NORMATIVO

(principio normativo no derivable empíricamente pero constitutivo del Estado de derecho).

5.1. La contradicción performativa y el imperativo republicano de autolimitación

5.1.1. Definición y formulación

La contradicción performativa es, en su formulación clásica (Habermas, Alexy), aquella situación en la que el contenido de un enunciado contradice las condiciones necesarias de su enunciación. Una persona que dice «no hablo español» en español incurre en una contradicción performativa: el acto de enunciación desmiente el contenido de lo enunciado. No es un error factual que pueda corregirse con más información; es una imposibilidad lógica inscrita en la estructura misma del acto comunicativo.

Aplicado al Estado penal contemporáneo, la contradicción performativa adopta la siguiente forma:

El Estado declara que la violencia, el abuso y el daño son ilegítimos, y que el derecho penal existe para proteger a los ciudadanos de ellos. Sin embargo, el mismo Estado institucionaliza la violencia en forma de cárcel, abusa del condenado con aislamiento prolongado y hacinamiento, y causa daño masivo y científicamente verificable a través de sus propias políticas públicas —sin que sus agentes enfrenten responsabilidad penal alguna por esos daños.

EVIDENCIA: El estudio catalán de Cid Moliné (2007), utilizando un diseño cuasi-experimental que controlaba variables de edad, historial delictivo y tipo de delito, demostró que la probabilidad de reincidencia se incrementa un 171 % para personas de riesgo bajo cuando se les impone prisión en vez de suspensión, un 135 % para riesgo medio y un 36 % para riesgo alto. El Estado aplica este «tratamiento» a millones de personas sin que sus jueces, legisladores y funcionarios enfrenten responsabilidad penal alguna.

EVIDENCIA: Binswanger et al. (2007), publicado en el *New England Journal of Medicine*, demostró que en las dos primeras semanas post-liberación, el riesgo de muerte (sobredosis, suicidio, homicidio) es 12 a 40 veces mayor que en la población general. Zlodre y Fazel (2012), publicado en *Addiction*, confirman un riesgo 4 a 8 veces mayor en el primer año. El Estado produce activamente las condiciones de mortalidad elevada y no rinde cuentas por ello.

Esta contradicción no es un problema moral menor. No es una cuestión de «buenas intenciones» que se frustran en la implementación. Es una contradicción estructural que socava la legitimidad del Estado de Derecho en su fundamento mismo: si el Estado se define como el garante de la ley y la ley prohíbe la violencia, el abuso y el daño, entonces el Estado que ejerce violencia, abuso y daño a escala masiva a través de sus

propias instituciones se contradice a sí mismo en el acto mismo de ejercer el poder que dice legitimar.

5.1.2. La triple faz de la contradicción

La contradicción performativa del Estado penal no es única, sino que se despliega en tres niveles interconectados que se refuerzan mutuamente:

a) Contradicción normativa. El Estado se autoconstituye como Estado de derecho —un orden jurídico que somete a todos, incluido el propio Estado, al imperio de la ley— pero mantiene una estructura penal asimétrica en la que los ciudadanos están sometidos a tipos penales precisos y severos, mientras que los agentes estatales gozan de una impunidad epistémica, procesal y sustantiva por los daños masivos que causan en el ejercicio de sus funciones.

EVIDENCIA: En Argentina, menos del 2 % de las denuncias contra magistrados llegan a imputación, y no hay condenas firmes en la última década por decisiones jurisdiccionales (datos del Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2022-2023). En Estados Unidos, la inmunidad absoluta de los fiscales (*Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409, 1976) y la inmunidad cualificada de los jueces (*Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349, 1978) han hecho prácticamente imposible la persecución penal de los agentes estatales por daños causados en el ejercicio de sus funciones. En una muestra de casi 1.500 demandas de la Octava Enmienda presentadas por personas privadas de libertad, los demandantes ganaron en menos del 1 % de los casos.

Esta asimetría viola el principio de igualdad ante la ley que es fundacional del Estado de derecho. No se trata de que los agentes estatales deban ser tratados con mayor severidad que los ciudadanos; se trata de que no pueden ser tratados con menor severidad cuando causan daños equivalentes o superiores. La igualdad ante la ley exige simetría, no privilegio.

b) Contradicción epistémica. El Estado exige a los profesionales privados —médicos, psicólogos, ingenieros, peritos— que basen sus decisiones en el mejor conocimiento científico disponible, bajo amenaza de responsabilidad penal por mala praxis. Pero el propio Estado legisla, juzga y administra sin someterse a ese mismo estándar.

EVIDENCIA: El estándar *Daubert* (*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579, 1993) exige que cualquier peritaje o intervención técnica se base en teoría o técnica que haya sido sometida a prueba empírica, con tasa de error conocida y consenso en la comunidad científica. Un médico que aplica un tratamiento sin respaldo *Daubert* es procesado por mala praxis. Un juez que ordena una prisión preventiva sin considerar la evidencia criminológica sobre su iatrogenia no enfrenta consecuencia alguna.

EVIDENCIA: Un metaanálisis de Mitchell et al. (2023, *Law and Human Behavior*) sobre herramientas de riesgo (COMPAS, LSI-R, SAVRY) usadas por jueces y fiscales para dictar prisión preventiva muestra: AUC promedio de 0,65-0,71 (bajo/moderado; 0,5 =

azar), tasa de falsos positivos del 30-45 %, y sesgo racial/clase que sobrestima el riesgo en minorías y pobres en 15-20 puntos porcentuales. Si un fármaco tuviera una tasa de error del 40 % y un sesgo demográfico probado, sería retirado del mercado y su fabricante procesado penalmente. Sin embargo, los jueces usan estas herramientas —o el «olfato judicial»— para enviar a prisión preventiva a miles de personas sin obligación legal de validar la herramienta bajo estándar *Daubert*.

Un legislador puede votar una ley de «mano dura» sin presentar un solo estudio de impacto criminológico, sin que ello tenga consecuencia penal alguna. Un juez puede ordenar una prisión preventiva ignorando la evidencia neurobiológica que demuestra su iatrogenia, sin que ello constituya delito. Esta asimetría epistémica es la bisagra que mantiene cerrado el sistema de impunidad estatal.

c) Contradicción performativa en sentido estricto. El Estado dice que el derecho penal protege bienes jurídicos —vida, integridad, patrimonio, ambiente—, pero hace exactamente lo contrario cuando sus propias políticas destruyen esos mismos bienes jurídicos a escala masiva.

La contradicción performativa en sentido estricto es la forma más cruda de la contradicción: el Estado no solo dice una cosa y hace otra; dice que protege exactamente lo que destruye. Y lo hace con total impunidad, porque el derecho penal que él mismo redacta está diseñado para no capturar su propia violencia.

5.1.3. Pettit y la libertad como no-dominación

EVIDENCIA: Philip Pettit, en *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (1997), propone una reconceptualización de la libertad que es estratégicamente decisiva para la tesis de la nivelación penal. La tradición liberal clásica define la libertad como ausencia de interferencia: soy libre si nadie me impide hacer lo que quiero en este momento. Esta concepción, que Pettit denomina «libertad negativa» en su versión más simple, tiene un problema fundamental: no captura la experiencia de la dominación.

Pettit ilustra esta diferencia con el ejemplo clásico del esclavo y el amo benévolo. Un esclavo cuyo amo es bondadoso y nunca interfiera en su vida podría ser considerado «libre» bajo la definición de no-interferencia. Sin embargo, el esclavo sigue siendo un esclavo: el amo puede interferir arbitrariamente en cualquier momento, y el esclavo no tiene recurso contra esa posibilidad. La ausencia de interferencia efectiva no elimina la dominación —la existencia de un poder arbitrario que puede interferir sin rendir cuentas.

La concepción republicana de la libertad, que Pettit recupera y sistematiza, define la libertad como ausencia de dominación. Una persona es libre no cuando nadie interfiere con ella, sino cuando no existe ningún poder que pueda interferir arbitrariamente en su vida, es decir, cuando cualquier posible interferencia está sujeta a control y rendición de cuentas.

Pettit formula este punto con precisión al señalar que la no-dominación no es un bien que pueda dejarse a los individuos para que lo persigan de manera descentralizada; es un bien que debe ser perseguido mediante la acción política centralizada del Estado. Pero esa acción política centralizada, para no ser ella misma una fuente de dominación, debe estar sujeta a controles institucionales que garanticen que el poder del Estado no es arbitrario.

La tradición republicana, desde Cicerón hasta Pettit, ha insistido en que el gobierno debe servir a la *res publica* —la cosa pública, el bien común. Un gobierno que utiliza su poder punitivo para proteger a sus propios agentes de la rendición de cuentas, mientras castiga severamente a los ciudadanos por conductas que son estructuralmente similares en su dañosidad, no sirve al bien común: sirve a la autoconservación del poder.

Pettit sostiene que la no-dominación debe ser promovida por instituciones políticas y otras disposiciones institucionales. La analogía que utiliza es reveladora: «como la inmunidad producida por los anticuerpos en la sangre, la no-dominación está constituida por tales arreglos institucionales». La no-dominación no es un estado natural que el Estado deba respetar pasivamente; es un bien que el Estado debe promover activamente mediante el diseño institucional.

La nivelación penal es precisamente ese diseño institucional. Al tipificar las conductas iatrogénicas de los agentes estatales, el Estado no solo se limita a sí mismo; promueve activamente la no-dominación de los ciudadanos al eliminar la posibilidad de interferencia arbitraria en sus vidas a través del aparato punitivo.

5.1.4. O'Donnell y la *accountability* horizontal

EVIDENCIA: Guillermo O'Donnell, en su influyente trabajo «Accountability horizontal: La institucionalización legal de la desconfianza política» (*Isonomía*, 14, 2001) y «Horizontal Accountability in New Democracies» (*Journal of Democracy*, 9(3), 1998), distingue entre dos formas principales de rendición de cuentas en los sistemas democráticos:

Accountability vertical: la rendición de cuentas que los ciudadanos exigen a las autoridades mediante elecciones, participación ciudadana, medios de comunicación y movimientos sociales. Es el control «desde abajo» sobre el poder.

Accountability horizontal: la rendición de cuentas que se produce entre agencias estatales, cuando una agencia tiene la autoridad legal y la capacidad fáctica para controlar, investigar y sancionar a otra. Es el control «entre pares» dentro del aparato estatal.

O'Donnell define la *accountability* horizontal como: «la existencia de agencias estatales que tienen autoridad legal y están fácticamente dispuestas y capacitadas para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones penales o incluso *impeachment*, en relación con actos u omisiones de otros agentes o agencias del estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificadas como ilícitos».

O'Donnell identificó dos direcciones principales en las que la *accountability* horizontal puede entrar en juego:

Transgresión ilegal de la autoridad de otra agencia: cuando una agencia estatal sobrepasa ilegalmente su propia jurisdicción.

Corrupción: cuando los funcionarios obtienen ventajas ilícitas para sí mismos o para sus asociados.

Iatrogenia institucional: cuando los agentes estatales, en el ejercicio de sus funciones, causan daños masivos y científicamente verificables a la población, al patrimonio público o al territorio —daños que, si fueran cometidos por un particular, constituirían delitos penales.

La ausencia de esta tercera dirección en los mecanismos de *accountability* horizontal es el vacío normativo que la nivelación penal viene a llenar. No se trata de perseguir la corrupción (que ya está tipificada, aunque a veces mal perseguida), ni de sancionar transgresiones jurisdiccionales (que ya tienen mecanismos administrativos). Se trata de tipificar penalmente la violencia estructural del propio Estado: la violencia que no tiene un autor individual identificable porque está distribuida en una cadena burocrática, pero que produce daños masivos, previsibles y científicamente documentados.

O'Donnell observó que, en muchas democracias, especialmente en América Latina, la *accountability* horizontal es débil o inexistente. Las agencias estatales que deberían controlar a otras —fiscalías, tribunales, organismos de control— carecen con frecuencia de la independencia, los recursos o la voluntad política para hacerlo efectivamente. Esta debilidad se manifiesta de manera especialmente aguda en el ámbito penal. El monopolio de la acción penal pública en cabeza del Ministerio Público Fiscal —que es, él mismo, una agencia del Estado— crea un cuello de botella que bloquea sistemáticamente la *accountability* horizontal penal de los agentes estatales. El fiscal, como agente del mismo aparato estatal que debe controlar, tiene incentivos estructurales para archivar las denuncias contra jueces, legisladores y funcionarios.

5.1.5. La tesis de la nivelación penal como exigencia republicana

Esta tesis no es una propuesta de «castigar al Estado» como entelequia abstracta. Es una propuesta de hacer responsables a los individuos concretos que, en el ejercicio de su función, toman decisiones que causan daños masivos y previsibles. Es una propuesta de cerrar la brecha de impunidad que convierte al derecho penal en un instrumento de dominación de clase y no en un mecanismo de justicia universal.

La nivelación penal blinda la tesis contra la acusación de populismo abolicionista por tres razones:

1. No es abolicionista: no propone abolir el derecho penal ni eliminar todas las penas. Propone simetrizar el derecho penal, extendiendo su aplicación a las conductas de los agentes del Estado que hoy gozan de impunidad. Es una propuesta de expansión del imperio de la ley, no de su abolición.

2. No es populista: no apela al resentimiento contra «la clase política» ni a la venganza. Apela a principios filosóficos de primer orden (la no-dominación republicana) y a exigencias institucionales verificables (la *accountability* horizontal). Es una propuesta de ingeniería institucional, no de movilización emocional.

3. No es ingenua sobre el delito: no niega que existan conductas dañosas entre particulares que deban ser sancionadas. Lo que afirma es que el Estado no puede, sin contradicción performativa, aplicar un estándar de responsabilidad a los ciudadanos y un estándar radicalmente distinto (o inexistente) a sus propios agentes. Es una propuesta de coherencia normativa, no de negación del daño.

La legitimidad del Estado democrático descansa, en última instancia, en la reciprocidad: los gobernantes y los gobernados están sometidos a las mismas normas. Cuando esa reciprocidad se rompe —cuando los gobernantes se autoeximen de las normas que imponen a los gobernados—, el Estado deja de ser democrático en sentido sustantivo y se convierte en lo que O'Donnell denominó una «democracia delegativa»: un régimen donde el poder ejecutivo y sus agentes operan con un margen de impunidad de facto que la ley no corrige porque la ley, sencillamente, no tipifica con precisión suficiente las conductas dañosas.

La nivelación penal es el mecanismo que restaura la reciprocidad. Al someter a los agentes del Estado a los mismos estándares de responsabilidad penal que exigen a los ciudadanos, el Estado se autolimita y, al hacerlo, recupera su legitimidad democrática.

5.2. El blindaje epistémico y la evidencia científica

«La ciencia que el Estado exige a los ciudadanos y se niega a aplicarse a sí mismo»

5.2.1. La asimetría epistémica fundamental

Esta asimetría no es un accidente; es el núcleo de la impunidad estatal. La nivelación penal exige, por tanto, un blindaje epistémico: la exigencia de que toda decisión estatal que cause daños a la población, al patrimonio público o al territorio deba basarse en la mejor evidencia científica disponible, y que la ignorancia deliberada de esa evidencia constituya un elemento de tipicidad penal para el agente responsable.

EVIDENCIA: En el derecho civil y penal, los estándares probatorios como el estándar *Daubert* (*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579, 1993) exigen que cualquier peritaje o intervención técnica se base en teoría o técnica que haya sido sometida a prueba empírica, con tasa de error conocida y consenso en la comunidad científica. Los cinco criterios del estándar *Daubert* son:

1. ¿Ha sido la teoría o técnica sometida a prueba empírica (falsación)?
2. ¿Ha sido publicada y sujeta a revisión por pares (*peer review*)?
3. ¿Se conoce su tasa de error potencial o conocida?

4. ¿Existen estándares de control que regulen su aplicación?
5. ¿Cuenta con aceptación general de la comunidad científica relevante?

Si un médico receta un fármaco prohibido o aplica una terapia que carece de respaldo bajo el estándar *Daubert*, es penalmente condenado por mala praxis médica. Si un ingeniero diseña un puente que colapsa porque ignoró los cálculos estructurales, responde por homicidio culposo. Si un psicólogo utiliza un test proyectivo no validado para un diagnóstico clínico que determina la internación de una persona, pierde su licencia.

Cuando el juez penal y el fiscal dictan una prisión preventiva o imponen una condena privativa de libertad, están aplicando una intervención restrictiva y de alto impacto sobre el sistema nervioso y biológico de un ciudadano. Sin embargo:

Exención del estándar científico: ningún juez está obligado a demostrar bajo el estándar *Daubert* que la prisión preventiva que va a dictar tiene una probabilidad empíricamente verificada de reducir el «peligro de fuga» o el «entorpecimiento probatorio», ni que no causará daño neurobiológico irreversible.

El refugio en la «sana crítica racional» (intuitiva): el concepto procesal de «sana crítica» se ha degradado en la práctica judicial a un amparo de la intuición subjetiva, el prejuicio de clase y el sentido común penal precientífico. El juez puede justificar la necesidad del encierro preventivo basándose en «la gravedad del hecho», «la falta de arraigo» o «la presunción de peligrosidad», conceptos que la criminología empírica ha demostrado que carecen de validez predictiva superior al azar.

Inmunidad por mala praxis epistémica: si un psicólogo utiliza un test proyectivo no validado para un diagnóstico clínico, pierde su licencia; si un juez penal fundamenta el encarcelamiento de un imputado en la «impresión del imputado en la audiencia» o en dogmas de prevención general decimonónicos, su sentencia es calificada como «ejercicio legítimo de la jurisdicción».

EVIDENCIA: La doctrina de la *willful blindness* o ceguera deliberada, consolidada en *Global-Tech Appliances v. SEB S.A.* (563 U.S. 754, 2011), establece que quien evita deliberadamente conocer la verdad para eludir la *mens rea* actúa con dolo. La Corte Suprema estadounidense sostuvo que una persona que actúa con *willful blindness* «casi puede decirse que ha conocido realmente los hechos críticos». Los agentes estatales tienen acceso obligado a la evidencia científica disponible; su decisión de no consultarla o desestimarla sin fundamento técnico constituye un acto de dolo eventual o culpa temeraria.

CONVERGENCIA: La epistemología jurídica (Fricker, 2007), la teoría del Estado (Buchanan y Tullock, 1962) y la sociología del conocimiento (Foucault, 1975) convergen en un diagnóstico: la impunidad del Estado no es un vacío legal, sino una arquitectura epistémica diseñada para autoeximirse. El Estado no se somete a la ciencia porque la ciencia podría demostrar su fracaso.

5.2.2. La evidencia epidemiológica: las políticas públicas que matan

EVIDENCIA: La Organización Mundial de la Salud y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) han documentado que las políticas de «tolerancia cero» y encarcelamiento masivo por delitos de drogas no reducen el consumo, pero aumentan la violencia, el hacinamiento carcelario y la transmisión de enfermedades entre poblaciones vulnerables.

5.2.3. La evidencia económica: las políticas que empobrecen

EVIDENCIA: El Washington State Institute for Public Policy (WSIPP) documenta consistentemente que programas de tratamiento comunitario como el *Multisystemic Therapy* (MST) y la *Functional Family Therapy* (FFT) tienen ratios de beneficio-costo de $5 a $12 por cada dólar invertido, mientras que el encarcelamiento tiene un ratio marginalmente positivo o negativo. A pesar de esta evidencia, la mayoría de los Estados asignan presupuestos masivos a prisiones y desinvierten en tratamientos comunitarios.

EVIDENCIA: La teoría de la captura regulatoria (Stigler, 1971; Carpenter y Moss, 2013) documenta cómo las agencias estatales, diseñadas para proteger el interés público, son capturadas por los intereses privados que deben regular. Estudios sobre la regulación de productos químicos tóxicos en los Estados Unidos y Europa demuestran que las agencias reguladoras han aprobado sustancias —como el amianto, el plomo, el glifosato— a pesar de la evidencia abrumadora de su toxicidad, y han tardado décadas en prohibirlas, cuando lo hicieron. Los funcionarios que autorizaron estas sustancias no enfrentaron responsabilidad penal por los miles de muertes y enfermedades que causaron.

5.2.4. La evidencia ambiental: el ecocidio como política de Estado

EVIDENCIA: El Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC) ha documentado, en seis ciclos de evaluación, que el cambio climático causado por la actividad humana es una amenaza existencial y que la reducción de emisiones es técnicamente viable y económicamente rentable. Sin embargo, los Estados continúan subsidiando combustibles fósiles, autorizando proyectos extractivos y omitiendo regulaciones ambientales.

EVIDENCIA: El derrame de petróleo de la *Deepwater Horizon* (2010), la catástrofe de Bhopal (1984) y el desastre de Chernóbil (1986) son ejemplos documentados de cómo la negligencia regulatoria estatal —ignorar la evidencia sobre riesgos— causa daños masivos y duraderos. En ninguno de estos casos hubo condenas penales efectivas contra los altos funcionarios que autorizaron o no previeron los riesgos.

5.2.5. La evidencia judicial: el error sistemático como mala praxis

5.2.6. La evidencia legislativa: leyes sin estudio de impacto

EVIDENCIA: En la mayoría de los países, las leyes penales se aprueban sin un Análisis de Impacto Regulatorio (RIA) que evalúe sus efectos sobre la reincidencia, el hacinamiento carcelario, la salud mental de los reclusos y el costo económico. El legislador vota «mano dura» sin presentar ningún estudio empírico que demuestre que la ley producirá los resultados declarados.

EVIDENCIA: En materias como la aprobación de medicamentos (FDA, EMA) o la regulación ambiental, el Estado exige un Análisis de Impacto Regulatorio (RIA) ex ante, ensayos clínicos controlados y evaluaciones periódicas de costo-beneficio bajo pena de nulidad de la norma. En el derecho penal ocurre exactamente lo contrario: la inflación penal sin prueba empírica, sin cláusulas de caducidad y sin evaluación ex-post es la norma.

EVIDENCIA: Ninguna ley penal incluye cláusulas *sunset* (caducidad automática condicionada a la demostración de resultados). Si una ley que endureció las penas produce un aumento del 40 % en la reincidencia tras 5 años de aplicación, la ley permanece vigente indefinidamente. En cualquier industria privada, un producto con un 40 % de fallas letales es retirado obligatoriamente del mercado bajo apercibimiento de quiebra y sanción penal por fraude al consumidor.

EVIDENCIA: La teoría de la Elección Pública predice una asimetría temporal: es fácil subir penas (ganancia política inmediata), imposible bajarlas (costo político «blando con el delito»). En Argentina, entre 1983 y 2024, se registraron más de 120 reformas penales; el 95 % endurecieron penas o tipificaron nuevos delitos, y el 0 % incluyeron cláusulas *sunset* (revisión obligatoria a 5 años con métricas de reincidencia/costo).

5.2.7. La neurociencia del desarrollo juvenil: encerrar cerebros inmaduros

EVIDENCIA: La evidencia científica establece que la corteza prefrontal no alcanza la madurez hasta mediados de los 20 años, lo que explica la mayor propensión al riesgo, la impulsividad y la susceptibilidad a la presión de pares en adolescentes y jóvenes. Un metaanálisis reciente (2025) de neuroimagen funcional en delincuentes juveniles reveló sobreactivación en el circuito fronto-amígdalo-cerebeloso, vinculada a la disregulación emocional y al aumento de la conducta violenta.

EVIDENCIA: Esta evidencia fue determinante en fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos (*Roper v. Simmons*, 2005; *Graham v. Florida*, 2010), que establecieron que condenar a menores a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional es cruel e inusual porque su cerebro inmaduro reduce su culpabilidad.

5.2.8. La «ceguera deliberada» (*willful blindness*) como política de Estado

EVIDENCIA: La teoría de la ceguera deliberada (*willful blindness*), consolidada en *Global-Tech Appliances v. SEB S.A.* (2011, Corte Suprema EE.UU.), establece que quien

evita deliberadamente conocer la verdad para no tener *mens rea*, actúa con dolo. La Corte Suprema estadounidense sostuvo que una persona que actúa con *willful blindness* «casi puede decirse que ha conocido realmente los hechos críticos».

Aplicación al legislador/juez:

Existe consenso criminológico (Cochrane Reviews, Campbell Collaboration, National Research Council 2014) de que la prisión preventiva aumenta la reincidencia y causa daño neurobiológico.

Los agentes estatales tienen acceso obligado a esta información (informes de Defensorías, ONU, OEA, PPN, académicos).

No solicitan, no leen o desestiman esta evidencia al legislar/juzgar.

Dogmática actual: esto no es «dolo eventual» ni «culpa consciente»; es «ejercicio de la función».

5.2.9. La diferencia de umbral de culpa: culpa simple vs. dolo directo

INTERPRETACIÓN: Conviene precisar técnicamente algo que el material señala pero no formaliza: en la responsabilidad médica por mala praxis (en la mayoría de los sistemas de derecho continental y en el *malpractice* anglosajón) el estándar de imputación habitual es la culpa simple —negligencia, imprudencia, impericia, inobservancia de reglamentos (en la fórmula clásica del derecho penal argentino, por ejemplo, art. 84 del Código Penal para el homicidio culposo). En cambio, para que un juez o fiscal responda penalmente por prevaricato (la figura que más se aproxima a la «mala praxis judicial»), la práctica totalidad de los códigos penales exige dolo directo —es decir, no basta con que el juez se haya equivocado o haya ignorado la evidencia disponible por negligencia grave: hace falta probar que supo que su resolución era contraria a derecho y quiso dictarla de todos modos.

Esta diferencia de umbral (culpa vs. dolo directo) no es un detalle técnico menor: es la bisagra jurídica precisa que explica por qué un médico puede ser condenado por no actualizar su conocimiento clínico a la literatura vigente, mientras que un juez que dicta prisiones preventivas ignorando sistemáticamente la evidencia criminológica disponible no incurre en ningún tipo penal existente, porque el prevaricato exige un elemento subjetivo mucho más difícil de probar que el que el propio sistema exige al ciudadano regulado.

5.2.10. La refutación empírica de las justificaciones de la pena

La prevención especial negativa —la cárcel «corrige» al delincuente— es refutada por los datos de reincidencia: la prisión aumenta, no reduce, la probabilidad de reincidencia, como demostró el estudio catalán de Cid Moliné (2007) y confirman los meta-análisis de Nagin, Cullen y Jonson (2009) y Smith, Goggin y Gendreau (2002).

La prevención general —la cárcel «disuade» a la población— no se sostiene ante la evidencia de que las tasas de encarcelamiento no correlacionan con reducciones de

delitos violentos. Nagin (2013) demostró que la certeza de la detección disuade más que la severidad de la pena.

La rehabilitación es inexistente en la práctica: el 94 % de las suspensiones de pena en el estudio catalán no incluían obligación de tratamiento, y aun así tuvieron mejor resultado que la prisión.

La incapacitación funciona por definición mientras dura el encierro (tautología), pero no dice nada sobre lo que ocurre después de la liberación, donde toda la evidencia apunta a que el problema, lejos de resolverse, tiende a agravarse.

5.2.11. El axioma epistémico central: la ciencia como estándar penal

Obligación de basarse en la evidencia disponible: ningún agente estatal puede tomar una decisión que afecte a la población, al patrimonio público o al territorio sin consultar y considerar la mejor evidencia científica disponible.

Carga de la prueba invertida: en caso de daño, el agente estatal debe demostrar que su decisión se basó en la mejor evidencia disponible en ese momento y que se aplicaron los protocolos de mitigación de riesgos. Si no puede hacerlo, debe responder penalmente.

Ceguera deliberada como dolo: la decisión consciente de no informarse sobre los daños evidentes de una decisión estatal —legislar sin RIA, juzgar ignorando la criminología, autorizar proyectos sin impacto ambiental— constituye, bajo la doctrina de la *willful blindness*, un acto de dolo eventual o culpa temeraria.

5.2.12. Síntesis convergente de la sección 5.2

La evidencia es abrumadora y convergente. La epidemiología demuestra que las decisiones estatales que ignoran la evidencia científica son la principal causa de mortalidad evitable en el mundo contemporáneo —millones de muertes al año por políticas de salud, ambientales y económicas que la ciencia ya había identificado como dañinas. La economía demuestra que el Estado malversa recursos públicos al mantener políticas ineficaces y dañinas a sabiendas de la evidencia. La ecología demuestra que el Estado está causando un ecocidio masivo mediante la omisión regulatoria y las concesiones a sabiendas de los riesgos. La criminología y el derecho comparado demuestran que los sistemas judicial y legislativo operan bajo un doble estándar epistémico que protege a sus agentes de la responsabilidad por los daños que causan.

Cuatro áreas de conocimiento independientes —salud pública, economía, ecología y ciencias jurídicas— convergen en el mismo veredicto:

El Estado, a través de sus agentes en los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, causa daños masivos y científicamente predecibles a la población, al patrimonio público y al territorio, y lo hace con total impunidad porque el derecho penal está diseñado para autoeximir a sus agentes de la responsabilidad por el daño. La asimetría epistémica —

exigir ciencia a los ciudadanos y reservarse la pseudociencia para sí— no es un accidente; es la arquitectura de la impunidad estatal.

La nivelación penal no es una opción política; es la única respuesta coherente con la evidencia científica. Si el Estado exige a los ciudadanos que se sometan a la ciencia para no dañar a otros, el Estado debe someterse a la misma ciencia para no dañar a los ciudadanos. Si el Estado exige a los profesionales privados responsabilidad penal por mala praxis, el Estado debe tipificar la mala praxis institucional de sus propios agentes. La coherencia no es una concesión a la crítica; es la condición de legitimidad del Estado de Derecho.

Bibliografía fundamental de las secciones 5.0 a 5.2

Agamben, G. (2005). *State of exception*. University of Chicago Press.

Alexander, M. (2010). *The new Jim Crow: Mass incarceration in the age of colorblindness*. The New Press.

Baratta, A. (1982). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo XXI.

Box, S. (1983). *Power, crime and mystification*. Tavistock Publications.

Buchanan, J. M., y Tullock, G. (1962). *The calculus of consent: Logical foundations of constitutional democracy*. University of Michigan Press.

Carpenter, D. P., y Moss, D. A. (2013). *Preventing regulatory capture: Special interest influence and how to limit it*. Cambridge University Press.

Chambliss, W. J. (1989). State-organized crime. *Criminology*, 27(2), 183-208.

Chemerinsky, E. (2021). *Closing the courthouse door: How the Supreme Court made your rights unenforceable*. Yale University Press.

Christie, N. (1977). Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, 17(1), 1-15.

Christie, N. (1981). *Limits to pain*. Martin Robertson.

Cid Moliné, J. (2007). ¿Es la prisión criminógena? Un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 19, 427-456.

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

Davis, A. Y. (2003). *Are prisons obsolete?* Seven Stories Press.

Ferrajoli, L. (2001). *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. Laterza.

Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Gallimard.

Fricker, M. (2007). *Epistemic injustice: Power and the ethics of knowing*. Oxford University Press.

Garland, D. (2001). *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*. University of Chicago Press.

Galtung, J. (1969). Violence, peace, and peace research. *Journal of Peace Research*, 6(3), 167-191.

Green, P., y Ward, T. (2004). *State crime: Governments, violence and corruption*. Pluto Press.

Global-Tech Appliances v. SEB S.A., 563 U.S. 754 (2011).

Hillyard, P., Pantazis, C., Tombs, S., y Gordon, D. (2004). *Beyond criminology: Taking harm seriously*. Pluto Press.

Imbler v. Pachtman, 424 U.S. 409 (1976).

Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). *Sixth assessment report* (2021-2023).

Martinson, R. (1974). What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest*, 35, 22-54.

Mitchell, O., et al. (2023). Risk assessment tools in pretrial detention decisions: A meta-analysis. *Law and Human Behavior*, 47(4), 512-534.

Nagin, D. S. (2013). Deterrence in the twenty-first century. *Crime and Justice*, 42(1), 199-263.

Nagin, D. S., Cullen, F. T., y Jonson, C. L. (2009). Imprisonment and reoffending. *Crime and Justice*, 38(1), 115-200.

National Registry of Exonerations. (2024). *Annual report*. University of Michigan Law School.

North, D. C., Wallis, J. J., y Weingast, B. R. (2009). *Violence and social orders: A conceptual framework for interpreting recorded human history*. Cambridge University Press.

O'Donnell, G. (1998). Horizontal accountability in new democracies. *Journal of Democracy*, 9(3), 112-126.

O'Donnell, G. (2001). Accountability horizontal: La institucionalización legal de la desconfianza política. *Isonomía*, 14, 11-34.

Patterson, O. (1982). *Slavery and social death: A comparative study*. Harvard University Press.

Pettit, P. (1997). *Republicanism: A theory of freedom and government*. Oxford University Press.

Pettit, P. (2012). *On the people's terms: A republican theory and model of democracy*. Cambridge University Press.

Procuración Penitenciaria de la Nación (Argentina). (2025). *Informe anual 2024-2025*.

Roxin, C. (1997). *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. C. H. Beck.

Rusche, G., y Kirchheimer, O. (1939). *Punishment and social structure*. Columbia University Press.

Smith, P., Goggin, C., y Gendreau, P. (2002). *The effects of prison sentences on recidivism*. Solicitor General Canada.

Stigler, G. J. (1971). The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2(1), 3-21.

Stump v. Sparkman, 435 U.S. 349 (1978).

Tombs, S., y Hillyard, P. (2004). *Beyond criminology? Taking harm seriously*. Pluto Press.

Wacquant, L. (2009). *Punishing the poor: The neoliberal government of social insecurity*. Duke University Press.

Washington State Institute for Public Policy (WSIPP). *Benefit-cost analysis of correctional programs* (varios años).

World Health Organization (WHO). *Global health estimates* (2020-2025).

Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Dykinson.

5.3. La arquitectura dogmática y económica de la impunidad estatal

«Por qué el Estado no es un error de diseño, sino un mercado de incentivos perversos y una maquinaria de daño impune»

5.3.0. Principio epistemológico de esta sección

Las secciones 5.1 y 5.2 establecieron, respectivamente, el marco teórico republicano que exige la nivelación penal (la libertad como no-dominación de Pettit y la *accountability* horizontal de O'Donnell) y el blindaje epistémico que exige someter las decisiones estatales a los mismos estándares científicos que se exigen a los ciudadanos. La sección 5.3 responde a una pregunta que las anteriores presuponen pero que debe ser demostrada con rigor estructural: ¿Por qué el Estado es estructuralmente impune?

No se trata de una pregunta sobre la moralidad individual de los agentes estatales, sino sobre la arquitectura institucional y dogmática que hace posible que el Estado cause daños masivos sin que sus agentes enfrenten responsabilidad penal. La objeción más frecuente contra la tesis de la nivelación penal apela al sentido común: «El Estado no causa daño por maldad, sino por limitaciones estructurales; castigar penalmente a los funcionarios por los fracasos de las políticas públicas es ignorar que la administración es inherentemente defectuosa». Esta objeción es dogmática y empíricamente insostenible. El daño estatal masivo no es una externalidad infortunada; es el resultado previsible de una arquitectura de incentivos blindada por una dogmática penal autoexonerante.

Esta sección se sostiene sobre tres pilares analíticos de primer orden: 1. **La economía política del castigo (*Public Choice*)**, que revela el mercado de incentivos que produce el daño. 2. **La teoría del dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*)**, que proporciona la herramienta dogmática para imputar ese daño a los autores mediatos que se esconden detrás de la burocracia. 3. **La Zemiología y la Cautela Constitucional**, que redefinen los bienes jurídicos tutelados y blindan la propuesta contra el *lawfare*.

Regla de clasificación epistémica: cada afirmación de esta sección se clasifica como **EVIDENCIA** (texto legal, sentencia, informe institucional, estudio empírico), **CONVERGENCIA** (múltiples fuentes independientes con dirección consistente), **INTERPRETACIÓN** (análisis propio a partir de los datos) o **AXIOMA NORMATIVO** (principio normativo no derivable empíricamente pero constitutivo del Estado de derecho).

5.3.1. La economía política del castigo: el Estado como mercado de incentivos (*Public Choice*)

5.3.1.1. Buchanan, Tullock y la demolición del Estado benevolente

EVIDENCIA: James Buchanan y Gordon Tullock, en su obra fundacional *The Calculus of Consent* (1962), demolieron la ficción teológica del Estado como un ente omnisciente orientado al bien común. La Escuela de la Elección Pública (*Public Choice*) demostró que los agentes estatales —políticos, burócratas, jueces— son actores racionales auto-interesados que maximizan sus propias utilidades: poder, presupuesto, reelección, prestigio y aversión al riesgo personal.

INTERPRETACIÓN: Aplicado al sistema penal, el *Public Choice* revela que la asimetría punitiva y la iatrogenia estatal no son «errores de implementación», sino el resultado matemáticamente previsible de una estructura donde los beneficios del daño están concentrados y son visibles, mientras que los costos están difusos y son invisibles.

5.3.1.2. La asimetría estructural de costos y beneficios

EVIDENCIA: La teoría de la Elección Pública identifica tres conjuntos de incentivos que explican la asimetría del sistema penal y la tolerancia al daño institucional:

Decisión del Agente Estatal	Beneficio para el agente (Internalizado)	Costo para el agente	Beneficio para la sociedad	Costo para la sociedad (Externalizado)
Legislador: Votar leyes de «mano dura»	Alto (votos inmediatos, prensa, imagen de firmeza).	Cero.	Nulo (la evidencia muestra que no reduce el crimen).	Alto (gasto carcelario, daño humano, hacinamiento).
Juez/Fiscal: Ordenar prisión preventiva	Alto (aversión al riesgo, imagen de firmeza, cero costo mediático).	Cero.	Nulo (es iatrogénica y criminógena).	Alto (ruptura familiar, trauma, pérdida de empleo del imputado).
Burócrata/Contratista: Mantener prisiones llenas	Alto (presupuesto, plazas de empleo, contratos, horas extra).	Cero.	Ninguno.	Alto (mortalidad, reincidencia, violación de DDHH).
Cualquier agente: Tipificar delitos estatales / Nivelación penal	Cero.	Alto (riesgo personal de ser investigado, perder patrimonio, cargo y habilitación profesional, y enfrentar las consecuencias jurídicas que la ley determine).	Alto (*accountability*, disuasión de daños).	Bajo (coste de implementación).

5.3.1.3. El Complejo Industrial Penitenciario y el *Carceral Keynesianism*

EVIDENCIA: En Estados Unidos, corporaciones como CoreCivic y GEO Group operan más de 100.000 camas penitenciarias con contratos que incluyen cláusulas de ocupación mínima (90 % o superior), garantizando ingresos millonarios independientemente de si el crimen baja o sube. La socióloga Ruth Wilson Gilmore (*Golden Gulag*, 2007) documentó cómo las prisiones se han convertido en el principal empleador y motor económico en regiones rurales desindustrializadas, creando un lobby pro-encarcelamiento que resiste cualquier política de descarcelización.

INTERPRETACIÓN: Este fenómeno, conocido como *Carceral Keynesianism* (Keynesianismo Carcelario), demuestra que la prisión no es solo una respuesta al delito: es una industria con actores económicos que extraen rentas del encierro masivo. El hacinamiento no es un fracaso del sistema; es su modelo de negocio. Tipificar como delito las conductas iatrogénicas de los agentes del Estado implicaría desmantelar una industria rentable, lo que explica por qué la legislación penal nunca avanza en esa dirección.

AXIOMA NORMATIVO: Mientras los costos de las decisiones iatrogénicas sean externalizados y los beneficios internalizados, el sistema producirá sistemáticamente más daño que beneficio. La nivelación penal es el mecanismo dogmático que internaliza los costos en los agentes que toman las decisiones, alterando la matriz de incentivos del *Public Choice*: el costo de legislar o administrar a ciegas pasa a ser inasumible para el agente racional.

5.3.2. La teoría del dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*)

5.3.2.1. La formulación original de Roxin y la difusión burocrática

EVIDENCIA: La objeción clásica a la responsabilización de los altos funcionarios es la «difusión burocrática de la culpa». Siguiendo a Hannah Arendt (*Eichmann in Jerusalem*, 1963) y a Zygmunt Bauman (*Modernity and the Holocaust*, 1989), el Estado diseñó su sistema legal de forma tal que la fragmentación de tareas anula la responsabilidad penal individual. El ministro dice: «Yo solo dicté la política general». El guardia dice: «Yo solo cumplo órdenes».

Para romper esta coartada, la nivelación penal adopta la teoría del dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*), formulada por Claus Roxin (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963). Roxin articuló esta teoría para resolver el problema de la autoría mediata en aparatos organizados de poder. Para que el vértice de mando sea imputado penalmente, deben cumplirse tres requisitos: 1. **El aparato de poder como instrumento**: La organización funciona instrumentalizando las normas para producir el daño. 2. **La fungibilidad del ejecutor**: El ejecutor material es reemplazable. Si uno se niega, otro ocupará su lugar. La máquina sigue funcionando. 3. **El control del aparato por el autor mediato**: El autor mediato tiene el dominio; puede poner en marcha el aparato y detenerlo.

5.3.2.2. La extensión al Estado democrático

AXIOMA NORMATIVO: La teoría de Roxin, formulada para regímenes dictatoriales, debe extenderse formalmente a la administración pública del Estado democrático. La democracia no exime de responsabilidad; por el contrario, la distribuye con mayor precisión porque la cadena de mando está documentada: hay firmas, actas, votos nominales y resoluciones publicadas.

INTERPRETACIÓN: La aplicación de la *Organisationsherrschaft* rompe la coartada de la difusión burocrática en los tres poderes: * **Poder Legislativo**: El legislador que vota una ley de encierro masivo sin estudio de impacto criminológico es el autor mediato del hacinamiento, porque utilizó el aparato legislativo como instrumento para producir un rédito electoral, sabiendo que el aparato burocrático ejecutaría el encierro de manera fungible. * **Poder Judicial**: El juez que ordena prisión preventiva ignorando deliberadamente la evidencia científica sobre su iatrogenia es autor mediato del daño neurobiológico del imputado. No puede escudarse en la «discrecionalidad»; el aparato judicial es un instrumento que él controla. * **Poder Ejecutivo**: El ministro que mantiene un sistema carcelario que viola sistemáticamente las Reglas Mandela de la ONU es el autor mediato de las muertes y torturas que ese sistema produce, porque tiene el control del presupuesto y la potestad de dictar resoluciones.

5.3.3. La zemiología del poder y los bienes jurídicos a proteger

5.3.3.1. El desplazamiento del «delito» al «daño social masivo»

EVIDENCIA: La criminología tradicional es estructuralmente ciega al daño social masivo. La zemiología —desarrollada por Steve Box (1983), William Chambliss (1989), Penny Green y Tony Ward (2004), y Paddy Hillyard y Steve Tombs (2004)— propone desplazar el foco analítico del delito legal al daño (*harm*). Chambliss demostró que la burocracia diluye el *dolus* (la intención) en una cadena donde nadie «quiere» el daño, solo «aplica la norma», resultando en cientos de miles de víctimas y cero imputados.

AXIOMA NORMATIVO: Para que la nivelación penal sea dogmáticamente coherente con el derecho penal de bienes jurídicos (tradición de Von Liszt y Roxin), no debemos inventar «delitos políticos» ni «delitos de funcionarios». Debemos extender la protección penal de los bienes jurídicos clásicos a los daños masivos causados por la burocracia.

5.3.3.2. Los tres bienes jurídicos tutelados

La nivelación penal estructura la imputación en tres grandes categorías, eliminando la asimetría de los umbrales de dolo/culpa:

1. **Integridad (Vida, salud física y mental, libertad)**: El Estado lesiona este bien mediante políticas de hacinamiento (>110 % de capacidad), aislamiento

prolongado (>15 días) y ausencia de salud mental. La conducta típica es mantener sistemas de custodia violando estándares internacionales tras intimación fehaciente.

2. **Patrimonio público**: Los tipos clásicos (malversación, cohecho) exigen enriquecimiento personal. La nivelación penal tipifica la *malversación epistémica*: la asignación masiva de recursos públicos a políticas que la evidencia científica ha demostrado que son ineficaces o dañinas (ej. gastar miles de millones en prisiones en lugar de prevención comunitaria validada).
3. **Territorio (Flora, fauna, recursos naturales, ambiente)**: El Estado causa ecocidio mediante la concesión de licencias a sabiendas de los riesgos y la omisión de controles (captura regulatoria). Se tipifica el *ecocidio funcional* y la *omisión ambiental dolosa*.

INTERPRETACIÓN: Tipificar por bien jurídico, y no por sujeto, es el antídoto contra el derecho penal de autor. El legislador que vota una ley iatrogénica no comete un «delito político»; comete un delito contra la integridad de las personas o el patrimonio público, con la misma estructura dogmática que el particular que causa esos mismos daños.

5.3.4. La excepción de función discrecional y la cautela constitucional

5.3.4.1. La excepción de función discrecional: el escudo jurídico de la impunidad

EVIDENCIA: El mayor obstáculo jurídico para la nivelación penal es la *Discretionary Function Exception* (Excepción de Función Discrecional), presente en leyes de responsabilidad patrimonial del Estado (como la *Federal Tort Claims Act* en EE. UU. y sus equivalentes en Iberoamérica). Esta doctrina establece que el Estado no responde por daños derivados de decisiones políticas o de planificación (*policy harms*).

AXIOMA NORMATIVO: La nivelación penal exige la abolición o limitación drástica de la excepción de función discrecional en materia de derechos fundamentales. La discrecionalidad política no puede ser un manto de impunidad para la iatrogenia empíricamente demostrable. La separación de poderes no prohíbe el control interorgánico (*accountability* horizontal); al contrario, lo exige.

5.3.4.2. El garantismo como escudo contra el *lawfare*

EVIDENCIA: La objeción más aguda contra la nivelación penal proviene del garantismo tradicional (Ferrajoli, 2001): crear tipos penales para funcionarios abre la puerta al *lawfare* (la guerra jurídica y la persecución política).

AXIOMA NORMATIVO: La nivelación penal asume la cautela constitucional no como una debilidad, sino como su mayor fortaleza dogmática. Para blindar el proyecto, la arquitectura debe respetar tres principios innegociables: 1. ***Lex certa* (Taxatividad)**: Los tipos penales deben redactarse con precisión matemática, definiendo la conducta, el elemento subjetivo (dolo eventual o *willful blindness* / ceguera epistémica

deliberada) y el resultado dañoso comprobable bajo estándar *Daubert*. 2. **Proporcionalidad**: Las penas deben ser equivalentes a las que recibiría un particular por el mismo daño. 3. ***Non bis in idem***: Impide que un funcionario sea juzgado políticamente y luego penalmente por el mismo hecho.

5.3.4.3. La respuesta a la objeción del *lawfare*: la simetría de la inseguridad jurídica

INTERPRETACIÓN: Cuando un legislador o juez argumenta que «no se pueden redactar tipos penales para agentes del Estado porque quedarían expuestos a acusaciones arbitrarias (*lawfare*)», está formulando, sin saberlo, la experiencia cotidiana de cualquier ciudadano común. El ciudadano pobre y marginal vive bajo el derecho penal sin fueros, sin acceso a abogados de élite, y a merced de la arbitrariedad fiscal. Su inseguridad jurídica es la regla, no la excepción.

AXIOMA FINAL DE SIMETRÍA: La simetría penal exige que el mismo estándar de inseguridad jurídica se aplique a todos. Si los agentes del Estado temen que una ley penal tipificada con precisión pueda ser utilizada contra ellos de forma arbitraria, están reconociendo que el sistema penal ya es arbitrario, pero solo para los ciudadanos comunes. La nivelación penal no crea inseguridad jurídica; la distribuye simétricamente, poniendo fin al privilegio de la impunidad. La objeción del *lawfare* no es un argumento contra la nivelación penal; es una confesión de que el sistema actual es arbitrario, y que solo se considera aceptable cuando la arbitrariedad recae sobre los débiles.

5.3.5. Síntesis convergente de la sección 5.3

La Escuela de la Elección Pública (*Public Choice*) explica el **porqué** estructural del daño (los incentivos y el *Carceral Keynesianism*). La teoría del Dominio de la Organización (*Organisationsherrschaft*) explica el **cómo** dogmático de la imputación (la autoría mediata y la superación de la difusión burocrática). La Zemiología define el **qué** (los bienes jurídicos y el daño social masivo). Y el Garantismo define el **límite** (la cautela constitucional contra el *lawfare*).

CONVERGENCIA: Estos cuatro pilares conforman una arquitectura dogmática y económica cerrada, inatacable desde el liberalismo penal clásico y desde la ciencia política empírica. Demuestran que la impunidad del Estado no es un misterio ni una fatalidad histórica, sino una ingeniería jurídica que puede y debe ser desmantelada con las mismas herramientas con las que fue construida.

Bibliografía fundamental de la sección 5.3

- Arendt, H. (1963). *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. Viking Press.
- Bauman, Z. (1989). *Modernity and the Holocaust*. Cornell University Press.
- Box, S. (1983). *Power, Crime and Mystification*. Tavistock Publications.

- Buchanan, J. M., & Tullock, G. (1962). *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. University of Michigan Press.
- Chambliss, W. J. (1989). State-organized crime. *Criminology*, 27(2), 183-208.
- Ferrajoli, L. (2001). *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. Laterza.
- Gilmore, R. W. (2007). *Golden Gulag: Prisons, Surplus, Crisis, and Opposition in Globalizing California*. University of California Press.
- Green, P., & Ward, T. (2004). *State Crime: Governments, Violence and Corruption*. Pluto Press.
- Hillyard, P., & Tombs, S. (2004). *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*. Pluto Press.
- Roxin, C. (1963 / 2006). *Täterschaft und Tatherrschaft* (8ª ed.). De Gruyter.
- Roxin, C. (1997). *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. C. H. Beck.
- Wacquant, L. (2009). *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Duke University Press.

5.4 Los seis dogmas del excepcionalismo estatal y su demolición epistémica

PRINCIPIO EPISTEMOLÓGICO DE ESTA SECCIÓN: Para que la nivelación penal y la promulgación de un *Código Penal para Agentes del Estado* no sean saboteadas por la corporación jurídica y política, es imperativo desmantelar previamente la arquitectura ideológica que sostiene la impunidad del Soberano. El Estado no solo controla el monopolio de la fuerza; controla el monopolio de la *definición de la realidad penal*. Para ello, ha erigido seis dogmas de excepcionalismo que funcionan como escudos epistémicos y jurídicos. Esta sección procede a la falsación científica, zemiológica y dogmática de cada uno de ellos.

DOGMA 1: La Inmunidad del "Acto de Gobierno" y la Discrecionalidad Soberana

Formulación del Dogma: El Estado sostiene que las decisiones de política pública, la administración de la seguridad y la gestión penitenciaria son "actos de gobierno" o expresiones de la "discrecionalidad técnica y política". Por tanto, están exentos del escrutinio penal ordinario, ya que someter a los gobernantes a la justicia penal por sus decisiones macro-estructurales paralizaría la administración y violaría la separación de poderes.

Refutación Teórica y Empírica: * **AXIOMA NORMATIVO (Republicanism):** Philip Pettit demuestra que la libertad como *no-dominación* es incompatible con la existencia de un poder que pueda infligir daño arbitrariamente sin rendir cuentas. La "discrecionalidad" sin responsabilidad penal no es una prerrogativa democrática; es un privilegio neofeudal (*Rex non potest peccare*). * **EVIDENCIA (Zemiología):** Hillyard

y Tombs (2004) demuestran que los *policy harms* (daños por políticas públicas) —como el hacinamiento carcelario letal o la desregulación ambiental— superan en órdenes de magnitud el daño del crimen callejero. Clasificar el daño masivo como "acto administrativo" y el daño micro como "delito" es una operación de mistificación ideológica (Box, 1983). * **INTERPRETACIÓN:** El "acto de gobierno" es una ficción jurídica diseñada para blindar la iatrogenia. Si un director de hospital privado decide recortar la calefacción en invierno para ahorrar presupuesto y mueren 50 pacientes, comete homicidio culposo. Si un Ministro de Justicia recorta el presupuesto de salud penitenciaria y mueren 50 reclusos, es una "decisión de política fiscal". La nivelación penal exige que la etiqueta de "política pública" deje de ser un manto de impunidad para convertirse en un agravante de la posición de garante.

DOGMA 2: El Monopolio Fiscal y el Secuestro del Conflicto

Formulación del Dogma: El delito es una ofensa contra "la Sociedad" o "el Estado", no contra la víctima. Por ende, el Ministerio Público Fiscal (el Estado) debe tener el monopolio absoluto de la acción penal. Permitir que los ciudadanos acusen penalmente a los agentes estatales (acción popular) generaría caos, venganza privada y politización de la justicia.

Refutación Teórica y Empírica: * **EVIDENCIA (Accountability Horizontal):** Guillermo O'Donnell documentó que en las democracias delegativas, el monopolio fiscal es el principal cuello de botella de la impunidad. El fiscal, como par corporativo del juez o del político, archiva *in limine* más del 98% de las denuncias contra el aparato estatal. * **CONVERGENCIA (Criminología Crítica):** Nils Christie (1977) demostró que el Estado "roba" el conflicto a las víctimas para gestionarlo burocráticamente. Cuando el Estado es el victimario (ej. tortura institucional, ecocidio), el monopolio fiscal se convierte en un mecanismo de auto-encubrimiento estructural. * **AXIOMA NORMATIVO:** El monopolio de la acción penal es legítimo *solo* cuando el Estado es el garante de los derechos de la víctima. Cuando el Estado es el autor del daño zemiológico, el monopolio fiscal es un conflicto de interés insanable. La ruptura de este dogma exige la institucionalización de la **Querella Ciudadana Autónoma** y los Tribunales de Jurados Científico-Populares para delitos de agentes estatales.

DOGMA 3: La Dilución Burocrática de la Culpa (El Mito del Engranaje)

Formulación del Dogma: En las estructuras estatales complejas, el daño es el resultado de una cadena de decisiones fragmentadas. El legislador vota la ley, el juez la aplica, el burócrata asigna el presupuesto y el guardia cierra la celda. Como nadie "quiso" directamente el resultado letal (ej. el suicidio del recluso o el colapso de una cuenca hídrica), no hay dolo ni culpa individualizable. El daño es una "tragedia sistémica" o una "externalidad".

Refutación Teórica y Empírica: * **EVIDENCIA (Dogmática Penal):** La teoría de la *Organisationsherrschaft* (Dominio de la Organización) de Claus Roxin, desarrollada para juzgar crímenes de Estado, destruye esta coartada. El autor mediato es quien tiene el dominio del aparato. Los ejecutores materiales son piezas fungibles. * **INTERPRETACIÓN:** El legislador que vota una ley de encarcelamiento masivo sin Estudio de Impacto Regulatorio (RIA) es el autor mediato del hacinamiento letal. El Ministro que firma el decreto de concesión minera ignorando el informe de la agencia ambiental es el autor mediato del ecocidio. * **AXIOMA NORMATIVO:** La burocracia no diluye la responsabilidad; la organiza. El *Código Penal para Agentes del Estado* debe tipificar la **Autoría Mediata por Dominio de Aparato Burocrático**, imputando el resultado lesivo directamente al vértice decisorio que diseñó, financió o mantuvo la política iatrogénica.

DOGMA 4: La Asimetría Epistémica (El Privilegio de la Ignorancia)

Formulación del Dogma: El ciudadano y el profesional privado (médico, ingeniero) deben someter sus acciones al método científico y al estándar de prueba *Daubert* bajo amenaza de prisión por mala praxis. El agente estatal (juez, legislador), en cambio, actúa basado en la "sana crítica racional", la "prudencia", la "ideología política" o la "moralidad", los cuales son subjetivos y, por tanto, inimputables si resultan erróneos o dañinos.

Refutación Teórica y Empírica: * **EVIDENCIA (Epistemología Jurídica):** Miranda Fricker (2007) define esto como *injusticia epistémica* institucionalizada. El Estado exige ciencia a los gobernados para proteger los bienes jurídicos, pero se reserva el derecho a la pseudociencia punitiva (ej. teorías de la "mano dura" o la "reinserción por aislamiento") cuando es el Estado quien gestiona esos bienes. * **CONVERGENCIA (Derecho Comparado):** La doctrina de la *Willful Blindness* (Ceguera Deliberada) establece que quien tiene el deber de saber y decide activamente no informarse para eludir la responsabilidad, actúa con dolo eventual. * **AXIOMA NORMATIVO:** La nivelación penal impone la **Simetría Epistémica**. Toda decisión estatal que restrinja derechos fundamentales o asigne recursos masivos debe estar sustentada en evidencia revisada por pares (estándar *Campbell/Cochrane*). La ignorancia de la evidencia científica disponible por parte de un juez o legislador no es una "opinión política"; es **Ceguera Epistémica Funcional** y debe ser tipificada como dolo eventual.

DOGMA 5: La Ficción Terapéutica (El Tiempo como Variable de Cura)

Formulación del Dogma: La privación de libertad no es un daño, sino un "tratamiento" (reinserción social). El mero transcurso del tiempo en condiciones de encierro posee una virtud catártica y correctiva. Por tanto, el Estado no está infligiendo lesiones, sino administrando una medicina social necesaria, lo que exime a la prisión del escrutinio de los delitos contra la integridad física y psíquica.

Refutación Teórica y Empírica: * **EVIDENCIA (Neurobiología y Psiquiatría):** La neuroimagen funcional y la epidemiología (Haney, 2023; Meijers et al., 2024) demuestran que el encierro institucional produce atrofia del hipocampo (3-6%), desacoplamiento amígdala-corteza prefrontal y envejecimiento epigenético acelerado. La mortalidad post-liberación se multiplica por 12-40 (Binswanger, 2007). * **CONVERGENCIA (Criminología Experimental):** Nagin, Cullen y Jonson (2009) y la revisión Cochrane (2020) confirman que el encierro no reduce la reincidencia; la aumenta (efecto criminógeno). * **INTERPRETACIÓN:** Si un laboratorio farmacéutico comercializara una pastilla que causa atrofia cerebral, envejecimiento prematuro y aumenta la conducta que pretende curar en un 171%, sus directivos serían procesados por lesiones gravísimas y fraude. El Estado aplica esta "pastilla" (la prisión) a millones de personas bajo la coartada semántica de la "reinserción". * **AXIOMA NORMATIVO:** La ficción resocializadora debe ser abolida como blindaje penal. El *Código Penal para Agentes del Estado* debe tipificar la **Iatrogenia Institucional Dolosa**, persiguiendo a los arquitectos del encierro por los delitos de lesiones y homicidio culposo agravado que la neurociencia demuestra que están cometiendo.

DOGMA 6: La Falacia Hobbesiana (El Miedo como Justificación del Poder Sin Límites)

Formulación del Dogma: Sin un Leviatán con poder punitivo ilimitado, discrecional y severo, la sociedad colapsaría en la "guerra de todos contra todos". Tipificar penalmente a los agentes del Estado, someterlos a jurados ciudadanos o limitar su discrecionalidad punitiva desarmaría a la autoridad y entregaría la sociedad a las mafias y la anomia.

Refutación Teórica y Empírica: * **EVIDENCIA (Economía Política - Public Choice):** Buchanan y Tullock demuestran que el "miedo al caos" es una narrativa de mercado. Los políticos inflan el pánico moral (populismo punitivo) porque genera beneficios electorales concentrados, mientras los costos de la ineficacia y la violencia estatal son externalizados a las clases marginales. * **EVIDENCIA (Eficacia de Alternativas):** Los modelos de *Justice Reinvestment* (Texas, 2007), las alternativas comunitarias intensivas (MST, ACT Forense) y los modelos de justicia restaurativa (Gacaca, APAC) demuestran empíricamente que la reducción drástica del encierro y el control comunitario del riesgo *disminuyen* las tasas de victimización y homicidios, desmintiendo la profecía hobbesiana. * **INTERPRETACIÓN:** El Leviatán no previene la violencia; la administra y la reproduce. El verdadero caos no surge de limitar el poder punitivo del Estado, sino de su ejercicio iatrogénico, que destruye el capital social, las redes vinculares y la confianza institucional. * **AXIOMA NORMATIVO:** La seguridad ciudadana real exige el desarme dogmático del Leviatán. La sujeción del agente estatal al derecho penal no debilita al Estado de Derecho; es la única condición que lo legitima frente a la ciudadanía.

MATRIZ DE DEMOLICIÓN DOGMÁTICA

Dogma del Excepcionalismo	Mecanismo de Blindaje Actual	Herramienta Dogmática de la Nivelación Penal
1. Acto de Gobierno	Inmunidad material y procesal.	Tipificación de **Abuso de Poder Iatrogénico** (fin de la discrecionalidad lesiva).
2. Monopolio Fiscal	Archivo de denuncias *in limine* por el MPF.	**Acción Penal Popular** y Querella Ciudadana Autónoma.
3. Dilución Burocrática	Exigencia de dolo directo e individual.	**Autoría Mediata (Roxin)** por dominio del aparato estatal.
4. Asimetría Epistémica	Refugio en la "sana crítica" o "moral".	Estándar **Daubert/Cochrane** y tipificación de **Ceguera Deliberada**.
5. Ficción Terapéutica	La prisión como "derecho" o "medicina".	Tipificación de **Lesiones Graves por Violencia Estructural** (Neurobiología).
6. Falacia Hobbesiana	Chantaje del miedo y populismo punitivo.	**Evaluación de Impacto Regulatorio (RIA)** vinculante y *Sunset Clauses*.

SÍNTESIS Y AXIOMA DE CLAUSURA DE LA SECCIÓN 5.4

[AXIOMA NORMATIVO FINAL]: El excepcionalismo estatal no es una necesidad ontológica del orden político; es una estafa epistémica y jurídica. Los seis dogmas analizados no protegen a la sociedad del delito; protegen a la burocracia estatal de las consecuencias de su propia violencia.

La **Nivelación Penal** exige que el derecho penal deje de ser un telescopio que solo mira hacia abajo (hacia la marginalidad y la supervivencia) para convertirse en un microscopio que examine la patología del poder. Saldar la deuda histórica del Estado implica promulgar un Código Penal donde la toga, el escaño y el decreto no sean armaduras de impunidad, sino las circunstancias agravantes de quienes, teniendo el deber de garante y el acceso a la ciencia, eligieron administrar el daño.

5.5. Los siete aportes fundamentales: blindaje operativo de la nivelación penal

«Cómo desmantelar la arquitectura de impunidad del Estado con siete mecanismos específicos»

5.5.0. Principio epistemológico de esta sección

Las secciones precedentes han demostrado que la impunidad del Estado es una arquitectura diseñada (Capa 5.3), que la evidencia científica exige someter a los

agentes estatales a los mismos estándares que exigen a los ciudadanos (Capa 5.2), que el marco republicano de la no-dominación exige la nivelación penal (Capa 5.1), que la ingeniería procesal puede hacer efectiva esa nivelación (Capa 5.4), y que la tipificación es técnicamente posible (Capa 5.5 del ejemplo tipológico). La sección 5.5 responde a una pregunta de cierre estratégico: ¿Cuáles son los siete mecanismos específicos que, combinados, hacen operativa, defendible y políticamente viable la nivelación penal?

Estos siete aportes no son propuestas abstractas. Son herramientas de ingeniería jurídica extraídas del análisis comparado de las ocho arquitecturas cognitivas que analizaron la tesis de la nivelación penal, y constituyen los puntos de anclaje que permiten pasar de la teoría a la implementación. Cada uno resuelve un problema específico de la arquitectura de impunidad estatal, y su combinación produce un efecto sinérgico que ninguno de ellos, por sí solo, podría lograr.

Regla de clasificación epistémica: Cada afirmación se clasifica como EVIDENCIA (fuente histórica, dato empírico, texto legal, sentencia), CONVERGENCIA (múltiples fuentes independientes con dirección consistente), INTERPRETACIÓN (análisis propio a partir de los datos) o AXIOMA NORMATIVO (principio normativo no derivable empíricamente pero constitutivo del Estado de derecho).

5.5.1. El precedente histórico de la institucionalización del juicio: el modelo Basaglia

5.5.1.1. La lección fundamental: la institución solo colapsa cuando sus operadores son juzgados

EVIDENCIA: El movimiento de desmanicomialización italiano liderado por Franco Basaglia constituye el precedente histórico más luminoso de transformación institucional profunda. En Gorizia (1961-1969), Basaglia no reformó el manicomio; lo negó (L'istituzione negata, 1968). Destruyó muros y rejas, eliminó la contención física, redujo las electroshocks y estableció asambleas generales donde pacientes y personal debatían en pie de igualdad. El resultado fue la Ley 180 de 1978, que cerró los manicomios italianos y prohibió la construcción de nuevos, sustituyéndolos por una red de servicios comunitarios de salud mental.

INTERPRETACIÓN: La analogía con la descarcelización es exacta. No basta con demostrar que la prisión es iatrogénica (Capa 1), que es carísima (Capa 2), que es contradictoria con el Estado de Derecho (Capa 3) y que no es natural ni inevitable (Capa 4). La prisión no será desmantelada mientras sus arquitectos —legisladores punitivistas, jueces corporativos y ministros indolentes— gocen de inmunidad civil y penal. Cuando ordenar una prisión preventiva abusiva o aprobar una ley carcelaria lesiva conlleve el riesgo real de perder el patrimonio, el cargo, la habilitación profesional y ser sometido a las consecuencias jurídicas que la ley determine, los agentes del Estado tendrán mayores incentivos para abandonar definitivamente la pseudociencia del encierro masivo y adoptar las alternativas comunitarias basadas en evidencia.

5.5.1.2. La estructura del juicio institucional

Elemento del juicio de Gorizia	Equivalente en la nivelación penal
El psiquiatra como acusado	El juez, el legislador, el ministro como acusados
El paciente como víctima y testigo	El preso, su familia, la comunidad como víctimas y testigos
El manicomio como objeto del juicio	La prisión como objeto del juicio
La violencia institucional como delito	Mala praxis judicial, legislación iatrogénica, ecocidio funcional como delitos
La comunidad de Gorizia como jurado	La sociedad civil como acusador popular
La Ley 180 como resultado	El Código Penal para Agentes del Estado como resultado

5.5.1.3. La aplicación a la descarcelización

Esto implica:

1. La visibilización del daño: Los datos de iatrogenia carcelaria (neurobiología, epidemiología, criminología) deben presentarse no como estadísticas abstractas, sino como evidencia de un juicio. Cada muerte bajo custodia, cada caso de aislamiento prolongado, cada prisión preventiva innecesaria es un cargo de acusación.

2. La identificación de los responsables: La teoría del dominio de la organización (Capa 5.3) permite identificar quiénes son los autores mediatos del daño: el ministro que diseña la política, el legislador que la vota, el director que la ejecuta.

3. La exigencia de rendición de cuentas: La acción penal popular (Capa 5.4) permite que la sociedad civil acuse directamente a estos agentes, rompiendo el monopolio fiscal.

4. La transformación institucional: El resultado del juicio no es solo la condena individual, sino la transformación de la institución. Así como la Ley 180 cerró los manicomios, el Código Penal para Agentes del Estado debe cerrar las prisiones iatrogénicas y sustituirlas por alternativas comunitarias.

5.5.2. Piercing the corporate veil ("Levantamiento del velo corporativo", o bien "Levantamiento del velo de la persona jurídica") del Estado y responsabilidad patrimonial personal

5.5.2.1. El problema: el Estado se indemniza a sí mismo con el dinero de las víctimas

EVIDENCIA: En el derecho societario, la doctrina del piercing the corporate veil (levantamiento del velo corporativo) permite a los tribunales ignorar la personalidad jurídica de una empresa y responsabilizar directamente a sus accionistas o directivos cuando la empresa ha sido utilizada como instrumento de fraude o daño. Esta doctrina se aplica cuando la separación entre la entidad y sus operadores es una ficción que oculta la responsabilidad real.

5.5.2.2. La aplicación al Estado: responsabilidad patrimonial personal de los agentes

Elemento	Aplicación al agente estatal
Levantamiento del velo estatal	La personalidad jurídica del Estado no puede utilizarse para blindar al agente individual que causó el daño
Responsabilidad patrimonial personal	El agente condenado responde con su patrimonio personal e intransferible
Decomiso de bienes	Los bienes obtenidos durante el ejercicio del cargo pueden ser decomisados si se demuestra que fueron adquiridos mediante la conducta delictiva
Indemnización directa a las víctimas	La reparación se paga directamente a las víctimas con el patrimonio del agente, no con fondos del Tesoro público
Embargo preventivo	En caso de imputación formal, se puede embargar preventivamente el patrimonio del agente para garantizar la reparación futura

EVIDENCIA: El Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act del Reino Unido (2007) permite procesar penalmente a una empresa por homicidio cuando fallos de gestión de sus altos directivos causan muertes. La ley establece que la empresa puede ser condenada a una multa ilimitada y que los directivos responsables pueden ser procesados individualmente por homicidio culposo. Si esta lógica se aplica a las empresas privadas, con mayor razón debe aplicarse al Estado, que tiene el monopolio de la violencia y el deber de garante.

5.5.2.3. La fundamentación constitucional

1. El principio de igualdad ante la ley: Si un ciudadano responde con su patrimonio por los daños que causa, un agente estatal debe responder con el suyo.

2. El principio de proporcionalidad: La reparación del daño debe ser proporcional a la gravedad del daño causado. Si el daño es masivo, la reparación debe ser masiva, y no puede pagarse con fondos públicos porque eso socializaría el costo de una conducta individual.

3. El principio de no enriquecimiento sin causa: El agente que causa daño no puede beneficiarse de la inmunidad patrimonial del Estado para eludir la reparación.

4. El deber de garante: El agente estatal tiene una posición de garante reforzada respecto de las personas bajo su autoridad. La violación de ese deber genera responsabilidad personal, no solo institucional.

5.5.3. La prohibición de la puerta giratoria epistémica en el Consejo Independiente de Expertos (CIE)

5.5.3.1. El problema: el Estado no puede redactar su propio código penal

EVIDENCIA: La teoría de la captura regulatoria (Stigler, 1971; Carpenter y Moss, 2013) documenta cómo las agencias estatales, diseñadas para proteger el interés público, son capturadas por los intereses privados que deben regular. El mismo mecanismo opera en la producción legislativa: cuando los agentes estatales redactan las leyes que los juzgarán, el resultado es la captura del proceso legislativo por los intereses de los propios agentes.

5.5.3.2. La solución: el Consejo Independiente de Expertos (CIE)

AXIOMA NORMATIVO: La redacción del Código Penal para Agentes del Estado debe ser encomendada a un Consejo Independiente de Expertos (CIE) conformado por expertos ajenos al aparato estatal. La pureza del conflicto de interés es la condición de posibilidad de la justicia penal estatal.

Categoría de experto	Función en el CIE
Académicos de las ciencias duras y sociales	Definición de los estándares de evidencia científica (Daubert, Cochrane)
Criminólogos experimentales	Definición de los tipos penales basados en la evidencia criminológica
Neurocientíficos	Definición de los tipos penales basados en la evidencia neurobiológica
Epidemiólogos	Definición de los tipos penales basados en la evidencia epidemiológica
Ecólogos	Definición de los tipos penales basados en la evidencia ambiental
Economistas públicos	Definición de los tipos penales basados en la evidencia económica
Juristas garantistas	Redacción técnica de los tipos penales con respeto a los principios constitucionales
Representantes de organizaciones de derechos humanos	Definición de los tipos penales basados en la evidencia de derechos humanos

Representantes de comunidades afectadas	Definición de los tipos penales basados en la experiencia de las víctimas

5.5.3.3. La prohibición de la puerta giratoria epistémica

EVIDENCIA: La evidencia comparada de la regulación financiera (Dodd-Frank Act, 2010, EE.UU.), la regulación ambiental (Acuerdo de Escazú, 2018, América Latina) y la regulación sanitaria (Reglamento de la UE sobre conflictos de interés en la evaluación de medicamentos) muestra que la prohibición de la puerta giratoria es un mecanismo eficaz para prevenir la captura regulatoria. La aplicación de este mecanismo a la producción legislativa penal es una extensión lógica y necesaria.

5.5.3.4. Las reglas de funcionamiento del CIE

1. Mandato y presupuesto garantizados: El CIE tendrá un mandato de dos años para redactar el anteproyecto de ley, con presupuesto asignado directamente, sin dependencia de los poderes que debe regular.

2. Consulta pública y audiencias: El anteproyecto será sometido a consulta pública, con audiencias donde puedan participar organizaciones de la sociedad civil, colegios profesionales, víctimas de daños estatales y la ciudadanía en general.

3. Debate legislativo con estándar de evidencia: El debate parlamentario debe realizarse con la presentación de la evidencia científica que sustenta cada tipo penal. Ninguna norma debe aprobarse sin que se haya demostrado, con informes periciales independientes, que la conducta tipificada existe, es dañosa y no está suficientemente sancionada por otras vías.

4. Cláusulas de revisión obligatoria: Las leyes penales para agentes estatales deben incluir cláusulas de revisión periódica que permitan evaluar su aplicación, su eficacia y su proporcionalidad, y modificarlas si la evidencia así lo exige.

5.5.4. El delito de coacción anti-científica a subordinados y el blindaje al whistleblower

5.5.4.1. El problema: la burocracia castiga la verdad

EVIDENCIA: Hannah Arendt (Eichmann in Jerusalem, 1963) y Zygmunt Bauman (Modernity and the Holocaust, 1989) documentaron cómo la burocracia diluye la responsabilidad individual y castiga la disidencia. En el contexto del Estado contemporáneo, este mecanismo opera de forma análoga: el funcionario que presenta evidencia científica que contradice la política oficial es sancionado, y la evidencia es ignorada o suprimida.

5.5.4.2. La tipificación del delito de coacción anti-científica

Artículo [X] — Coacción Anti-Científica a Subordinados

Tipo objetivo: El superior jerárquico que, mediante reglamentos internos, amenazas de despido, sumarios administrativos, traslados forzosos o cualquier otra forma de presión institucional, obligue a un subordinado —médico, juez, inspector ambiental, perito, científico del Estado— a:

a) Falsear datos o resultados de investigaciones,
b) Ocultar evidencia empírica disponible,
c) Aplicar protocolos que violen la lex artis de su disciplina,
d) Desestimar informes técnicos sin fundamento científico,
e) No presentar evidencia que contradiga la política oficial,

será penalmente sancionable con inhabilitación perpetua para cargos públicos y las demás consecuencias que determine el legislador competente.

Tipo subjetivo: Dolo directo. El superior jerárquico actúa con conocimiento de que la evidencia existe y con la intención deliberada de suprimirla o distorsionarla.

Agravante: Si la coacción resulta en daño grave a terceros, la sanción se graduará conforme a la magnitud del daño, pudiendo incluir decomiso patrimonial, reparación directa a víctimas y trabajo comunitario intensivo, además de la inhabilitación perpetua.

5.5.4.3. El blindaje al whistleblower

Medida de protección	Aplicación
Inamovilidad laboral	El whistleblower no puede ser despedido, trasladado ni sancionado por presentar evidencia o denunciar coacción
Protección física	El Estado debe garantizar la seguridad física del whistleblower y su familia
Protección jurídica	El whistleblower no puede ser procesado por violación de secretos oficiales cuando la información presentada sea evidencia científica de daño
Recompensa	El whistleblower puede recibir una recompensa proporcional al daño evitado o a la reparación obtenida
Anonimato	El whistleblower puede presentar la evidencia o la denuncia de forma anónima

EVIDENCIA: La evidencia comparada de las leyes de protección al whistleblower (Whistleblower Protection Act, 1989, EE.UU.; Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo; Ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria, Argentina) muestra que la protección al denunciante es un mecanismo eficaz para detectar y sancionar la corrupción y la mala praxis institucional. La aplicación de este mecanismo a la coacción anti-científica es una extensión lógica y necesaria.

5.5.5. Las cláusulas sunset (caducidad automática) para la legislación punitiva

5.5.5.1. El problema: la trampa del trinquete punitivo

EVIDENCIA: La teoría de la Elección Pública (Public Choice) predice una asimetría temporal en la producción legislativa penal: es fácil subir penas (ganancia política inmediata), imposible bajarlas (costo político «blando con el delito»). La evidencia empírica confirma esta predicción: en las últimas décadas, el número de reformas penales que endurecen penas supera en más de 10 a 1 a las que las reducen.

EVIDENCIA: En Argentina, entre 1983 y 2024, se registraron más de 120 reformas penales; el 95% endurecieron penas o tipificaron nuevos delitos, y el 0% incluyeron cláusulas de revisión o evaluación de impacto. En Estados Unidos, el encarcelamiento masivo se multiplicó por diez entre 1970 y 2010, no porque el delito aumentara, sino porque los políticos descubrieron que la «mano dura» era una estrategia electoral de alto rendimiento (Alexander, 2010; Garland, 2001).

5.5.5.2. La solución: las cláusulas sunset

AXIOMA NORMATIVO: Toda ley penal que establezca o endurezca penas privativas de libertad, amplíe los supuestos de prisión preventiva o suprima beneficios penitenciarios debe incluir una cláusula sunset de caducidad automática a cinco años. Transcurrido ese plazo, la ley solo se renueva si un estudio de impacto independiente demuestra, con evidencia científica verificable, que la ley produjo una reducción neta del daño social (reincidencia, victimización, costo) superior a las alternativas no privativas.

Jurisdicción/Ámbito	Mecanismo sunset	Resultado
EE.UU. (Patriot Act, 2001)	Caducidad automática de disposiciones de vigilancia si no se renuevan	Renovación parcial con modificaciones
UE (Regulación de sustancias químicas, REACH)	Evaluación periódica de sustancias autorizadas	Retiro de sustancias dañinas
Reino Unido (Sunset Clause en legislación delegada)	Caducidad automática de regulación delegada	Revisión y renovación selectiva
Australia (Sunset Act, 2003)	Caducidad automática de regulación subordinada	Reducción del stock regulatorio

5.5.5.3. La aplicación a la legislación penal

1. Plazo de caducidad: Cinco años desde la entrada en vigor de la ley.

2. Estudio de impacto independiente: Antes de la caducidad, un organismo independiente (no el Ministerio de Justicia ni el Poder Judicial) debe realizar un estudio de impacto que evalúe:

   - Reincidencia a 2 y 5 años, ajustada por perfil de riesgo de entrada.

- Impacto en salud mental de la población afectada.
- Impacto en preservación vincular.
- Costo por interno-año comparado con alternativas comunitarias equivalentes.
- Impacto en victimización (nuevas víctimas generadas por la reincidencia).

3. Criterio de renovación: La ley solo se renueva si el estudio de impacto demuestra, con evidencia científica verificable bajo estándar Daubert, que la ley produjo una reducción neta del daño social superior a las alternativas no privativas.

4. Consecuencia de no renovación: Si la ley no se renueva, caduca automáticamente y las disposiciones que establecía dejan de tener efecto. Las personas afectadas por la ley caducada deben ser reevaluadas bajo el marco legal vigente.

5. Prohibición de renovación sin evaluación: Ninguna ley penal puede renovarse sin el estudio de impacto independiente. La renovación automática sin evaluación es una violación del principio de legalidad y de la obligación de rendición de cuentas.

5.5.6. La regla de oro dogmática: tipificación por bien jurídico, no por sujeto (antídoto contra el lawfare)

5.5.6.1. El problema: la objeción del lawfare

EVIDENCIA: En la mayoría de los sistemas penales del mundo, un ciudadano común puede ser detenido por una orden judicial que ignora la evidencia científica (Capa 5.2), procesado por un fiscal que goza de inmunidad absoluta (Imbler v. Pachtman, 1976), y condenado por un juez que no rinde cuentas por el daño que causa. Su «inseguridad jurídica» no es un riesgo hipotético; es la condición estructural de su relación con el Estado. Sin embargo, cuando se propone extender esa misma condición —esa misma sujeción a la ley— a los agentes del Estado, la objeción se presenta como un escándalo.

5.5.6.2. La solución: tipificación por bien jurídico, no por sujeto

AXIOMA NORMATIVO: Los nuevos tipos penales no deben organizarse por el tipo de agente («delitos de funcionarios», «delitos de legisladores»), sino por el bien jurídico tutelado. El Estado no inventa nuevos bienes jurídicos para castigar a sus funcionarios; simplemente extiende la protección penal de los bienes jurídicos clásicos —integridad, patrimonio, territorio— a los daños masivos causados por la burocracia, eliminando la asimetría de los umbrales de dolo/culpa.

EVIDENCIA: La tipificación por bien jurídico es la regla estándar del derecho penal contemporáneo. Los códigos penales no organizan los delitos por el tipo de agente («delitos de médicos», «delitos de ingenieros», «delitos de comerciantes»), sino por el bien jurídico tutelado (vida, integridad, patrimonio, ambiente). La nivelación penal simplemente extiende esta lógica a los agentes del Estado.

5.5.6.3. La distinción entre daño individualizado y daño mediado por función seriada

Categoría	Descripción	Ejemplo	Tipo penal aplicable
Daño individualizado	Daño causado por un agente estatal actuando fuera de su rol institucional, de forma análoga a un ciudadano común	Un policía que golpea a un detenido en un hecho aislado	Lesiones, homicidio, tortura (tipos penales ordinarios)
Daño mediado por función seriada	Daño causado por el ejercicio normal, seriado y burocráticamente mediado de la función pública	Un legislador que vota una ley iatrogénica; un juez que ordena prisión preventiva masiva; un ministro que mantiene condiciones carcelarias inhumanas	Mala praxis judicial sistémica, legislación iatrogénica, ecocidio funcional (tipos penales específicos)

INTERPRETACIÓN: El sistema penal actual captura el daño individualizado (el policía que golpea) pero exime sistemáticamente el daño mediado por función seriada (el legislador que vota la ley que produce el hacinamiento donde el policía golpea). La nivelación penal no crea un «código penal para enemigos del Estado»; crea tipos penales para capturar el daño mediado por función seriada, que hoy queda fuera de tipo por la asimetría estructural.

5.5.6.4. La simetría de la inseguridad jurídica

5.5.7. El imperativo de la rule of law for elites (North, Wallis y Weingast)

5.5.7.1. La tesis fundamental: la transición al orden de acceso abierto

EVIDENCIA: Douglass North, John Wallis y Barry Weingast (Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History, Cambridge University Press, 2009) argumentan que una sociedad solo transita de «órdenes de acceso limitado» (feudalismo, autoritarismo) a «órdenes de acceso abierto» (democracias reales) cuando se cumple una condición previa: el imperio de la ley para las élites (rule of law for elites). Sin someter a la élite burocrática a las mismas reglas impersonales que rigen para el resto de la población, el sistema legal produce «privilegio», no derecho.

1. Rule of law for elites: Las élites deben estar sometidas a las mismas reglas impersonales que el resto de la población.

2. Organizaciones perpetuas: Deben existir organizaciones (empresas, universidades, ONG) que sobrevivan a sus fundadores y operen bajo reglas impersonales.

3. Control civil de la violencia: El Estado debe tener el monopolio de la violencia, pero ese monopolio debe estar sometido a control civil.

INTERPRETACIÓN: La nivelación penal es exactamente la operacionalización de la primera condición: la rule of law for elites. Al someter a los agentes del Estado a los mismos estándares de responsabilidad penal que exigen a los ciudadanos, el Estado transita del orden de acceso limitado (donde las élites gozan de privilegios) al orden de acceso abierto (donde todos están sometidos a las mismas reglas).

5.5.7.2. La evidencia histórica de la rule of law for elites

Sociedad	Evento	Resultado
Inglaterra (1215)	Magna Carta: el rey Juan acepta someterse a la ley	Limitación del poder real, inicio del rule of law
Inglaterra (1689)	Bill of Rights: el Parlamento limita el poder del rey	Consolidación del parlamentarismo
EE.UU. (1787)	Constitución: separación de poderes y control judicial	Rule of law como principio fundacional
Francia (1789)	Declaración de los Derechos del Hombre: igualdad ante la ley	Abolición de los privilegios feudales
Alemania (1949)	Ley Fundamental: dignidad humana como principio supremo	Sometimiento del Estado a los derechos fundamentales

5.5.7.3. La aplicación a la nivelación penal

5.5.7.4. La convergencia con el republicanismo de Pettit

EVIDENCIA: Philip Pettit (Republicanism: A Theory of Freedom and Government, 1997) define la libertad como no-dominación: la ausencia de un poder arbitrario que pueda interferir sin rendir cuentas. North, Wallis y Weingast definen el orden de acceso abierto como la transición del privilegio al derecho. Ambas definiciones convergen en la misma exigencia: el poder del Estado debe estar sometido a control institucional efectivo.

5.5.8. Síntesis convergente de la sección 5.5

Los siete aportes fundamentales constituyen el blindaje operativo de la nivelación penal. Cada uno resuelve un problema específico de la arquitectura de impunidad estatal, y su combinación produce un efecto sinérgico que ninguno de ellos, por sí solo, podría lograr.

Aporte	Problema que resuelve	Mecanismo
1. Modelo Basaglia	La institución no colapsa sin juicio	Institucionalización del juicio contra los agentes del Estado
2. Piercing the corporate veil	El Estado se indemniza a sí mismo con el dinero de las víctimas	Responsabilidad patrimonial personal del agente
3. Prohibición de la puerta giratoria epistémica	El Estado redacta su propio código penal	Consejo Independiente de Expertos (CIE)
4. Coacción anti-científica y whistleblower	La burocracia castiga la verdad	Tipificación del delito de coacción y protección al denunciante
5. Cláusulas sunset	La trampa del trinquete punitivo	Caducidad automática de la legislación penal sin evaluación
6. Tipificación por bien jurídico	La objeción del lawfare	Organización de los tipos penales por bien jurídico, no por sujeto
7. Rule of law for elites	El privilegio penal de las élites	Sometimiento de los agentes del Estado a las mismas reglas que los ciudadanos

---

5.5.9. Bibliografía fundamental de la sección 5.5

Basaglia, F. (1968). L'istituzione negata. Einaudi.

North, D. C., Wallis, J. J., & Weingast, B. R. (2009). Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History. Cambridge University Press.

Pettit, P. (1997). Republicanism: A Theory of Freedom and Government. Oxford University Press.

Stigler, G. J. (1971). The theory of economic regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science, 2(1), 3-21.

Carpenter, D. P., & Moss, D. A. (2013). Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit It. Cambridge University Press.

Arendt, H. (1963). Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil. Viking Press.

Bauman, Z. (1989). Modernity and the Holocaust. Cornell University Press.

Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act (2007), United Kingdom.

Whistleblower Protection Act (1989), United States.

Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

Imbler v. Pachtman, 424 U.S. 409 (1976).

Alexander, M. (2010). The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness. The New Press.

Garland, D. (2001). The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society. University of Chicago Press.

A continuación, presento el texto con las correcciones ortotipográficas aplicadas según las normas de la **Ortografía de la lengua española (2010)** de la Real Academia Española (RAE).

Se han ajustado los títulos, subtítulos, encabezados de sección, viñetas y conceptos doctrinales aplicando la regla de **mayúscula solo en la primera palabra y en los nombres propios** (uso de mayúsculas en títulos y subtítulos, § 4.18.2.1.2), y se han pasado a minúscula las denominaciones de teorías, delitos, herramientas dogmáticas y conceptos jurídicos genéricos (§ 4.18.1.1).

Sección 5.6: la ingeniería procesal necesaria

«Cómo desactivar los cerrojos de la impunidad burocrática y hacer efectiva la autolimitación del soberano»

5.6.0. Principio epistemológico de esta sección

La historia del derecho penal demuestra una regla de hierro: **una ley penal sin instrumentación procesal asimétrica es una coartada retórica**. El Estado no mantiene su impunidad únicamente porque falten tipos penales en el código, sino porque la arquitectura procesal vigente está diseñada para bloquear la investigación de sus propios agentes.

Los cuatro cerrojos que garantizan la impunidad estructural son: (1) la carga de la prueba sobre la víctima, (2) la exigencia de un dolo directo casi imposible de probar en burocracias, (3) el monopolio de la acusación en manos del propio Estado, y (4) la inmunidad patrimonial y orgánica de las instituciones públicas. La **ingeniería procesal necesaria** es el conjunto de mecanismos dogmáticos y procesales diseñados para reventar estos cuatro cerrojos, transformando la "deuda histórica del Estado" en una exigibilidad jurídica inmediata.

5.6.1. El habeas corpus epistémico: la inversión de la carga de la prueba

En el derecho penal tradicional, la carga de la prueba recae sobre la acusación. Sin embargo, cuando el acusador es la sociedad civil y el acusado es el Leviatán (que controla la información, los peritos y los presupuestos), la igualdad de armas es una ficción.

El **habeas corpus epistémico** es una garantía procesal que invierte la carga de la prueba en toda decisión estatal que restrinja derechos fundamentales, asigne masivamente recursos públicos a políticas punitivas o autorice actividades de alto impacto territorial.

- **La regla procesal:** Todo agente del Estado (juez, legislador, ministro) que dicte una medida privativa de libertad, vote una ley de endurecimiento penal o autorice una política de encierro masivo, asume automáticamente la carga de la prueba.
- **El estándar de prueba (estándar Daubert de políticas públicas):** El agente estatal debe demostrar ante un tribunal, mediante evidencia científica consolidada y revisada por pares (meta-análisis, ensayos controlados, criminología experimental), que:
    1. La medida es estrictamente **necesaria** (no existe alternativa comunitaria menos restrictiva validada).
    2. La medida **no es iatrogénica** (no causará daño neurobiológico, psicológico o social irreversible).
    3. La medida tiene una **probabilidad empírica** de reducir el daño social superior a su costo fiscal y humano.
- **Consecuencia de la no prueba:** Si el Estado no puede sustentar científicamente su decisión, el acto administrativo o judicial es **nulo de nulidad absoluta**, y se abre de oficio la investigación penal por *mala praxis institucional* o *legislación iatrogénica*. El Estado ya no puede alegar "presunción de legitimidad de los actos administrativos"; debe probar su legitimidad científica.

5.6.2. La ceguera deliberada (*willful blindness*) como dolo eventual

El blindaje subjetivo más eficaz del agente estatal es la dilución burocrática de la culpa. El legislador alega que "no conocía los estudios de reincidencia"; el juez afirma que "se basó en la sana crítica racional"; el ministro penitenciario aduce que "el presupuesto no alcanzaba para garantizar la salud mental".

Para destruir esta coraza, el Código Penal para agentes del Estado debe incorporar formalmente la doctrina anglosajona de la **ceguera deliberada (*willful blindness*)**, consolidada por la Corte Suprema de EE. UU. en *Global-Tech Appliances v. SEB S.A. (2011)*, adaptándola al derecho continental como **ceguera epistémica funcional**.

- **El mecanismo dogmático:** Se equipara al **dolo eventual** (o culpa temeraria agravada) la conducta del funcionario que, teniendo el deber legal y

constitucional de conocer la evidencia científica disponible sobre los efectos de sus decisiones, decide deliberadamente no consultarla, ignorarla o desestimarla sin fundamento técnico.

- **Aplicación práctica:**
  - Si un juez ordena prisión preventiva ignorando los informes de la Procuración Penitenciaria o de la ONU sobre el hacinamiento letal, actúa con dolo.
  - Si una comisión legislativa aprueba una ley de "mano dura" sin solicitar un Estudio de Impacto Regulatorio (RIA) criminológico, actúa con dolo.
- **El fin de la ignorancia como eximente:** La "ignorancia de la ciencia" deja de ser una eximente de responsabilidad para convertirse en el *actus reus* (el núcleo de la conducta típica) del delito estatal. El agente del Estado tiene la obligación positiva de actualizarse; su negativa a hacerlo es una decisión activa de causar daño a ciegas.

5.6.3. La ruptura del monopolio fiscal: acción penal popular y querella autónoma

El cuello de botella definitivo de la impunidad estatal es el monopolio de la acción penal pública. El Ministerio Público Fiscal (MPF) es una agencia del Estado que depende, en última instancia, del Poder Ejecutivo o de redes corporativas judiciales. Esperar que un fiscal estatal investigue y acuse penalmente a un juez de la Corte Suprema, a un ministro de Seguridad o a un legislador de su mismo bloque político es una ingenuidad estructural. Los datos empíricos globales muestran que más del 98% de las denuncias contra magistrados y altos funcionarios son archivadas *in limine*.

- **La acción penal popular (*actio popularis*) zemiológica:** El nuevo código debe reconocer la legitimación activa universal. Cualquier ciudadano, organización de derechos humanos, colegio profesional, sindicato o comunidad afectada tendrá el derecho inalienable de **querellar directamente** a los agentes del Estado ante tribunales penales independientes, sin necesidad de dictamen favorable, autorización previa o intervención del fiscal de Estado.
- **Supresión automática de fueros:** Los fueros parlamentarios, judiciales y administrativos (diseñados originalmente para proteger la independencia de los poderes frente al autoritarismo) se han mutado en escudos de impunidad. La normativa procesal debe establecer que la mera imputación formal por delitos de *iatrogenia institucional, ecocidio o malversación estructural* suspende automáticamente todo fuero, sometiendo al agente estatal a la jurisdicción penal ordinaria inmediata.
- **Tribunales mixtos de juzgamiento:** Para evitar el corporativismo judicial (jueces juzgando a sus pares), los delitos de agentes del Estado que involucren daño científico o territorial deben ser juzgados por tribunales colegiados integrados por jueces de carrera, peritos científicos independientes (epidemiólogos, criminólogos, ecólogos) y jurados ciudadanos sorteados.

5.6.4. La responsabilidad penal del Estado-organización (imputación orgánica)

El derecho penal económico internacional ha logrado lo que el derecho penal público se niega a hacer: someter a las personas jurídicas a sanciones penales por sus defectos de organización. Si una corporación privada puede ser condenada por *corporate manslaughter* (homicidio corporativo, Reino Unido, 2007) cuando sus fallos de gestión causan muertes, el Estado —que ostenta el monopolio de la fuerza y la posición de garante— debe enfrentar consecuencias penales institucionales equivalentes.

Aplicando la **teoría del dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*)** de Claus Roxin a la democracia, el Ministerio de Justicia, el Servicio Penitenciario o la Agencia Ambiental deben ser tratados como personas jurídicas penales responsables.

- **Sanciones institucionales letales:** Cuando se compruebe que una unidad organizativa del Estado (ej. una cárcel, un ministerio, una agencia de control) opera como una máquina de daño estructural, las sanciones no pueden ser meras multas que el Estado se paga a sí mismo con dinero de los contribuyentes. Las sanciones deben incluir:
    1. **Disolución o clausura de la unidad:** Cierre definitivo de establecimientos carcelarios que violen sistemáticamente las Reglas Mandela o agencias ambientales capturadas por corporaciones.
    2. **Intervención judicial externa:** Toma de control de la institución por parte de administradores judiciales independientes con poder de veto presupuestario y reestructuración de mandos.
    3. **Embargo y decomiso estructural:** Congelamiento de partidas presupuestarias reservadas y embargo de bienes del Estado (no esenciales para la prestación de derechos fundamentales) para crear **fondos de reparación directa a las víctimas**.
- **Piercing the corporate veil of the state (levantamiento del velo soberano):** La responsabilidad de la persona jurídica estatal no exime a los individuos. Los directores, ministros y tomadores de decisiones responderán penalmente a título personal por comisión por omisión (violación de su posición de garante), enfrentando sanciones penales que incluirán, como mínimo, la inhabilitación perpetua y el embargo de patrimonios personales para la reparación del daño. La naturaleza y graduación de las demás sanciones serán determinadas por el legislador competente

---

5.6.5. Síntesis de la ingeniería procesal

La nivelación penal no se logra apelando a la conciencia moral de los gobernantes, sino alterando la matriz de incentivos y riesgos del poder.

Cerrojo de la impunidad	Herramienta de la ingeniería procesal necesaria	Efecto sistémico
Carga de la	*habeas corpus epistémico*	El Estado debe probar

prueba sobre la víctima	(inversión probatoria + estándar Daubert)	científicamente que su violencia es necesaria e inofensiva. Si no puede, es culpable.
El dolo directo imposible de probar	*willful blindness* (ceguera deliberada como dolo eventual)	Ignorar la ciencia ya no es un error; es la intención criminal de actuar a ciegas.
El fiscal como cómplice corporativo	*acción penal popular* + supresión de fueros	La sociedad civil asume el rol de acusador directo. El Estado pierde el control de la persecución de sus propios crímenes.
Inmunidad patrimonial y burocrática	*responsabilidad penal del Estado-organización*	Las instituciones estatales pueden ser clausuradas e intervenidas; los funcionarios pierden su patrimonio personal.

Axioma procesal de clausura: *«El derecho penal que solo sabe mirar hacia abajo es un instrumento de domesticación; el derecho penal que se atreve a mirar hacia arriba es la única herramienta de emancipación republicana. La ingeniería procesal necesaria no busca venganza contra el Estado; busca obligar al Leviatán a mirarse al espejo de la ciencia y responder, con su patrimonio, su cargo, su habilitación profesional y las consecuencias jurídicas que la ley determine, por los cuerpos, las mentes y los territorios que ha roto.»*

5.7. El ejemplo tipológico

«Modelos dogmáticos para la tipificación penal de las conductas iatrogénicas del Estado»

5.7.0. Principio epistemológico de esta sección

Las secciones precedentes han establecido el marco teórico-republicano que exige la nivelación penal (5.1), el blindaje epistémico que exige someter las decisiones estatales a estándares científicos (5.2), la arquitectura dogmática y económica que explica por qué el Estado es estructuralmente impune (5.3), la ingeniería procesal necesaria que hace efectiva la nivelación penal (5.6), y la refutación de los seis dogmas del excepcionalismo estatal (5.4) junto con los siete aportes fundamentales que blindan la propuesta (5.5). La sección 5.7 responde a la pregunta que cierra el círculo: ¿Cómo se traducen estos principios en tipos penales concretos?

[ADVERTENCIA METODOLÓGICA FUNDAMENTAL]: Los tipos penales que se presentan a continuación son ejemplos ilustrativos de arquitectura dogmática, no un catálogo exhaustivo ni un proyecto de ley terminado. Su función es demostrar que la tipificación es posible, y ofrecer un modelo de cómo la zemiología, la epistemología jurídica y la teoría del dominio de la organización deben traducirse al lenguaje del derecho penal positivo. La redacción final, la determinación de escalas penales, los elementos subjetivos exigidos (dolo, culpa grave, negligencia comprobable), los umbrales matemáticos de daño y los estándares de prueba corresponden

exclusivamente al poder legislativo competente, actuando con asesoramiento técnico independiente —lo que denominamos el Consejo Independiente de Expertos (CIE)— y sujeto a control de constitucionalidad.

Regla de clasificación epistémica: Cada afirmación se clasifica como EVIDENCIA (fuente histórica, dato empírico, texto legal, sentencia), CONVERGENCIA (múltiples fuentes independientes con dirección consistente), INTERPRETACIÓN (análisis propio a partir de los datos) o AXIOMA NORMATIVO (principio normativo no derivable empíricamente pero constitutivo del Estado de derecho).

5.7.0.1 — Distinción entre tipificación, declaración de culpabilidad y consecuencia jurídica

Para evitar una confusión que viciaría toda la arquitectura de la nivelación penal, es imperativo distinguir tres operaciones conceptualmente distintas:

1. Tipificación (operación legislativa): Declarar que una conducta determinada constituye un delito. Es la definición de la conducta prohibida, sus elementos objetivos y subjetivos, y el bien jurídico tutelado. Esto es lo único que este tratado propone.

2. Declaración de culpabilidad (operación judicial): Determinar, mediante un proceso con garantías, que un agente concreto ha cometido la conducta tipificada. Esto corresponde exclusivamente al poder judicial.

3. Consecuencia jurídica (operación legislativa y judicial): Determinar qué sucede tras la declaración de culpabilidad. Las consecuencias posibles incluyen, entre otras:

Inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos o funciones profesionales. Decomiso de bienes y patrimonio. Multa proporcional al daño causado. Reparación directa a las víctimas con patrimonio personal. Trabajo comunitario obligatorio. Tratamiento de rehabilitación obligatorio. Prisión domiciliaria con monitoreo electrónico. Contención terapéutica excepcional (solo para daño irreversible masivo, con revisión periódica).

La privación institucional de libertad en régimen carcelario estándar no es la consecuencia predeterminada ni preferente. Proponer la tipificación de una conducta como delito no equivale a proponer el encarcelamiento del agente condenado. La consecuencia jurídica será determinada por el legislador competente, con asesoramiento del CIE, respetando los principios de proporcionalidad, lesividad y coherencia con la evidencia sobre iatrogenia del encierro.

5.7.1. La cláusula de remisión legislativa

Los tipos penales que se presentan en esta sección son ejemplos ilustrativos de arquitectura dogmática. No agotan el catálogo posible de conductas tipificables, ni sustituyen la labor legislativa que corresponde a las Cámaras de Representantes de

cada Estado. La redacción final de estos tipos penales —incluyendo la definición precisa de los elementos objetivos y subjetivos, la determinación de las escalas penales, el establecimiento de los umbrales de daño y los estándares de prueba— debe ser elaborada por un Consejo Independiente de Expertos (CIE) conforme a los siguientes principios:

1. El CIE estará conformado por expertos ajenos al aparato estatal: académicos de las ciencias duras y sociales, criminólogos experimentales, neurocientíficos, epidemiólogos, ecólogos, economistas públicos, juristas garantistas y representantes de organizaciones de derechos humanos y comunidades afectadas.

2. Ningún miembro del CIE podrá haber ocupado cargos de diseño de políticas públicas en los últimos diez años, ni haber sido consultor de corporaciones extractivas, financieras o de seguridad privada. La pureza del conflicto de interés es la condición de posibilidad de la justicia penal estatal.

3. El CIE deberá redactar los tipos penales con estricta sujeción a los principios de lex certa (definición precisa de la conducta prohibida), proporcionalidad (penas proporcionales a la gravedad del daño) y non bis in idem (prohibición de doble sanción por el mismo hecho).

4. Los tipos penales deberán incluir umbrales matemáticos y estándares de prueba objetivos (ej. estándar Daubert para la evidencia científica, tasas de error conocidas, consenso en la comunidad científica) que blinden la aplicación de la ley contra la arbitrariedad interpretativa.

5. La ley que incorpore estos tipos penales deberá incluir una cláusula de revisión quinquenal que permita evaluar su aplicación, su eficacia y su proporcionalidad, y modificarlos si la evidencia así lo exige.

5.7.2. Ejemplo tipológico 1: mala praxis judicial sistémica

5.7.2.1. Fundamento dogmático

EVIDENCIA: La evidencia neurobiológica demuestra que el encierro produce atrofia hipocampal (3-6%), deterioro de funciones ejecutivas equivalente a una década de envejecimiento cerebral, y envejecimiento epigenético acelerado de 2 a 5 años (Capas 1 y 2 del tratado). La criminología experimental demuestra que la prisión no reduce la reincidencia y a menudo la aumenta: el estudio catalán de Cid Moliné (2007) documentó incrementos de reincidencia del 171% para perfiles de riesgo bajo, 135% para riesgo medio y 36% para riesgo alto, comparados con la suspensión de pena.

EVIDENCIA: Los meta-análisis de Nagin, Cullen y Jonson (2009), Smith, Goggin y Gendreau (2002), y la revisión Cochrane (2020) demuestran que la prisión no reduce la reincidencia comparada con alternativas comunitarias. Los estudios de Binswanger et al. (2007, NEJM) y Zlodre y Fazel (2012, Addiction) documentan el aumento letal de

mortalidad post-liberación: 12 a 40 veces mayor en la primera semana, 4 a 8 veces mayor en el primer año. La neurociencia (Meijers et al., 2018; Haney, 2003, 2023) demuestra el deterioro cognitivo y emocional producido por el encierro.

EVIDENCIA: Un meta-análisis de Mitchell et al. (2023, Law and Human Behavior) sobre herramientas de riesgo (COMPAS, LSI-R, SAVRY) usadas por jueces y fiscales para dictar prisión preventiva muestra: AUC promedio de 0,65-0,71 (bajo/moderado; 0,5 = azar), tasa de falsos positivos del 30-45%, y sesgo racial/clase que sobrestima el riesgo en minorías y pobres en 15-20 puntos porcentuales. Si un fármaco tuviera una tasa de error del 40% y un sesgo demográfico probado, sería retirado del mercado y su fabricante procesado penalmente. Sin embargo, los jueces usan estas herramientas —o el «olfato judicial»— para enviar a prisión preventiva a miles de personas sin obligación legal de validar la herramienta bajo estándar Daubert.

5.7.2.2. Tipo penal orientativo

Artículo [X] — Mala praxis judicial sistémica

Tipo objetivo: El magistrado o fiscal que, en ejercicio de sus funciones, dicte o promueva medidas privativas de libertad —preventivas, de seguridad o de ejecución— omitiendo deliberadamente la consideración de evidencia científica consolidada (estándar Daubert/Cochrane) sobre la ineficacia criminológica o iatrogenia neurobiológica de dichas medidas, y ello resultare en daño grave a la integridad psicofísica (equivalente a lesiones graves o gravísimas, Arts. 89-91 del Código Penal tipo) o muerte del imputado o condenado.

Tipo subjetivo: Dolo eventual o culpa temeraria con ceguera epistémica deliberada (willful blindness). Se considera que el agente actúa con dolo cuando, teniendo el deber legal de conocer la evidencia científica disponible y acceso a ella, decide deliberadamente no consultarla o desestimarla sin fundamento técnico.

Consecuencia jurídica: La conducta descrita será penalmente sancionable. La naturaleza, graduación y modalidad de la sanción serán determinadas por el legislador competente, con asesoramiento del CIE, respetando los principios de proporcionalidad, lesividad y coherencia con la evidencia sobre iatrogenia del encierro. Las sanciones podrán incluir, entre otras: inhabilitación especial perpetua, decomiso patrimonial, reparación directa a las víctimas, trabajo comunitario obligatorio y/o tratamiento de rehabilitación. La privación institucional de libertad no será la consecuencia predeterminada ni preferente.

Atenuante: Reparación integral del daño antes de la sentencia firme.

Agravante: Si la conducta se comete en el contexto de prisión preventiva masiva, hacinamiento crítico (>110% de capacidad) o aislamiento prolongado (>15 días, contrario a las Reglas Mandela de la ONU).

Evidencia determinante: Peritos de parte y amicus curiae de Academias Nacionales de Medicina, Criminología y Neurociencia (no la jurisprudencia de la propia Corte). La evidencia científica consolidada será determinada por el estándar Daubert: teoría o

técnica sometida a prueba empírica, con tasa de error conocida y consenso en la comunidad científica relevante.

Carga de la prueba: Invertida. El agente estatal debe demostrar que la medida era necesaria y no iatrogénica; de no hacerlo, la medida es nula y el agente responde penalmente.

5.7.2.3. Fundamentación de los elementos del tipo

Elemento	Fundamento
Omisión deliberada de evidencia	La doctrina de la willful blindness (Global-Tech v. SEB, 2011) establece que quien evita deliberadamente conocer la verdad para eludir la mens rea actúa con dolo.
Evidencia científica consolidada	No se exige al juez que sea un científico, sino que consulte y considere la evidencia disponible, como se exige a cualquier profesional (médico, ingeniero, perito) bajo amenaza de mala praxis.
Daño grave o muerte	El resultado lesivo es el que convierte la conducta en delito. Sin daño, no hay delito —el tipo penal no castiga la mera «mala decisión», sino la decisión que causa daño previsible.
Inhabilitación perpetua	La pérdida de la función judicial es proporcional a la gravedad de la conducta: quien ha demostrado que no puede ejercer el poder con responsabilidad no debe seguir ejerciéndolo.
Carga de la prueba invertida	El Habeas Corpus Epistémico (sección 5.6) exige que quien ejerce poder sobre otros justifique su decisión con evidencia. La ausencia de prueba convierte la decisión en nula y genera responsabilidad penal.

5.7.3. Ejemplo tipológico 2: legislación iatrogénica dolosa

5.7.3.1. Fundamento dogmático

EVIDENCIA: La criminología experimental (Nagin, 2013; Cullen et al., 2011) ha demostrado que el incremento de la severidad penal no tiene efecto disuasorio significativo. La certeza de la detección disuade; la severidad de la pena tiene un efecto disuasorio marginal nulo. Los datos de hacinamiento y mortalidad intramuros son públicos y accesibles en la mayoría de las jurisdicciones. La ausencia de evaluación ex-ante de impacto regulatorio en materia penal es la norma, no la excepción.

EVIDENCIA: La economía política del castigo (Garland, 2001; Wacquant, 2009) documenta que el populismo punitivo —la aprobación de leyes penales duras sin base empírica— es una estrategia política de alto rendimiento electoral y bajo costo personal para los legisladores. El beneficio es concentrado (votos, apoyo mediático), mientras que el costo es difuso (impuestos para mantener prisiones, daño a las poblaciones encarceladas). La teoría de la Elección Pública (Buchanan y Tullock,

1962) explica por qué el legislador vota «mano dura» sin estudio de impacto: el sistema de incentivos políticos no internaliza los costos de esa decisión.

5.7.3.2. Tipo penal orientativo

Artículo [Y] — Legislación penal iatrogénica dolosa

Tipo objetivo: El legislador que, en el ejercicio de su función, promueva o vote una ley que establezca o endurezca penas privativas de libertad, amplíe los supuestos de prisión preventiva o suprima beneficios penitenciarios, sin que la iniciativa legal vaya acompañada de un Estudio de Impacto Regulatorio (RIA) criminológico y de salud pública basado en evidencia científica revisada por pares (metodología Campbell Collaboration / Cochrane), y como consecuencia de ello se produzca un incremento documentado de la reincidencia, de la mortalidad intramuros o del deterioro de la salud mental de la población penitenciaria.

Tipo subjetivo: Dolo eventual o culpa temeraria con ceguera epistémica deliberada (willful blindness). Se considera que el legislador actúa con dolo cuando, teniendo el deber de conocer la evidencia criminológica disponible y acceso a ella, decide deliberadamente no consultarla o desestimarla sin fundamento técnico.

Consecuencia jurídica: La conducta descrita será penalmente sancionable. La sanción incluirá, como mínimo, la inhabilitación perpetua para el ejercicio de cargos públicos. Las demás consecuencias (decomiso patrimonial, reparación a víctimas, trabajo comunitario, tratamiento) serán determinadas por el legislador competente conforme a los principios de proporcionalidad y coherencia penológica.

Garantía procesal: Acción penal pública de iniciativa privada (querella particular/adhesiva) sin intervención del Ministerio Público Fiscal, rompiendo el monopolio de la acusación (sección 5.6).

Atenuante: Si el legislador votó en contra de la ley o presentó un voto particular disidente que fue ignorado, no será responsable.

Agravante: Si la ley benefició directa o indirectamente a corporaciones en las que el legislador o su red de influencia tengan participación (captura del Estado).

5.7.3.3. Fundamentación de los elementos del tipo

Elemento	Fundamento
Estudio de Impacto Regulatorio (RIA)	En materias como la aprobación de medicamentos (FDA, EMA) o la regulación ambiental, el Estado exige un RIA ex-ante. En el derecho penal ocurre exactamente lo contrario. La nivelación penal exige que el mismo estándar se aplique a las leyes penales.
Incremento documentado	El tipo penal no castiga la mera «mala ley»; castiga la ley que produce un daño medible y predecible. La causalidad se demuestra mediante el incremento estadístico de los indicadores de daño.
Inhabilitación	Quien ha demostrado que no puede legislar con responsabilidad

perpetua	—porque ignora deliberadamente la evidencia— no debe seguir legislando.
Acción penal popular	El monopolio fiscal es el mayor obstáculo para la persecución de los delitos de los legisladores. La acción penal popular rompe ese monopolio.
Cláusula sunset	Ninguna ley penal incluye cláusulas de caducidad automática condicionadas a la demostración de resultados. Si una ley de medicamentos tuviera una tasa de fracaso del 40-60%, sería retirada del mercado; las leyes penales, con tasas de reincidencia del 40-70%, permanecen vigentes indefinidamente.

5.7.4. Ejemplo tipológico 3: ecocidio funcional y omisión ambiental dolosa

5.7.4.1. Fundamento dogmático

EVIDENCIA: El Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC) y la Plataforma Intergubernamental sobre Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos (IPBES) documentan que la pérdida de biodiversidad y el cambio climático son amenazas existenciales. Los informes de impacto ambiental, las evaluaciones de riesgo y los estudios epidemiológicos proporcionan base factual suficiente para que el funcionario sepa —o deba saber— que su decisión causará daño.

EVIDENCIA: El derrame de petróleo de la Deepwater Horizon (2010), la catástrofe de Bhopal (1984) y el desastre de Chernóbil (1986) son ejemplos documentados de cómo la negligencia regulatoria estatal —ignorar la evidencia sobre riesgos— causa daños masivos y duraderos. En ninguno de estos casos hubo condenas penales efectivas contra los altos funcionarios que autorizaron o no previeron los riesgos.

5.7.4.2. Tipo penal orientativo

Artículo [Z] — Ecocidio funcional y omisión ambiental dolosa

Tipo objetivo: El funcionario público con competencia regulatoria, ambiental, minera, pesquera o forestal que, en ejercicio de sus funciones, otorgue, renueve, prorrogue o no revoque concesiones, permisos de explotación, licencias ambientales o excepciones, existiendo evidencia científica consolidada (evaluaciones de impacto ambiental, informes de agencias autónomas, estudios revisados por pares) de que dicha actividad causará daño grave, irreversible o de difícil reparación al ambiente, a los recursos naturales o a la salud de las personas; o que omita deliberadamente la fiscalización de dichas actividades a sabiendas de los riesgos.

Tipo subjetivo: Dolo directo, dolo eventual o culpa temeraria con ceguera epistémica deliberada (willful blindness).

Consecuencia jurídica: La conducta descrita será penalmente sancionable. La sanción incluirá, como mínimo, el decomiso de bienes personales obtenidos durante el ejercicio del cargo y la inhabilitación perpetua para cargos públicos. Las demás

consecuencias serán determinadas por el legislador competente. La privación institucional de libertad no será la consecuencia predeterminada.

Agravante: Si la conducta beneficia directa o indirectamente a corporaciones en las que el funcionario o su red de influencia tengan participación (captura del Estado).

Agravante: Si el daño afecta a comunidades indígenas, territorios protegidos o cuencas hídricas que abastecen a poblaciones humanas.

Atenuante: Si el funcionario revocó la autorización o denunció la actividad antes de que se produjera el daño irreversible.

Evidencia determinante: Peritos de parte y amicus curiae de Academias Nacionales de Ciencias Ambientales, Ecología y Salud Pública. El «daño grave, irreversible o de difícil reparación» se determinará con base en estándares científicos objetivos: pérdida de biodiversidad medida en especies o hectáreas, contaminación de acuíferos por encima de los límites de la OMS, deforestación por encima de los umbrales de regeneración, etc.

5.7.4.3. Fundamentación de los elementos del tipo

Elemento	Fundamento
Evidencia científica consolidada	El funcionario no puede alegar ignorancia cuando existen informes técnicos que advierten del riesgo. La desestimación de esos informes sin fundamento técnico constituye ceguera deliberada.
Daño grave, irreversible o de difícil reparación	El tipo penal no castiga cualquier daño ambiental; castiga el daño que la ciencia identifica como irreversible o de difícil reparación. El umbral es objetivo y científico.
Decomiso de bienes	La reparación del daño ambiental no puede ser pagada por el Estado (es decir, por los contribuyentes). El funcionario que causó el daño debe responder con su patrimonio personal.
Inhabilitación perpetua	Quien ha demostrado que no puede administrar el territorio con responsabilidad no debe seguir haciéndolo.
Principio precautorio	Cuando existe evidencia científica de daño irreversible, la ausencia de certeza absoluta no puede utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas preventivas. El funcionario que autoriza a pesar de la evidencia actúa con dolo eventual.

5.7.5. El Consejo Independiente de Expertos (CIE): arquitectura institucional

5.7.5.1. La imposibilidad de la auto-regulación estatal

EVIDENCIA: La teoría de la captura regulatoria (Stigler, 1971; Carpenter y Moss, 2013) documenta cómo las agencias estatales, diseñadas para proteger el interés

público, son capturadas por los intereses privados que deben regular. El mismo mecanismo opera en la producción legislativa: cuando los agentes estatales redactan las leyes que los juzgarán, el resultado es la captura del proceso legislativo por los intereses de los propios agentes.

5.7.5.2. La composición del CIE

INTERPRETACIÓN: El Consejo Independiente de Expertos (CIE) debe estar conformado por:

Categoría de experto	Función en el CIE
Científicos de las ciencias duras y sociales	Neurobiólogos, epidemiólogos, ecólogos, economistas públicos, criminólogos experimentales, estadísticos. Definen los estándares de evidencia científica y los umbrales de daño.
Juristas garantistas	Penalistas, procesalistas y constitucionalistas ajenos al aparato estatal, con trayectoria en derechos humanos y justicia penal. Redactan los tipos penales con estricta sujeción a los principios de lex certa, proporcionalidad y non bis in idem.
Representantes de la sociedad civil	Organizaciones de derechos humanos, colegios profesionales, sindicatos, comunidades indígenas y territoriales, víctimas del sistema penal. Aportan la perspectiva de quienes sufren el daño estatal.
Expertos en derechos humanos y derecho internacional	Con experiencia en estándares internacionales de protección de derechos humanos y justicia penal. Garantizan la compatibilidad con el derecho internacional.

5.7.5.3. Las reglas de funcionamiento del CIE

1. **Prohibición de la «puerta giratoria» epistémica:** Ningún experto que haya ocupado cargos de diseño de políticas públicas en los últimos diez años, ni consultor de corporaciones extractivas, financieras o de seguridad privada, podrá formar parte del CIE. La pureza del conflicto de interés es la condición de posibilidad de la justicia penal estatal.

2. **Mandato y presupuesto garantizados:** El CIE tendrá un mandato de dos años para redactar el anteproyecto de ley, con presupuesto asignado directamente, sin dependencia de los poderes que debe regular. El presupuesto será equivalente al 0,1% del presupuesto penitenciario anual del Estado, garantizando que el CIE no dependa de la voluntad política de los poderes que debe regular.

3. **Consulta pública y audiencias:** El anteproyecto será sometido a consulta pública, con audiencias donde puedan participar organizaciones de la sociedad civil, colegios profesionales, víctimas de daños estatales y la ciudadanía en general. El proceso debe ser transparente y documentado. Las audiencias serán

públicas y grabadas, y las observaciones de la sociedad civil serán incorporadas al anteproyecto con respuesta fundamentada.

4. **Debate legislativo con estándar de evidencia:** El debate parlamentario debe realizarse con la presentación de la evidencia científica que sustenta cada tipo penal. Ninguna norma debe aprobarse sin que se haya demostrado, con informes periciales independientes, que la conducta tipificada existe, es dañosa y no está suficientemente sancionada por otras vías. El estándar de prueba para la aprobación legislativa será el mismo que se exige para la aprobación de medicamentos: evidencia revisada por pares, tasa de error conocida, consenso en la comunidad científica relevante.

5. **Cláusulas de revisión obligatoria:** Las leyes penales para agentes estatales deben incluir cláusulas de revisión periódica que permitan evaluar su aplicación, su eficacia y su proporcionalidad, y modificarlas si la evidencia así lo exige. La revisión será quinquenal y estará a cargo de un CIE renovado, con composición distinta a la del CIE original.

5.7.5.4. La relación entre el CIE y el poder legislativo

AXIOMA NORMATIVO: La relación entre el CIE y el poder legislativo debe estar regulada por una norma constitucional o de rango equivalente que garantice: (a) la independencia del CIE frente a los poderes que debe regular; (b) la obligatoriedad de la consulta pública; (c) la transparencia del proceso; (d) la prohibición de que el poder legislativo modifique el anteproyecto sin fundamentación técnica basada en evidencia; (e) la obligación de que el poder legislativo responda a las observaciones de la sociedad civil con fundamentación técnica.

5.7.6. La simetría de la inseguridad jurídica: respuesta a la objeción del lawfare

5.7.6.1. La objeción del lawfare

5.7.6.2. La experiencia cotidiana del ciudadano común

EVIDENCIA: En la mayoría de los sistemas penales del mundo, un ciudadano común puede ser detenido por una orden judicial que ignora la evidencia científica (sección 5.2), procesado por un fiscal que goza de inmunidad absoluta (Imbler v. Pachtman, 1976), y condenado por un juez que no rinde cuentas por el daño que causa. Su «inseguridad jurídica» no es un riesgo hipotético; es la condición estructural de su relación con el Estado. Sin embargo, cuando se propone extender esa misma condición —esa misma sujeción a la ley— a los agentes del Estado, la objeción se presenta como un escándalo.

EVIDENCIA: En Argentina, menos del 2% de las denuncias contra magistrados llegan a imputación, y no hay condenas firmes en la última década por decisiones

jurisdiccionales (datos del Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2022-2023). En Estados Unidos, la inmunidad absoluta de los fiscales (Imbler v. Pachtman, 1976) y la inmunidad cualificada de los jueces (Stump v. Sparkman, 1978) han hecho prácticamente imposible la persecución penal de los agentes estatales por daños causados en el ejercicio de sus funciones. En una muestra de casi 1.500 demandas de la Octava Enmienda presentadas por personas privadas de libertad, los demandantes ganaron en menos del 1% de los casos.

5.7.6.3. La simetría como exigencia de coherencia

AXIOMA NORMATIVO: La simetría penal exige que el mismo estándar de inseguridad jurídica se aplique a todos. Si los agentes del Estado temen que una ley penal tipificada con precisión (lex certa, estándares Daubert, umbrales matemáticos) pueda ser utilizada contra ellos de forma arbitraria, entonces están reconociendo que el sistema penal, tal como está diseñado, ya es arbitrario —pero solo para los ciudadanos comunes. El miedo a la arbitrariedad no es un privilegio de los poderosos; es la experiencia de los débiles. La nivelación penal no crea inseguridad jurídica; la distribuye simétricamente, poniendo fin al privilegio de la impunidad.

5.7.6.4. La distinción entre daño individualizado y daño mediado por función seriada

Categoría	Descripción	Ejemplo	Tipo penal aplicable
Daño individualizado	Daño causado por un agente estatal actuando fuera de su rol institucional, de forma análoga a un ciudadano común	Un policía que golpea a un detenido en un hecho aislado	Lesiones, homicidio, tortura (tipos penales ordinarios)
Daño mediado por función seriada	Daño causado por el ejercicio normal, seriado y burocráticamente mediado de la función pública	Un legislador que vota una ley iatrogénica; un juez que ordena prisión preventiva masiva; un ministro que mantiene condiciones carcelarias inhumanas	Mala praxis judicial sistémica, legislación iatrogénica, ecocidio funcional (tipos penales específicos)

INTERPRETACIÓN: El sistema penal actual captura el daño individualizado (el policía que golpea) pero exime sistemáticamente el daño mediado por función seriada (el legislador que vota la ley que produce el hacinamiento donde el policía golpea). La nivelación penal no crea un «código penal para enemigos del Estado»; crea tipos penales para capturar el daño mediado por función seriada, que hoy queda fuera de tipo por la asimetría estructural.

5.7.7. La lección histórica de Franco Basaglia

5.7.7.1. El experimento de Gorizia (1961-1969)

EVIDENCIA: El movimiento de desmanicomialización italiano liderado por Franco Basaglia no solo demostró que el manicomio era iatrogénico, sino que puso a los psiquiatras en el banquillo de los acusados —como en el famoso juicio de Gorizia— por violencia institucional. En Gorizia, Basaglia —inspirado por Sartre, Goffman (Asylums), Foucault, Fanon y Laing— trató el manicomio como una «institución total» que reducía a los pacientes a «no-personas» o «hombres huecos». Su método no fue reformar el tratamiento médico, sino negar la institución (L'istituzione negata, 1968): destruyó muros y rejas, eliminó la contención física, redujo las electroshocks y estableció asambleas generales donde pacientes y personal debatían en pie de igualdad.

5.7.7.2. La Ley 180 de 1978 como ley de liberación

5.7.7.3. La aplicación al movimiento de descarcelización

5.7.8. Síntesis convergente de la sección 5.7

Los tres ejemplos tipológicos —Mala Praxis Judicial Sistémica, Legislación Iatrogénica Dolosa y Ecocidio Funcional— demuestran que la tipificación penal de las conductas iatrogénicas de los agentes estatales es técnicamente posible y dogmáticamente coherente. No se trata de tipos penales abiertos o ambiguos; se trata de tipos penales que definen con precisión:

- **La conducta prohibida:** legislar sin estudio de impacto, juzgar ignorando la evidencia, autorizar a sabiendas del riesgo.
- **El elemento subjetivo:** dolo eventual o culpa temeraria con ceguera epistémica deliberada.
- **El resultado dañoso:** daño grave a la integridad, hacinamiento crítico, daño irreversible al territorio.
- **La escala penal:** proporcional a la gravedad del daño.
- **El estándar de prueba:** evidencia científica consolidada bajo estándar Daubert.

La Cláusula de Remisión Legislativa y el Consejo Independiente de Expertos (CIE) garantizan que la redacción final de estos tipos penales no quede en manos del Estado —que es parte interesada— sino en manos de expertos ajenos al aparato estatal, con mandato, presupuesto y procedimientos que aseguran su independencia.

La simetría de la inseguridad jurídica responde a la objeción del lawfare demostrando que la inseguridad jurídica no es un riesgo hipotético para los agentes del Estado; es la condición estructural de la relación entre el ciudadano común y el Estado. La

nivelación penal no crea inseguridad jurídica; la distribuye simétricamente, poniendo fin al privilegio de la impunidad.

La lección histórica de Franco Basaglia demuestra que la transformación institucional profunda solo ocurre cuando los operadores del sistema son puestos en la posición de acusados, no solo de técnicos bienintencionados. La descarcelización requiere el mismo salto: la tipificación penal de las conductas iatrogénicas de los agentes estatales es la condición de posibilidad de una transformación genuina.

Dos principios convergen en el mismo mandato:

La nivelación penal no es una utopía jurídica. Es una exigencia de coherencia normativa que puede y debe traducirse en tipos penales precisos, proporcionales y científicamente fundados. La redacción de esos tipos penales no puede ser delegada al Estado, porque el Estado es el principal interesado en mantener su impunidad. Corresponde a un Consejo Independiente de Expertos —ajeno al aparato estatal— redactar el Código Penal para Agentes del Estado, con mandato, presupuesto y procedimientos que garanticen su independencia. La historia de Basaglia demuestra que es posible. La evidencia científica demuestra que es necesario. La teoría política republicana demuestra que es exigible.

5.7.9. Bibliografía fundamental de la sección 5.7

Nagin, D. S. (2013). Deterrence in the twenty-first century. Crime and Justice, 42(1), 199-263.

Nagin, D. S., Cullen, F. T., & Jonson, C. L. (2009). Imprisonment and reoffending. Crime and Justice, 38(1), 115-200.

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

Global-Tech Appliances v. SEB S.A., 563 U.S. 754 (2011).

Binswanger, I. A., et al. (2007). Release from prison—a high risk of death for former inmates. New England Journal of Medicine, 356(2), 157-165.

Meijers, J., et al. (2018/2024). Long-term effects of imprisonment on brain structure and function. Neuroscience & Biobehavioral Reviews / Nature Human Behaviour.

Cid Moliné, J. (2007). ¿Es la prisión criminógena? Un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena. Revista de Derecho Penal y Criminología, 19, 427-456.

Basaglia, F. (1968). L'istituzione negata. Einaudi.

United Nations. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules) (2015).

Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). Sixth Assessment Report (2021-2023).

IPBES. Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services (2019).

Campbell Collaboration. Systematic Reviews on the Effectiveness of Correctional Interventions (varios años).

Cochrane Review (2020). Psychological interventions in prison.

Zlodre, J., & Fazel, S. (2012). All-cause and external mortality in released prisoners. Addiction, 107(8), 1397-1404.

Mitchell, O., et al. (2023). Risk assessment tools in pretrial detention decisions: A meta-analysis. Law and Human Behavior, 47(4), 512-534.

Imbler v. Pachtman, 424 U.S. 409 (1976).

Stump v. Sparkman, 435 U.S. 349 (1978).

Stigler, G. J. (1971). The theory of economic regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science, 2(1), 3-21.

Carpenter, D. P., & Moss, D. A. (2013). Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit It. Cambridge University Press.

Garland, D. (2001). The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society. University of Chicago Press.

Wacquant, L. (2009). Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity. Duke University Press.

Buchanan, J. M., & Tullock, G. (1962). The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy. University of Michigan Press.

Haney, C. (2003, 2023). Mental health issues in long-term solitary and supermax confinement. Crime & Delinquency, 49(1), 124-156.

Fazel, S., & Seewald, K. (2012). Severe mental illness in 33,588 prisoners worldwide: Systematic review and meta-regression analysis. British Journal of Psychiatry, 200(5), 364-373.

Fazel, S., Hayes, A. J., Bartellas, K., Clerici, M., & Trestman, R. (2016). The mental health of prisoners: A review. The Lancet Psychiatry, 3(9), 871-881.

Smith, P., Goggin, C., & Gendreau, P. (2002). The effects of prison sentences and intermediate sanctions on recidivism. Solicitor General Canada.

Cullen, F. T., Jonson, C. L., & Nagin, D. S. (2011). Prisons do not reduce recidivism: The high cost of ignoring science. The Prison Journal, 91(3_suppl), 48S-65S.

Goffman, E. (1961). Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates. Doubleday.

Foucault, M. (1975). Surveiller et punir: Naissance de la prison. Gallimard.

Christie, N. (1981). Limits to pain. Martin Robertson.

Hulsman, L. (1986). Critical criminology and the concept of crime. Contemporary Crises.

Mathiesen, T. (1974). The politics of abolition. Martin Robertson.

Ferrajoli, L. (2001). Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale. Laterza.

Roxin, C. (1997). Strafrecht: Allgemeiner Teil. C. H. Beck.

Pettit, P. (1997). Republicanism: A Theory of Freedom and Government. Oxford University Press.

O'Donnell, G. (2001). Accountability horizontal: La institucionalización legal de la desconfianza política. Isonomía, 14, 11-34.

Box, S. (1983). Power, Crime and Mystification. Tavistock Publications.

Chambliss, W. J. (1989). State-organized crime. Criminology, 27(2), 183-208.

Green, P., & Ward, T. (2004). State Crime: Governments, Violence and Corruption. Pluto Press.

Hillyard, P., Pantazis, C., Tombs, S., & Gordon, D. (2004). Beyond Criminology: Taking Harm Seriously. Pluto Press.

Fricker, M. (2007). Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing. Oxford University Press.

Chemerinsky, E. (2021). Closing the Courthouse Door: How the Supreme Court Made Your Rights Unenforceable. Yale University Press.

5.8. Síntesis conclusiva de la capa 5

«El veredicto convergente, los axiomas y el mandato ineludible»

5.8.0. Principio epistemológico de esta síntesis

Las secciones 5.0 a 5.7 han desplegado, con rigor disciplinar y evidencia convergente, la arquitectura completa de la nivelación penal. Esta sección 5.8 no añade argumentos nuevos: los recapitula, los articula en una estructura unitaria y formula el mandato ineludible que se deriva de la demostración. La Capa 5 no es una propuesta política

entre otras; es la consecuencia lógica y operativa de las Capas 1 a 4. Si el encierro es iatrogénico (Capa 1), carísimo y desintegrador (Capa 2), contradictorio con el Estado de derecho (Capa 3) y contingente histórica y antropológicamente (Capa 4), la pregunta que queda abierta es una sola: ¿Cómo se desmantela la estructura de impunidad que lo sostiene? La Capa 5 responde a esa pregunta.

5.8.1. La convergencia macro: el anclaje de la Capa 5 en el Tratado

Antes de sintetizar la arquitectura interna de esta capa, es imperativo recordar el terreno que la hace necesaria:

- **La Capa 1 (criminología y neurociencia)** demostró que el encierro no funciona y daña: la reincidencia no se reduce, el daño neurobiológico es objetivable, la mortalidad post-liberación se multiplica entre 12 y 40 veces, y las condiciones de co-regulación que la neurociencia identifica como necesarias para el cambio son exactamente las que la prisión destruye.
- **La Capa 2 (economía y sociología)** demostró que el encierro es carísimo y desintegra: cuesta entre 3 y 10 veces más que las alternativas comunitarias, produce externalidades negativas masivas, destruye familias y daña intergeneracionalmente a los hijos de personas encarceladas.
- **La Capa 3 (filosofía y derechos humanos)** demostró que el encierro es contradictorio con el Estado de derecho: ninguna tradición filosófico-jurídica canónica sostiene empíricamente que el encierro produce rehabilitación; la práctica sistemática viola las normas internacionales, y la rehabilitación es una coartada retórica.
- **La Capa 4 (historia y antropología)** demostró que el encierro no es natural ni eterno: es una invención reciente, impuesta globalmente por la violencia colonial, y la mayoría de las civilizaciones humanas gestionaron el daño mediante restitución, mediación y vergüenza reintegrativa.

Cuatro capas independientes convergen en el mismo veredicto: el encierro institucional masivo es una tecnología iatrogénica, carísima, contradictoria con sus propios principios y empíricamente sustituible. La Capa 5 toma este veredicto y lo traduce al derecho penal.

5.8.2. Recapitulación de la arquitectura de la Capa 5

La Capa 5 se ha construido sobre siete secciones que progresan desde el marco teórico hasta la operatividad jurídica:

- **Sección 5.1 (La contradicción performativa):** Demostró que el Estado incurre en una contradicción performativa que socava su legitimidad. El republicanismo de Pettit (libertad como no-dominación) y la *accountability* horizontal de

O'Donnell proporcionaron el marco: la nivelación penal es el mecanismo de control penal entre agencias estatales que garantiza la no-dominación.

- **Sección 5.2 (El blindaje epistémico):** Documentó la asimetría fundamental: el Estado exige el estándar *Daubert* a los ciudadanos y se reserva la pseudociencia punitiva y la ceguera deliberada para sí.
- **Sección 5.3 (Arquitectura dogmática y económica):** Con la Escuela de la Elección Pública (*Public Choice*), demostró que los incentivos premian el encarcelamiento. Con la teoría del dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*) de Roxin, demostró que la difusión burocrática de la responsabilidad puede romperse imputando al vértice de mando.
- **Sección 5.4 (Los seis dogmas):** Identificó y refutó los dogmas del excepcionalismo estatal (paralización, difusión burocrática, discrecionalidad epistémica, monopolio fiscal, inmunidad del ente abstracto y la cárcel como única respuesta).
- **Sección 5.5 (Los siete aportes fundamentales):** Proporcionó el blindaje operativo: el precedente Basaglia, el *piercing the corporate veil* del Estado, la prohibición de la puerta giratoria epistémica, el delito de coacción anti-científica, las cláusulas *sunset*, la tipificación por bien jurídico y la *rule of law for elites*.
- **Sección 5.6 (Ingeniería procesal necesaria):** Desactivó los cerrojos de la impunidad mediante el *habeas corpus* epistémico, la *willful blindness* como dolo, la acción penal popular y la responsabilidad penal del Estado-organización.
- **Sección 5.7 (Ejemplo tipológico):** Demostró que la tipificación es técnicamente posible (mala praxis judicial, legislación iatrogénica, ecocidio funcional) y estableció la Cláusula de Remisión Legislativa al Consejo Independiente de Expertos.

5.8.3. El veredicto convergente: seis disciplinas, un mismo mandato

Las seis tradiciones teóricas que sostienen la Capa 5 son independientes entre sí en sus métodos y objetos de estudio. Sin embargo, convergen en el mismo diagnóstico y en el mismo mandato:

Pilar teórico	Diagnóstico	Mandato
Republicanismo (Pettit)	Un poder que puede interferir arbitrariamente sin rendir cuentas es dominación, aunque no la ejerza.	Todo poder estatal debe estar sujeto a control institucional efectivo.
Accountability horizontal (O'Donnell)	La ausencia de control penal entre agencias estatales es el déficit de las democracias delegativas.	El control penal de los agentes estatales es condición de la democracia.
Public Choice (Buchanan y	Los incentivos estructurales premian el encarcelamiento y	La nivelación penal internaliza los costos en los agentes que toman las

Tullock)	castigan la liberación.	decisiones.
Dominio de la Organización (Roxin)	La difusión burocrática de la responsabilidad puede romperse imputando al vértice de mando.	Los altos funcionarios son autores mediatos del daño causado por el aparato.
Zemiología (Box, Chambliss, Green, Ward)	El daño estatal supera al crimen callejero, pero el derecho penal lo clasifica como «externalidad».	El derecho penal debe proteger los mismos bienes jurídicos cuando los lesiona el Estado.
Ciencia Política (North, Wallis, Weingast)	La transición a órdenes de acceso abierto exige que las élites se sometan a reglas impersonales.	La nivelación penal es la condición de transición del feudalismo burocrático a la democracia.

5.8.4. Los axiomas finales de la nivelación penal

De la convergencia de las Capas 1-5 se derivan los siguientes axiomas, que constituyen el cierre lógico y filosófico de la demostración:

- **[AXIOMA I — DE LA IATROGENIA]:** El encierro institucional estándar es iatrogénico para la rehabilitación. No es un contexto neutro; es una tecnología de intervención estructuralmente antitética a la plasticidad neural y a la regulación emocional.
- **[AXIOMA II — DE LA CONTRADICCIÓN]:** Un Estado que declara que la violencia es ilegítima mientras la institucionaliza en la cárcel incurre en una contradicción performativa. La contradicción no se resuelve con retórica; se resuelve con autolimitación punitiva.
- **[AXIOMA III — DE LA ASIMETRÍA]:** La asimetría punitiva del Estado no es un defecto accidental. Es una arquitectura diseñada, heredera de la inmunidad soberana medieval, funcional a la gestión de poblaciones excedentes y a la autoconservación del poder.
- **[AXIOMA IV — DE LA EPISTEMOLOGÍA]:** El Estado que exige ciencia a los ciudadanos y se reserva la pseudociencia punitiva para sí mismo es un régimen de dominación epistémica. La ignorancia deliberada de la evidencia científica (*willful blindness*) debe constituir un elemento de tipicidad penal para el agente estatal.
- **[AXIOMA V — DE LA NIVELACIÓN]:** El derecho penal debe ser simétrico. La simetría no es una concesión a la crítica antisistema; es la condición de coherencia del Estado de derecho.
- **[AXIOMA VI — DEL MANDATO]:** Las cámaras legislativas, en consulta vinculante con un Consejo Independiente de Expertos, tienen el mandato ineludible de redactar un Código Penal para Agentes del Estado. No hacerlo es complicidad activa con la iatrogenia sistémica.

- **Corolario: Este mandato se refiere exclusivamente a la tipificación de conductas y a la definición de sus consecuencias jurídicas. El tratado no prescribe penas de prisión. La determinación de las consecuencias jurídicas corresponde al legislador, y debe ser coherente con la evidencia sobre iatrogenia del encierro demostrada en las Capas 1-4. —

5.8.5. La deuda histórica y el mandato de acción

La demostración ha establecido, más allá de toda duda razonable científica y jurídica, el siguiente mandato operativo:

1. **El instrumento principal del poder punitivo es una tecnología fallida:** La prisión destruye lo que dice curar, cuesta entre tres y diez veces más que las alternativas comunitarias, y su uso masivo constituye una política pública de resultado letal conocido.
2. **El derecho penal vigente es un artefacto de dominación:** Tipifica la pobreza (conductas de no-Estado) y exime la violencia burocrática (conductas de Estado) mediante inmunidades y umbrales de imputación asimétricos.
3. **Los agentes del Estado son los principales generadores de daño no tipificado:** Sus decisiones cumplen todos los elementos objetivos y subjetivos del delito (dolo eventual, culpa temeraria, ceguera deliberada), salvo la inexistencia del tipo legal.
4. **La deuda histórica es una obligación jurídica exigible:** El Estado debe tipificar con exactitud las conductas que causan daño comprobado a la integridad, al patrimonio público, al territorio y a la economía.
5. **La desmonopolización de la producción normativa:** La redacción de ese Código corresponde a un Consejo Independiente de Expertos, ajeno al aparato estatal y con prohibición de puerta giratoria epistémica.
6. **La ingeniería procesal es condición de eficacia:** Sin *habeas corpus* epistémico, sin *willful blindness* como dolo, sin acción penal popular y sin responsabilidad penal del Estado-organización, la tipificación es letra muerta.
7. **El precedente histórico de Basaglia:** La transformación institucional profunda solo ocurre cuando los operadores del sistema son puestos en la posición de acusados. El manicomio no colapsó porque la ciencia demostró que era iatrogénico; colapsó porque los psiquiatras fueron llevados al banquillo. La prisión colapsará cuando legisladores, jueces y ministros enfrenten el riesgo real de perder su patrimonio, su cargo y su derecho a ejercer función pública, y de ser sometidos a las consecuencias jurídicas que la ley determine para su conducta.

5.8.6. Cierre: La pregunta contestada

La evidencia ha hablado. La conclusión se impone.

La nivelación penal no es una expansión del poder punitivo; es su autolimitación. No es una venganza contra el Estado; es su coherencia. Un Estado que no tipifica

penalmente las conductas dañosas de sus propios agentes no es un Estado de derecho. Es un régimen de dominación burocrática. La nivelación penal es el mecanismo que transforma la dominación en derecho, el privilegio en igualdad, el orden de acceso limitado en orden de acceso abierto.

La pregunta final no es si la nivelación penal es posible. Es si los Estados están dispuestos a someterse a las mismas reglas que imponen. Si no lo están, no son Estados de derecho. Son, en la formulación más precisa de la ciencia política, **organizaciones criminales con inmunidad diplomática**. Y frente a ello, la tipificación penal simétrica es el único acto de legítima defensa que le queda a la sociedad.

5.8.7. Axioma genealógico final

[AXIOMA FINAL]: La distancia entre la justificación declarada del encierro (rehabilitación, disuasión, justicia) y su efecto documentado (criminogénesis, iatrogenia, daño familiar, costo social) no es un «fallo de implementación», sino la huella histórica de su función real: la gestión política de la desigualdad y la legitimación del monopolio de la violencia estatal. Cualquier teoría del castigo que ignore esta genealogía está condenada a repetir la ficción rehabilitadora.

La verdadera justicia comienza el día en que la ley penal mide el daño por su magnitud real sobre los seres humanos, el erario y el territorio, y sienta en el banquillo de los acusados a los redactores y ejecutores de la violencia del soberano con la misma severidad con la que históricamente ha juzgado a los más débiles.

Bibliografía completa de la Capa 5

La siguiente bibliografía compila la totalidad de los autores, obras, sentencias, instrumentos normativos e informes institucionales citados a lo largo de la Capa 5. Se organiza categorialmente para facilitar su consulta académica y jurídica.

A. Autores y obras

Agamben, G. (2005). *State of exception*. University of Chicago Press.

Alexander, M. (2010). *The new Jim Crow: Mass incarceration in the age of colorblindness*. The New Press.

Ancel, M. (1954). *La défense sociale nouvelle*. Sirey.

Andrews, D. A., & Bonta, J. (2010). *The psychology of criminal conduct* (5.ª ed.). Routledge.

Andrews, D. A., Bonta, J., & Wormith, J. S. (2011). The risk-need-responsivity (RNR) model: Does adding the good lives model contribute to effective crime prevention? *Criminal Justice and Behavior*, *38*(7), 735-755.

Arditti, J. (2012). *Parental incarceration and the family: Psychological and social effects of imprisonment on children, parents, and caregivers*. NYU Press.

Arendt, H. (1963). *Eichmann in Jerusalem: A report on the banality of evil*. Viking Press.

Baratta, A. (1982). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo XXI.

Basaglia, F. (1968). *L'istituzione negata*. Einaudi.

Bateman, A., & Fonagy, P. (2016). *Mentalization-based treatment for personality disorders: A practical guide*. Oxford University Press.

Bauman, Z. (1989). *Modernity and the Holocaust*. Cornell University Press.

Beccaria, C. (1764). *Dei delitti e delle pene*. Aubert.

Bentham, J. (1791). *Panopticon; or, the inspection house*. T. Payne.

Binswanger, I. A., Stern, M. F., Deyo, R. A., Heagerty, P. J., Cheadle, A., Elmore, J. G., & Koepsell, T. D. (2007). Release from prison — A high risk of death for former inmates. *New England Journal of Medicine*, *356*(2), 157-165.

Boss, P. (1999). *Ambiguous loss: Learning to live with unresolved grief*. Harvard University Press.

Botsman, D. (2005). *Punishment and power in the making of modern Japan*. Princeton University Press.

Bowlby, J. (1969). *Attachment and loss: Vol. 1. Attachment*. Basic Books.

Box, S. (1983). *Power, crime and mystification*. Tavistock Publications.

Braithwaite, J. (1989). *Crime, shame and reintegration*. Cambridge University Press.

Buchanan, J. M., & Tullock, G. (1962). *The calculus of consent: Logical foundations of constitutional democracy*. University of Michigan Press.

Chambliss, W. J. (1989). State-organized crime. *Criminology*, *27*(2), 183-208.

Christie, N. (1977). Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, *17*(1), 1-15.

Christie, N. (1981). *Limits to pain*. Martin Robertson.

Cid Moliné, J. (2007). ¿Es la prisión criminógena? Un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *19*, 427-456.

Clark, P. (2010). *The Gacaca courts, post-genocide justice and reconciliation in Rwanda: Justice without lawyers*. Cambridge University Press.

Clemmer, D. (1940). *The prison community*. Christopher Publishing House.

Coan, J. A., & Sbarra, D. A. (2015). Social baseline theory: The social regulation of risk and effort. *Current Opinion in Psychology*, *1*, 87-91.

Comfort, M. (2007). *Punishment beyond the legal offender*. Annual Review of Law and Social Science, *3*, 271-296.

Cullen, F. T., Jonson, C. L., & Nagin, D. S. (2011). Prisons do not reduce recidivism: The high cost of ignoring science. *The Prison Journal*, *91*(3_suppl), 48S-65S.

Davis, A. Y. (2003). *Are prisons obsolete?* Seven Stories Press.

Di Tella, R., & Schargrodsky, E. (2013). Criminal recidivism after prison and electronic monitoring. *Journal of Political Economy*, *121*(1), 28-73.

Dobbie, W., Grönqvist, H., Niknami, S., Palme, M., & Priks, M. (2018). *The intergenerational effects of parental incarceration* (NBER Working Paper No. 24186). National Bureau of Economic Research.

Dünkel, F. (2019). Prisons and prison policy in Europe. En *Handbook on the politics and governance of imprisonment*. Edward Elgar.

Durkheim, É. (1893). *De la division du travail social*. Alcan.

Farrall, S. (2002). *Rethinking what works with offenders*. Willan Publishing.

Fazel, S., & Danesh, J. (2002). Serious mental disorder in 23,000 prisoners: A systematic review of 62 surveys. *The Lancet*, *359*(9306), 545-550.

Fazel, S., & Seewald, K. (2012). Severe mental illness in 33,588 prisoners worldwide: Systematic review and meta-regression analysis. *British Journal of Psychiatry*, *200*(5), 364-373.

Fazel, S., Hayes, A. J., Bartellas, K., Clerici, M., & Trestman, R. (2016). The mental health of prisoners: A review of prevalence, adverse outcomes and service responses. *The Lancet Psychiatry*, *3*(9), 871-881.

Feeley, M., & Simon, J. (1992). The new penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, *30*(4), 449-474.

Felitti, V. J., Anda, R. F., Nordenberg, D., Williamson, D. F., Spitz, A. M., Edwards, V., Koss, M. P., & Marks, J. S. (1998). Relationship of childhood abuse and household dysfunction to many of the leading causes of death in adults: The Adverse Childhood Experiences (ACE) Study. *American Journal of Preventive Medicine*, *14*(4), 245-258.

Ferrajoli, L. (2001). *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. Laterza.

Ferrajoli, L. (2022). *La democrazia attraverso i diritti*. Laterza.

Flückiger, C., Del Re, A. C., Wampold, B. E., & Horvath, A. O. (2022). The alliance in adult psychotherapy: A meta-analytic synthesis. *Psychotherapy*, *59*(1), 10-25.

Fonagy, P., Gergely, G., Jurist, E. L., & Target, M. (2002). *Affect regulation, mentalization, and the development of the self*. Other Press.

Foucault, M. (1961). *Histoire de la folie à l'âge classique*. Plon.

Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Gallimard.

Fricker, M. (2007). *Epistemic injustice: Power and the ethics of knowing*. Oxford University Press.

Galtung, J. (1969). Violence, peace, and peace research. *Journal of Peace Research*, *6*(3), 167-191.

Garland, D. (2001). *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*. University of Chicago Press.

Garofalo, R. (1885). *Criminologia*. Fratelli Bocca.

Gibson, M. (2002). *Born to crime: Cesare Lombroso*. Praeger.

Golomb, B. A., et al. (2019). Neurobiological effects of solitary confinement. *Journal of Psychiatric Research*, *112*, 1-10.

Green, P., & Ward, T. (2004). *State crime: Governments, violence and corruption*. Pluto Press.

Haney, C. (2003). Mental health issues in long-term solitary and supermax confinement. *Crime & Delinquency*, *49*(1), 124-156.

Haney, C. (2023). The neurobiological consequences of solitary confinement: A review of recent evidence. *Annual Review of Criminology*, *6*, 241-264.

Hegel, G. W. F. (1821). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Nicolai.

Henggeler, S. W., Schoenwald, S. K., Borduin, C. M., Rowland, M. D., & Cunningham, P. B. (2009). *Multisystemic therapy for antisocial behavior in children and adolescents*. Guilford Press.

Hillyard, P., Pantazis, C., Tombs, S., & Gordon, D. (Eds.). (2004). *Beyond criminology: Taking harm seriously*. Pluto Press.

Holt-Lunstad, J., Smith, T. B., & Layton, J. B. (2010). Social relationships and mortality risk: A meta-analytic review. *PLoS Medicine*, *7*(7), e1000316.

Hulsman, L. (1986). Critical criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises*, *10*, 25-41.

Ignatieff, M. (1978). *A just measure of pain*. Pantheon.

Jakobs, G. (1985). Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, *97*, 751-765.

Kant, I. (1797). *Die Metaphysik der Sitten*. Nicolovius.

Laub, J. H., & Sampson, R. J. (2003). *Shared beginnings, divergent lives: Delinquent boys to age 70*. Harvard University Press.

Liebling, A. (2004). *Prisons and their moral performance: A study of values, quality of life, and justice*. Oxford University Press.

Linehan, M. M. (1993). *Cognitive-behavioral treatment of borderline personality disorder*. Guilford Press.

Lombroso, C. (1876). *L'uomo delinquente*. Hoepli.

Martinson, R. (1974). What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest*, *35*, 22-54.

Maruna, S. (2001). *Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*. American Psychological Association.

Mathiesen, T. (1974). *The politics of abolition*. Martin Robertson.

Mathiesen, T. (2015). *The politics of abolition revisited* (2.ª ed.). Routledge.

McEwen, B. S. (1998). Stress, adaptation, and disease: Allostasis and allostatic load. *Annals of the New York Academy of Sciences*, *840*(1), 33-44.

Meijers, J., Harte, J. M., & Scherder, E. J. A. (2018). Reduced cognitive executive functioning in incarcerated populations: A systematic review. *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, *84*, 1-10.

Meijers, J., et al. (2024). Long-term effects of imprisonment on brain structure and function. *Nature Human Behaviour*, *8*, 312-328.

Melossi, D., & Pavarini, M. (1977). *Cárcel y fábrica*. Siglo XXI.

Mikaere, A. (2011). *Colonising myths — Māori realities: He rukuruku whakaaro*. Huia Publishers.

Mitchell, O., et al. (2023). Risk assessment tools in pretrial detention decisions: A meta-analysis. *Law and Human Behavior*, *47*(4), 512-534.

Moffitt, T. E., et al. (2011). A gradient of childhood self-control predicts health, wealth, and public safety. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, *108*(7), 2693-2698.

Murray, J., & Farrington, D. P. (2008). The effects of parental imprisonment on children. *Crime and Justice*, *37*(1), 133-206.

Nagin, D. S. (2013). Deterrence in the twenty-first century. *Crime and Justice*, *42*(1), 199-263.

Nagin, D. S., Cullen, F. T., & Jonson, C. L. (2009). Imprisonment and reoffending. *Crime and Justice*, *38*(1), 115-200.

Norcross, J. C., & Lambert, M. J. (2011). Psychotherapy relationships that work II. *Psychotherapy*, *48*(1), 4-8.

Norcross, J. C., & Lambert, M. J. (2019). *Psychotherapy relationships that work* (3.ª ed.). Oxford University Press.

North, D. C., Wallis, J. J., & Weingast, B. R. (2009). *Violence and social orders: A conceptual framework for interpreting recorded human history*. Cambridge University Press.

O'Donnell, G. (1998). Horizontal accountability in new democracies. *Journal of Democracy*, *9*(3), 112-126.

O'Donnell, G. (2001). Accountability horizontal: La institucionalización legal de la desconfianza política. *Isonomía*, *14*, 11-34.

Patterson, O. (1982). *Slavery and social death: A comparative study*. Harvard University Press.

Pettit, P. (1997). *Republicanism: A theory of freedom and government*. Oxford University Press.

Pettit, P. (2005). The domination complaint. *Nomos*, *46*, 87-117.

Pettit, P. (2012). *On the people's terms: A republican theory and model of democracy*. Cambridge University Press.

Porges, S. W. (2011). *The polyvagal theory: Neurophysiological foundations of emotions, attachment, communication, and self-regulation*. W. W. Norton & Company.

Roxin, C. (1997). *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. C. H. Beck.

Roxin, C. (2006). *Täterschaft und Tatherrschaft* (8.ª ed.). De Gruyter.

Rusche, G., & Kirchheimer, O. (1939). *Punishment and social structure*. Columbia University Press.

Sampson, R. J., & Laub, J. H. (2003). *Shared beginnings, divergent lives: Delinquent boys to age 70*. Harvard University Press.

Schiepek, G., et al. (2016). Critical slowing down as a personalized early warning signal. *Psychotherapy and Psychosomatics*, *85*(2), 112-114.

Schore, A. N. (2003). *Affect regulation and the repair of the self*. W. W. Norton & Company.

Sherman, L. W., & Strang, H. (2007). *Restorative justice: The evidence*. The Smith Institute.

Smith, P., Goggin, C., & Gendreau, P. (2002). *The effects of prison sentences and intermediate sanctions on recidivism*. Solicitor General Canada.

Sroufe, L. A., Egeland, B., Carlson, E. A., & Collins, W. A. (2005). *The development of the person: The Minnesota study of risk and adaptation from birth to adulthood*. Guilford Press.

Stigler, G. J. (1971). The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, *2*(1), 3-21.

Carpenter, D. P., & Moss, D. A. (Eds.). (2013). *Preventing regulatory capture: Special interest influence and how to limit it*. Cambridge University Press.

Tauri, J. (2016). Māori, family group conferencing and the mystifications of restorative justice. *Victims & Offenders*, *11*(1), 87-106.

Teicher, M. H., et al. (2016). Childhood maltreatment and brain development. *Neuropsychopharmacology*, *41*(1), 339-351.

Tombs, S., & Hillyard, P. (2004). *Beyond criminology? Taking harm seriously*. Pluto Press.

Ugelvik, T. (2014). *Power and resistance in prison: Doing time, doing freedom*. Palgrave Macmillan.

Von Hirsch, A. (1976). *Doing justice: The choice of punishments*. Hill and Wang.

Von Hirsch, A., & Ashworth, A. (2005). *Proportionate sentencing*. Oxford University Press.

Wacquant, L. (2009). *Punishing the poor: The neoliberal government of social insecurity*. Duke University Press.

Wachsmann, N. (2004). *Hitler's prisons: Legal terror in Nazi Germany*. Yale University Press.

Wampold, B. E. (2015). How important are the common factors in psychotherapy? An update. *World Psychiatry*, *14*(3), 270-277.

Wildeman, C., & Western, B. (2010). Incarceration in fragile families. *The Future of Children*, *20*(2), 157-177.

Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Dykinson.

Zimring, F. E., & Hawkins, G. (1995). *Incapacitation: Penal confinement and the restraint of crime*. Oxford University Press.

Zlodre, J., & Fazel, S. (2012). All-cause and external mortality in released prisoners. *Addiction*, *107*(8), 1397-1404.

Zhu, Y., et al. (2020/actualización 2024). Solitary confinement and risk of reoffending: A systematic review and meta-analysis. *The Lancet Public Health*, *5*(8), e440-e448.

B. Sentencias judiciales

Corte Suprema de Estados Unidos. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993).

Corte Suprema de Estados Unidos. *Global-Tech Appliances v. SEB S.A.*, 563 U.S. 754 (2011).

Corte Suprema de Estados Unidos. *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976).

Corte Suprema de Estados Unidos. *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978).

Corte Suprema de Estados Unidos. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

Corte Suprema de Estados Unidos. *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Serie C No. 20 (1995).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Serie C No. 160 (2006).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Torreggiani v. Italia*, App. No. 43517/09 (2013).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Vinter v. Reino Unido*, App. Nos. 66069/09 y otros (2013).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Schmidt and Šmigol v. Estonia*, App. No. 3501/20 (2023).

C. Instrumentos normativos internacionales

Organización de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), arts. 3 y 9.

Organización de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966), arts. 9 y 10.

Organización de las Naciones Unidas. *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela)* (2015).

Organización de las Naciones Unidas. *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)* (1990).

Organización de las Naciones Unidas. *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas (Reglas de Bangkok)* (2010).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (*Pacto de San José de Costa Rica*, 1969), arts. 5, 7 y 8.

Consejo de Europa. *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (1950), art. 3.

D. Legislación nacional citada

Reino Unido. *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* (2007).

Italia. *Legge 180* (1978) — Ley de desmanicomialización.

Argentina. Ley de Fueros N.º 25.320 (2000).

Argentina. Ley de Ejecución Penal N.º 24.660 (1996), art. 1.

España. Constitución Española (1978), art. 25.2.

Estados Unidos. *Federal Tort Claims Act* (1946).

Chile. Ley N.º 20.393 — Responsabilidad penal de las personas jurídicas (2009).

E. Informes institucionales y bases de datos

Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). *Sixth Assessment Report* (2021-2023).

IPBES. *Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services* (2019).

Organización Mundial de la Salud (OMS). *Global Health Estimates* (2020-2025).

World Prison Brief (Institute for Crime & Justice Policy Research, Birkbeck College, University of London). *World Prison Population List* (13.ª ed., 2024).

Washington State Institute for Public Policy (WSIPP). *Benefit-cost analysis of correctional programs* (actualizaciones 2020-2024).

National Registry of Exonerations (University of Michigan Law School). *Annual Report* (2024).

Procuración Penitenciaria de la Nación (Argentina). *Informe Anual 2024-2025*.

OpenSecrets (Center for Responsive Politics). *Prison Industry Lobbying Data* (2024).

Council of State Governments Justice Center. *Justice Reinvestment Initiative: Texas results* (2007-2020).

Cochrane Collaboration. *Psychological interventions in prison: Systematic review* (2020).

Campbell Collaboration. *Systematic reviews on the effectiveness of correctional interventions* (varios años).

Open Society Foundations. *El costo de la prisión preventiva en México* (2006).

F. Meta-análisis y revisiones sistemáticas citados

Cochrane Review (2020). Intervenciones psicológicas en prisión. OR 0.87 (IC 95%: 0.68–1.11), no significativo al excluir estudios con sesgo.

Meta-análisis de aislamiento solitario (2024), N = 194.078. Relación dosis-respuesta con reincidencia violenta. *The Lancet Public Health*.

Meta-análisis multinivel (2025), N = 101.417 familiares. Asociación entre encarcelamiento familiar y síntomas psiquiátricos.

Mitchell, O., et al. (2023). Risk assessment tools in pretrial detention decisions: A meta-analysis. *Law and Human Behavior*, *47*(4), 512-534. AUC promedio 0.65-0.71; falsos positivos 30-45%.

Ensayo MOAM (2025). Mentalization-based treatment for antisocial personality disorder in community probation. *The Lancet Psychiatry*, marzo 2025. Ensayo controlado aleatorizado multicéntrico, 13 sitios, Inglaterra y Gales.

Estudio escocés de reconvicción (Scottish Government Justice Analytical Services, 2023-2025). Reconvicción 50.2% (penas < 12 meses) vs. 7.1% (alternativas comunitarias).

Fin de la bibliografía completa de la Capa 5.

Fin de la Capa 5.

Capa 6 (Sección complementaria): La arquitectura del bloqueo sistémico

«Demostración formal de la imposibilidad de salida: por qué el Estado de Cosas Inconstitucional es un sistema cerrado de dominación burocrática»

6.0. Principio epistemológico de esta sección

Las Capas 1 a 5 han demostrado, con evidencia convergente, que el encierro institucional es iatrogénico, que el derecho penal es asimétrico y que la nivelación penal es constitucionalmente exigible. Sin embargo, permanece abierta una pregunta

de segundo orden, estructuralmente decisiva: si los mecanismos constitucionales y convencionales de control existen, ¿por qué no operan? ¿Por qué la inconstitucionalidad no se autocorrige?

Esta sección no repite la demostración de la asimetría. Su función es distinta y estratégicamente letal: **demostrar formalmente que el sistema de control constitucional está diseñado para no controlar al soberano**. No se trata de un fallo de implementación, sino de una **arquitectura de bloqueo** que neutraliza, canaliza o invierte cada mecanismo de control, transformándolo de freno en engranaje de la impunidad.

Regla de clasificación epistémica: cada afirmación se clasifica como EVIDENCIA (texto constitucional, fallo, dato empírico, norma), CONVERGENCIA (múltiples fuentes independientes con dirección consistente), INTERPRETACIÓN (análisis propio a partir de los datos), AXIOMA NORMATIVO (principio constitutivo del Estado de Derecho) o [LEMA] (proposición derivada formalmente de los axiomas y la evidencia).

6.1. Lema fundacional: la paradoja de la autotipificación y la imposibilidad de salida desde dentro

[LEMA 1 — Imposibilidad de la autotipificación pura]: Sea E el conjunto de agentes estatales con capacidad de iniciativa legislativa penal, y sea U(e) la utilidad esperada de cada agente $e \in E$. Si la autotipificación penal implica para todo $e \in E$ una reducción de U(e) (pérdida de patrimonio, cargo, habilitación profesional, inmunidad y sujeción a las consecuencias jurídicas que la ley determine), y si E controla el monopolio de la iniciativa legislativa penal, entonces la probabilidad P(A) de que E produzca espontáneamente el evento A (autotipificación) tiende asintóticamente a cero.

INTERPRETACIÓN: El Lema 1 no es una observación cínica sobre la moralidad de los gobernantes. Es una proposición derivada formalmente de la teoría de la Elección Pública (Buchanan y Tullock, 1962): los agentes estatales son actores racionales auto-interesados que maximizan poder, presupuesto, reelección y aversión al riesgo personal. La autotipificación es, por definición, una reducción de la utilidad esperada de todo el conjunto E. Por tanto, el sistema legislativo, como mercado de incentivos, produce sistemáticamente la no-tipificación del agente estatal como equilibrio de Nash dominante.

AXIOMA NORMATIVO: Si la única vía formal para la nivelación penal es la autotipificación, y la autotipificación es estructuralmente imposible, entonces los mecanismos de control constitucional que presuponen la buena fe del legislador (control de constitucionalidad abstracto, control de convencionalidad, acciones de amparo) son **mecanismos de fachada**: validan la legitimidad del sistema sin alterar su matriz de incentivos.

6.2. El bloqueo legislativo: la omisión relativa como mecanismo de inmunidad activa

6.2.1. La estructura del bloqueo

EVIDENCIA: El Congreso de la Nación Argentina ha sancionado más de 120 reformas penales entre 1983 y 2024. El 95% de ellas endurecieron penas o tipificaron nuevos delitos. El 0% tipificó conductas iatrogénicas de agentes estatales en el ejercicio de sus funciones. El 0% incluyó cláusulas *sunset* de evaluación de impacto. El 0% incluyó estudios de impacto regulatorio (RIA) criminológico previo.

INTERPRETACIÓN: Esta distribución no es estadísticamente compatible con la hipótesis de neutralidad legislativa. Si el proceso de tipificación fuera un mecanismo técnico de protección de bienes jurídicos, la probabilidad de que en 120 reformas ninguna haya tipificado el daño estatal masivo (hacinamiento, ecocidio funcional, mala praxis legislativa) es virtualmente nula. La única explicación consistente es que el sistema de producción legislativa penal está **sesgado por diseño**: tipifica por exceso las conductas de los no-agentes del Estado, y omite por defecto las conductas de los agentes del Estado.

6.2.2. El mecanismo de la omisión relativa

EVIDENCIA: La doctrina constitucional distingue entre omisión absoluta (el legislador no ha legislado en absoluto sobre una materia) y omisión relativa (el legislador ha legislado, pero de manera incompleta, excluyente o discriminatoria). La Corte Suprema argentina ha admitido la inconstitucionalidad por omisión, aunque predominantemente en supuestos de omisión relativa.

INTERPRETACIÓN: El bloqueo opera aquí mediante una **inversión semántica**: el legislador argentino ha legislado extensamente en materia penal, pero ha **excluido sistemáticamente** del catálogo delictivo las conductas dañosas de los agentes estatales. Esta exclusión no es una omisión pasiva; es una **omisión relativa activa**, una decisión política de otorgar inmunidad penal. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han tratado esta omisión relativa como si fuera una laguna técnica, no como una discriminación estructural.

CONVERGENCIA: La teoría de la Elección Pública, la sociología del derecho (Garland, 2001; Wacquant, 2009) y la zemiología (Box, 1983; Chambliss, 1989) convergen en el mismo diagnóstico: la omisión de tipificación de delitos estatales no es un vacío; es un **dispositivo de poder**. El legislador no "olvida" tipificar la mala praxis judicial; la omite porque su carrera política depende de la inmunidad de los jueces, de la aversión al riesgo de los fiscales y de la perpetuación del *Carceral Keynesianism*.

6.2.3. La trampa del trinquete punitivo

EVIDENCIA: La teoría de la Elección Pública predice una asimetría temporal: es políticamente rentable subir penas (ganancia electoral inmediata, costo difuso) y

políticamente suicida bajarlas (costo electoral concentrado, etiqueta de "blando con el delito"). En Argentina, el 95% de las reformas penales endurecieron; el 0% suavizó o niveló.

INTERPRETACIÓN: El bloqueo legislativo es una **trampa de trinquete** (*ratchet effect*): el mecanismo solo permite el movimiento en una dirección (más punitividad para los ciudadanos, más impunidad para el Estado). No existe un mecanismo institucional que obligue al legislador a evaluar ex post el daño de sus leyes, ni a tipificar las conductas iatrogénicas de sus pares. La cláusula *sunset*, que rompería esta trampa, está ausente porque su inclusión internalizaría el costo de la mala legislación en el legislador, violando el principio de maximización de utilidad de la Elección Pública.

6.3. El bloqueo judicial: de la inmunidad funcional al conflicto de interés estructural

6.3.1. La excepción de función discrecional

EVIDENCIA: La *Discretionary Function Exception*, presente en la legislación de responsabilidad patrimonial del Estado (y sus equivalentes en Iberoamérica), establece que el Estado no responde por daños derivados de decisiones políticas o de planificación (*policy harms*). En Argentina, la doctrina de los "actos de gobierno" y la "cuestión política no justiciable" operan como escudos procesales equivalentes.

INTERPRETACIÓN: Este mecanismo es el **primer cerrojo judicial**: transforma la conducta iatrogénica del agente estatal (legislar sin evidencia, juzgar con arbitrariedad, administrar con negligencia) en una decisión política inmune al escrutinio penal. Un director de hospital privado que recorta calefacción y mueren pacientes comete homicidio culposo. Un ministro que recorta salud penitenciaria y mueren reclusos comete un "acto de gobierno". La única variable diferenciadora es la pertenencia al aparato estatal.

6.3.2. La inmunidad de los magistrados y el teorema del Juez y Parte

EVIDENCIA: En Argentina, menos del 2% de las denuncias contra magistrados llegan a imputación. No hay condenas firmes en la última década por decisiones jurisdiccionales. En Estados Unidos, la inmunidad absoluta de los fiscales (*Imbler v. Pachtman*, 1976) y la inmunidad cualificada de los jueces (*Stump v. Sparkman*, 1978) han hecho prácticamente imposible la persecución penal de agentes estatales por daños causados en el ejercicio de sus funciones.

INTERPRETACIÓN: Este es el **segundo cerrojo judicial**, de naturaleza estructuralmente distinta: no es una excepción procesal, sino un **conflicto de interés sistémico**. Si la demanda de nivelación penal llega a la Corte Suprema mediante un hábeas corpus colectivo o una acción de inconstitucionalidad por omisión, los magistrados que deben juzgar son **simultáneamente jueces y parte**: sus propias

conductas (prisión preventiva masiva, validación de leyes sin RIA, rechazo de hábeas corpus) serían tipificadas como delitos en el escenario que deben ordenar. El principio *nemo iudex in causa sua* no es una formalidad retórica aquí; es una imposibilidad lógica que paraliza el control judicial.

[LEMA 2 — Teorema del Juez y Parte]: Sea J el conjunto de jueces con competencia para declarar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa que blinda la impunidad estatal. Sea D el conjunto de conductas que la nivelación penal tipificaría como delitos. Si $J \cap D \neq \emptyset$ (es decir, si los jueces que deben juzgar pertenecen al conjunto de agentes cuyas conductas serían tipificadas), entonces el control judicial es estructuralmente imposible como vía de salida.

INTERPRETACIÓN: El Lema 2 demuestra que el bloqueo judicial no es una contingencia empírica (mala fe de los jueces), sino una **imposibilidad formal**. La Corte Suprema no puede ordenar la tipificación de la mala praxis judicial sin auto-incriminarse. Por tanto, el control de constitucionalidad, en este caso específico, es un mecanismo que **presupone la inocencia del soberano**, y esa presuposición es constitutiva de su ceguera estructural.

6.3.3. La "sana crítica racional" como refugio epistémico

EVIDENCIA: El concepto procesal de "sana crítica" ha sido degradado en la práctica judicial a un amparo de la intuición subjetiva, el prejuicio de clase y el sentido común penal precientífico. El juez puede ordenar prisión preventiva basándose en "la gravedad del hecho", "la falta de arraigo" o "la presunción de peligrosidad", conceptos que la criminología empírica ha demostrado que carecen de validez predictiva superior al azar.

INTERPRETACIÓN: Este es el **tercer cerrojo judicial**: la **asimetría epistémica**. El Estado exige al médico, al ingeniero, al perito que se sometan al estándar *Daubert* (prueba empírica, tasa de error conocida, revisión por pares, consenso científico) bajo pena de mala praxis. El juez, en cambio, se refugia en la "sana crítica racional" (intuitiva, no falsable, no revisable) para ordenar el encierro. Si un psicólogo utiliza un test proyectivo no validado, pierde su licencia. Si un juez utiliza el "olfato judicial" para encarcelar, ejerce su función legítimamente. Esta asimetría no es un error; es el **núcleo de la impunidad epistémica**.

6.4. El bloqueo fiscal: el monopolio de la acción penal como cuello de botella estructural

EVIDENCIA: Guillermo O'Donnell documentó que en las democracias delegativas, el monopolio fiscal es el principal cuello de botella de la impunidad. El fiscal, como agente del mismo aparato estatal que debe controlar, tiene incentivos estructurales para archivar las denuncias contra jueces, legisladores y funcionarios. En Argentina, más del 98% de las denuncias contra magistrados son archivadas *in limine*.

INTERPRETACIÓN: El bloqueo fiscal es el **cuarto cerrojo**. La Constitución y los códigos procesales confían el monopolio de la persecución penal al Ministerio Público Fiscal. Pero el MPF es una agencia estatal cuyos miembros dependen, para su carrera, del mismo sistema que deben juzgar. La *accountability* horizontal penal (O'Donnell, 1998) requiere que una agencia estatal controle a otra; pero cuando la agencia controladora (MPF) y la controlada (Poder Judicial, Legislativo, Ejecutivo) comparten los mismos incentivos corporativos, el control se convierte en **cooperación encubierta**.

CONVERGENCIA: Nils Christie (1977) demostró que el Estado "roba" el conflicto a las víctimas para gestionarlo burocráticamente. Cuando el Estado es el victimario, el monopolio fiscal se convierte en un mecanismo de **auto-encubrimiento estructural**. La víctima de la iatrogenia estatal no puede querellar directamente porque el código procesal le exige, en la mayoría de los sistemas, la intervención del fiscal. El fiscal, como par corporativo del juez, archiva. El círculo se cierra.

6.5. El bloqueo constitucional internacional: la arquitectura del *soft law* y la responsabilidad estatal sin rostro

6.5.1. El déficit de la normativa internacional

EVIDENCIA: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9 y 10), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 5, 8, 25) y las Reglas Mandela (2015) prohíben la detención arbitraria, la tortura y las condiciones inhumanas. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos tipifica como delito penal interno la omisión de garantías por parte de agentes estatales. La Corte IDH ha ordenado reparación y modificación de leyes, pero nunca ha ordenado la tipificación penal de jueces por mala praxis sistémica.

INTERPRETACIÓN: Este es el **quinto cerrojo**, de alcance supranacional. Los instrumentos internacionales de DDHH están diseñados como **mecanismos de responsabilidad estatal**, no de responsabilidad penal individual. Cuando un Estado pierde un caso ante la Corte IDH, paga una indemnización con fondos públicos (es decir, con el dinero de las víctimas y de todos los contribuyentes), y sus agentes permanecen impunes. El sistema internacional genera **vergüenza, no dolor**. No altera la matriz de incentivos del *Public Choice* porque no internaliza el costo en el agente individual.

6.5.2. El control de convencionalidad como mecanismo de fachada

EVIDENCIA: El control de convencionalidad permite a un juez nacional declarar la inaplicabilidad de una norma interna contraria a la CADH. Sin embargo, no obliga a tipificar: solo obliga a "no aplicar" o "adaptar". No genera tipos penales nuevos. No alcanza a la omisión legislativa: si el Código Penal no tipifica la legislación iatrogénica, el control de convencionalidad no puede "crear" el tipo penal.

INTERPRETACIÓN: El bloqueo aquí es de **insuficiencia estructural**: el control de convencionalidad opera sobre normas existentes, no sobre omisiones. Puede decir que una ley de mano dura es contraria a la Convención, pero no puede condenar al legislador que la votó. Puede ordenar el cierre de una cárcel inhumana, pero no puede procesar al ministro que la mantuvo. Es un mecanismo de **retroalimentación débil**: corrige la norma, no al normador; sanciona al ente abstracto, no al agente concreto.

6.6. El bloqueo epistémico: la ceguera deliberada institucionalizada

EVIDENCIA: La doctrina de la *willful blindness* (Corte Suprema EE.UU., *Global-Tech Appliances v. SEB S.A.*, 2011) establece que quien evita deliberadamente conocer la verdad para eludir la *mens rea* actúa con dolo. Los agentes estatales tienen acceso obligado a la evidencia científica sobre la iatrogenia del encierro (informes de la Procuración Penitenciaria, ONU, OEA, meta-análisis). No la solicitan, no la leen o la desestiman.

INTERPRETACIÓN: El **sexto cerrojo** es la **asimetría epistémica institucionalizada**. El sistema penal exige al ciudadano y al profesional privado que se sometan al método científico bajo amenaza de prisión. El agente estatal, en cambio, actúa bajo el amparo de la "sana crítica racional" (subjetiva, no falsable) o de la "prudencia política" (arbitraria, no empírica). Esta asimetría no es un accidente; es la **arquitectura de la impunidad epistémica**: el Estado no se somete a la ciencia porque la ciencia demostraría su fracaso, y ese fracaso, si estuviera tipificado, sería delito.

CONVERGENCIA: La epistemología jurídica (Fricker, 2007), la teoría del Estado (Buchanan y Tullock, 1962) y la sociología del conocimiento (Foucault, 1975) convergen en el mismo diagnóstico: la impunidad del Estado no es un vacío legal, sino una **arquitectura epistémica diseñada para autoeximirse**.

6.7. El teorema del cierre sistémico: la imposibilidad de salida desde dentro

[LEMA 3 — Teorema del cierre sistémico]: Sea S el sistema de control constitucional compuesto por los sub-sistemas legislativo (L), judicial (J), fiscal (F) e internacional (I). Sea B el conjunto de bloqueos $\{b_1, b_2, \ldots, b_6\}$ donde: - b_1 = omisión relativa legislativa (trinquete punitivo), - b_2 = excepción de función discrecional, - b_3 = conflicto de interés del Juez y Parte, - b_4 = monopolio fiscal como auto-encubrimiento, - b_5 = insuficiencia del control de convencionalidad y del soft law internacional, - b_6 = asimetría epistémica (ceguera deliberada institucionalizada).

Si cada $b_i \in B$ es controlado por un subconjunto de E (agentes estatales), y si la función de control de cada sub-sistema está diseñada para no afectar negativamente a E,

entonces S es un **sistema cerrado** donde la única salida posible requiere una intervención exógena $X \notin E$.

INTERPRETACIÓN: El Teorema del Cierre Sistémico demuestra que no existe, dentro de la arquitectura institucional vigente, un mecanismo endógeno capaz de producir la nivelación penal. Cada nivel de control está bloqueado por un mecanismo que es, a su vez, controlado por los agentes que deberían ser controlados. El legislador no tipifica porque le conviene la omisión relativa. El juez no controla porque es Juez y Parte. El fiscal no acusa porque es par corporativo. La Corte IDH no tipifica porque su mandato es de responsabilidad estatal, no penal individual. El sistema no tiene **punto de fuga interno**.

6.8. Síntesis: el Estado de Cosas Inconstitucional como sistema de dominación blindado

CONVERGENCIA: Seis mecanismos de control constitucional —legislativo, judicial, fiscal, internacional, epistémico y de convencionalidad— convergen en el mismo veredicto: están diseñados para **simular el control mientras garantizan la impunidad**. No es que fallen por negligencia; es que **fallan por diseño**, porque su éxito real (la nivelación penal) implicaría la auto-destrucción del arco corporativo del poder.

AXIOMA NORMATIVO: Un sistema donde todos los mecanismos de control constitucional están bloqueados por los propios agentes que deberían controlarse no es un Estado de Derecho defectuoso. Es un **Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) estructuralmente estable**, donde la inconstitucionalidad no es una anomalía que el sistema corrige, sino su **condición de equilibrio**.

INTERPRETACIÓN: El ciudadano argentino (y el ciudadano de cualquier democracia delegativa con arquitectura penal similar) no es un sujeto de derechos que ocasionalmente sufre una falla del sistema. Es un **rehén estructural** de un sistema donde: 1. La ley penal lo tipifica por exceso (inflación penal, prisión preventiva masiva, criminalización de la pobreza). 2. La misma ley penal **no tipifica** las conductas iatrogénicas de los agentes estatales (omisión relativa activa). 3. Los mecanismos constitucionales que deberían corregir esta asimetría están bloqueados por los beneficiarios de la asimetría. 4. La única vía formal de cambio (la autotipificación) es estructuralmente imposible por el Lema 1.

[AXIOMA FINAL DE ESTA SECCIÓN]: La existencia de un ECI no puede ser corregida desde dentro del ECI. La intervención exógena X —el Consejo Independiente de Expertos, la condicionalidad de organismos financieros, la opinión consultiva de la Corte IDH sobre el deber de tipificación, o la acción penal popular que rompa el monopolio fiscal— no es una opción política. Es la **condición de posibilidad lógica** de cualquier salida.

6.9. Matriz de bloqueo: el mapa operativo de la impunidad

Mecanismo constitucional que debería operar	Bloqueo específico	Agente que bloquea	Efecto sistémico
Iniciativa legislativa (art. 75 CN)	Omisión relativa activa; trinquete punitivo; ausencia de cláusulas *sunset*.	Legisladores (interés en reelección, aversión al riesgo).	No se tipifica el daño estatal; se tipifica por exceso el daño ciudadano.
Control de constitucionalidad (art. 5 Ley 48)	"Cuestión política no justiciable"; excepción de función discrecional.	Jueces de la Corte Suprema (Juez y Parte).	Se declara incompetente para revisar políticas públicas iatrogénicas.
Control de convencionalidad	Insuficiencia estructural: opera sobre normas, no sobre omisiones; no genera tipos penales.	Jueces de instancia (temor a sanción disciplinaria por "activismo").	Se declara inaplicable una norma, pero no se procesa al legislador.
Acción penal / Monopolio fiscal (arts. 117, 118 CPP)	Archivo *in limine* del 98% de denuncias contra magistrados.	Ministerio Público Fiscal (par corporativo, dependencia estructural).	La víctima no puede acusar directamente; el fiscal encubre.
Hábeas corpus / Amparo (arts. 18 CN, 14 bis)	Rechazo por "sana crítica racional"; no se exige estándar Daubert al juez.	Jueces penales (autoprotección epistémica).	El encierro se legitima sin evidencia científica de su necesidad o inocuidad.
Responsabilidad internacional (art. 2 CADH)	*Soft law*; indemnización con fondos públicos; sin responsabilidad penal individual.	Estados Partes (pago con dinero de víctimas/contribuyentes).	Vergüenza internacional sin dolor institucional; los agentes permanecen impunes.
Estándar epistémico (*Daubert*, lex artis)	Asimetría: se exige al ciudadano, se	Todo el arco estatal (legisladores, jueces, ministros).	La pseudociencia punitiva reina;

	autoexime el agente estatal.		la ciencia es opcional para el soberano.

6.10. Clausura: la deuda histórica como obligación jurídica exigible

INTERPRETACIÓN: El análisis precedente demuestra que la "deuda histórica del Estado" no es una metáfora moral. Es una **obligación jurídica no cumplida**, cuyo incumplimiento está **garantizado por la arquitectura institucional**. El ciudadano no puede exigir el cumplimiento de esta obligación a través de los mecanismos constitucionales vigentes porque esos mecanismos están bloqueados por los deudores.

[AXIOMA DE CLAUSURA]: La nivelación penal no es, por tanto, una propuesta de reforma dentro del sistema. Es una **condición de transición hacia un sistema distinto**: un orden de acceso abierto (North, Wallis y Weingast, 2009) donde las élites estatales están sometidas a las mismas reglas impersonales que el resto de la población. Mientras ese orden no se alcance, el Estado no es un Estado de Derecho en sentido pleno. Es un régimen de dominación burocrática que opera bajo una lógica neofeudal: el soberano no está sujeto a la ley que impone, y ha diseñado todos los mecanismos de control para que nunca lo esté.

Fin de la demostración formal del mecanismo de bloqueo sistémico.

7: Conclusiones — El espejismo de la independencia y la indefensión estructural del ciudadano

7.0 Principio epistemológico de esta conclusión

Las capas precedentes han demostrado, con evidencia convergente de la criminología experimental, la neurociencia, la economía, la historia y el derecho, que el encierro institucional es una tecnología iatrogénica que produce el daño que dice curar. La Capa 5 demostró que el Estado incurre en una contradicción performativa: declara que la violencia es ilegítima mientras la institucionaliza en la cárcel, y exige a los ciudadanos el estándar *Daubert* mientras se autoexime de él. La Capa 6 demostró formalmente que la impunidad estatal no es un vacío legal, sino una **arquitectura de bloqueo sistémico** donde cada mecanismo de control —legislativo, judicial, fiscal, internacional, epistémico— está diseñado para no controlar al soberano.

Esta conclusión no repite esas demostraciones. Su función es distinta y estratégicamente decisiva: **explicar por qué la arquitectura de bloqueo no es un accidente ni una conspiración, sino una consecuencia lógica de la estructura gramatical del discurso normativo**. La clave para entender la impunidad del Estado

y la indefensión del ciudadano no está en la mala fe de los agentes, sino en un fenómeno más profundo: el **espejismo de la sustancia** —la confusión entre los modelos que construimos para describir la realidad y la realidad misma.

7.1 La paradoja de la independencia: un teorema formal

7.1.1 El problema de la autodescripción

El discurso del Estado liberal de derechos humanos se presenta a sí mismo como un sistema de **separación de poderes** donde cada rama —ejecutivo, legislativo, judicial— es independiente de las demás. Esta independencia es la condición de posibilidad de la *accountability* horizontal: una rama controla a otra porque no está sujeta a sus intereses【5.1.4 del texto de descarcelización】.

Sin embargo, esta descripción enfrenta un problema formal que los capítulos anteriores del libro *El espejismo de la sustancia* ya han identificado: **la imposibilidad de que un sistema se describa a sí mismo sin generar paradojas**. Como demostró Tarski en el ámbito de la lógica, y como formaliza la Aritmética Estratificada de Peano (SPA) en el Capítulo 3, la autorreferencia sin estratificación produce paradojas【Capítulo 3, SPA】.

[TEOREMA FUNDACIONAL — El espejismo de la independencia]: Sea $\mathcal{S}$ un sistema normativo compuesto por tres subsistemas $\{E, L, J\}$ (Ejecutivo, Legislativo, Judicial). Sea R el conjunto de reglas sobre las que $\mathcal{S}$ legisla, juzga o ejecuta. Si R contiene reglas que afectan la estructura, composición o funcionamiento de cualquier subsistema $s \in \{E, L, J\}$, entonces la afirmación de que $\mathcal{S}$ es "independiente" respecto de R es falsa.

[A-Meta] Demostración. La independencia de un subsistema s respecto de un conjunto de reglas R requiere que s no tenga interés en el contenido de R —es decir, que R no afecte positiva ni negativamente la utilidad esperada de los agentes que ocupan s【8.7, Escenario E-v2】. Formalmente:

$$Independiente(s, R) \Leftrightarrow \forall a \in s, \forall r \in R: \Delta U_a(r) = 0$$

donde $\Delta U_a(r)$ es el cambio en la utilidad esperada del agente a si r es aplicada.

Si R contiene reglas que afectan la estructura, composición o funcionamiento de s, entonces existe al menos un $a \in s$ y un $r \in R$ tal que $\Delta U_a(r) \neq 0$. Por tanto, s no es independiente respecto de R.

El corolario es inmediato: **ningún subsistema del Estado puede ser independiente respecto del conjunto completo de reglas que él mismo produce**, porque ese conjunto incluye reglas que afectan su propia estructura, composición y funcionamiento. ▫

7.1.2 La aplicación al caso penal

El corolario del teorema se aplica directamente al problema que hemos analizado en las Capas 5 y 6. El conjunto de reglas R incluye, entre otras:

1. **Reglas que afectan al Poder Legislativo**: la tipificación de la *legislación iatrogénica dolosa* como delito penal【5.7.3 del texto de descarcelización】. Si esta regla existiera, los legisladores que votan leyes de "mano dura" sin estudio de impacto criminológico podrían ser procesados penalmente. Por tanto, $\Delta U_{legislador}(r_{tipificacion}) \neq 0$: la regla afecta negativamente a los legisladores.

2. **Reglas que afectan al Poder Judicial**: la tipificación de la *mala praxis judicial sistémica* como delito penal【5.7.2 del texto de descarcelización】. Si esta regla existiera, los jueces que ordenan prisiones preventivas ignorando la evidencia neurobiológica podrían ser procesados penalmente. Por tanto, $\Delta U_{juez}(r_{mala_praxis}) \neq 0$: la regla afecta negativamente a los jueces.

3. **Reglas que afectan al Poder Ejecutivo**: la tipificación del *ecocidio funcional y la omisión ambiental dolosa* como delito penal【5.7.4 del texto de descarcelización】. Si esta regla existiera, los ministros y funcionarios que autorizan concesiones extractivas a sabiendas del daño ambiental podrían ser procesados penalmente. Por tanto, $\Delta U_{ejecutivo}(r_{ecocidio}) \neq 0$: la regla afecta negativamente al ejecutivo.

[CONCLUSIÓN FORMAL]: El Poder Legislativo no puede ser "independiente" para decidir si tipifica la legislación iatrogénica, porque esa decisión lo afecta directamente. El Poder Judicial no puede ser "independiente" para decidir si tipifica la mala praxis judicial, porque esa decisión lo afecta directamente. El Poder Ejecutivo no puede ser "independiente" para decidir si tipifica el ecocidio funcional, porque esa decisión lo afecta directamente.

La independencia de los poderes es, en este dominio, un espejismo.

7.2 La gramática de la reificación y la supresión del agente

7.2.1 La operación gramatical que produce el espejismo

En el capítulo 1 del texto *El espejismo de la sustancia* hemos mostrado que la reificación —el acto de tratar una construcción relacional como si fuera una sustancia— es un fenómeno lingüístico-estructural, no un error filosófico. La gramática del lenguaje natural, organizada en torno a la estructura Sujeto-Verbo-Predicado, exige que para cada acción o estado haya un sujeto gramatical. Esta exigencia sintáctica actúa como un **vector constante de reificación**: el idioma nos obliga a buscar un "agente" incluso cuando solo hay relaciones, procesos o instrumentos【Capítulo 1, sección 1.2.3】.

La operación técnica que produce la reificación es la **alteración de los roles temáticos**. En una oración canónica, cada participante tiene un rol específico:

- **Agente:** La entidad animada que realiza la acción con voluntad e intención.
- **Paciente / Tema:** La entidad que sufre, experimenta o es el centro de la acción.
- **Instrumento:** La entidad inanimada o abstracta que el Agente utiliza para ejecutar la acción.

La reificación gramatical ocurre cuando el discurso promueve sintácticamente a un *Instrumento* o a un *Tema* a la posición de *Agente*. Y esta operación se realiza mediante tres mecanismos gramaticales:

1. **Metonimia de instrumento por agente:** "El Estado decide" en lugar de "los agentes que ocupan cargos estatales deciden".

2. **Personificación o animismo sintáctico:** "La Patria exige" en lugar de "los líderes políticos exigen".

3. **Construcciones medias y voz pasiva sin agente:** "Se cometieron errores" en lugar de "los agentes X cometieron errores"【Capítulo 1, sección 1.2.3】.

7.2.2 La aplicación al discurso de la independencia

El discurso de la "independencia de poderes" es un caso paradigmático de reificación gramatical. Cuando decimos "el Poder Judicial es independiente", estamos realizando varias operaciones de reificación simultáneas:

1. **Reificamos "el Poder Judicial" como una sustancia unitaria**, cuando en realidad es una red de relaciones entre agentes concretos (jueces, funcionarios, empleados) con intereses, carreras y lealtades diversas【Capítulo 7, sección 7.1】.

2. **Suprimimos al agente que produce la independencia**, atribuyendo a la estructura misma una propiedad que solo los agentes pueden poseer. La independencia no es una propiedad de "el Poder Judicial"; es una propiedad de los agentes que lo ocupan, y solo en la medida en que no están sujetos a influencias externas.

3. **Ocultamos el conflicto de intereses** mediante la nominalización: "la separación de poderes" se convierte en una entidad que "garantiza" la independencia, en lugar de reconocer que son los agentes concretos quienes deben garantizarla mediante su conducta.

[INTERPRETACIÓN C]: Esta reificación gramatical es la que produce el **espejismo de la independencia**. Los agentes que ocupan posiciones en el Poder Legislativo, Judicial y Ejecutivo no son "independientes" en el sentido de no tener intereses en las reglas que producen. Pero la gramática del discurso constitucional —al reificar "el Poder Judicial" como una sustancia con propiedades— les permite presentarse como si lo fueran.

La independencia no es una propiedad de la estructura; es una ficción gramatical que oculta la agencia y el interés.

7.3 El espejismo de la sustancia y la indefensión del ciudadano

7.3.1 El mecanismo de la indefensión

La indefensión del ciudadano ante el poder del Estado —que hemos documentado en las Capas 5 y 6— no es el resultado de una conspiración malvada. Es el **resultado lógico de un sistema que se describe a sí mismo mediante una gramática reificadora**.

En el capítulo 6 hemos demostrado formalmente que el sistema de control constitucional es un **sistema cerrado**: cada mecanismo de control está bloqueado por los propios agentes que deberían ser controlados【6.7, Teorema del Cierre Sistémico】. El legislador no tipifica porque le conviene la omisión relativa (Lema 1). El juez no controla porque es Juez y Parte (Lema 2). El fiscal no acusa porque es par corporativo (Lema 3). La Corte IDH no tipifica porque su mandato es de responsabilidad estatal, no penal individual (Lema 4).

En el capítulo 7 hemos formalizado esta estructura mediante el **Sistema Formal de Coherencia Discursiva (SFCD)**, demostrando:

- **T1 (Inmunidad del crítico):** Si un agente cree que una entidad es arbitraria, no puede sacrificarse por ella【7.5.1】.
- **T2 (Incompetencia reflexiva):** Un agente soberano no puede emitir una norma que mencione su propia competencia y validarla en el mismo estrato sin generar contradicción【7.5.2】.
- **T3 (Inmunidad sistémica):** El whistleblower interno que denuncia una violación es absorbido por el sistema: su denuncia se convierte en delito, y la norma violada se valida【7.5.3】.

En el capítulo 8 hemos extendido esta formalización al dominio penal, demostrando:

- **T5a-v5 (Regresión de Münchhausen normativa):** Una norma constitucional que limita derechos fundamentales no puede justificarse dentro del sistema sin un axioma fundacional externo【8.3】.
- **T5b-v2 (No-invariante de equilibrio):** Si el deterioro causado por el encierro se usa para justificar más encierro, el sistema entra en un ciclo sin equilibrio【8.4】.
- **T6-v2 (Jerarquía de paradojas de la excepción soberana):** La excepción no es una ley lógica ineludible, sino el resultado contingente de la captura institucional【8.5】.

- **T7-v2 (Imposibilidad topológica de la rendición de cuentas interna):** La vigilancia interna es imposible cuando la red de favores forma una clique【8.6】.

9.3.2 El espejismo de la sustancia como explicación unificada

El libro *El espejismo de la sustancia* proporciona la clave para entender por qué estos teoremas se cumplen: **la reificación de construcciones institucionales como "sustancias" oculta la agencia y el interés de los agentes que las ocupan**【Capítulo 1, sección 1.4】.

Cuando el discurso constitucional dice "el Estado garantiza los derechos", está realizando una operación de reificación. No es "el Estado" el que garantiza; son agentes concretos —jueces, legisladores, funcionarios— quienes, mediante acciones concretas, pueden garantizar o violar derechos. La reificación del "Estado" como agente unitario con voluntad propia produce tres efectos operativos:

1. **Oculta la responsabilidad de los agentes concretos.** Si "el Estado" viola derechos, nadie en particular es responsable. La difusión burocrática de la culpa es una consecuencia directa de la reificación gramatical【Capítulo 1, sección 1.2.3】.

2. **Naturaliza la estructura institucional.** Al presentar "el Estado" como una sustancia con propiedades necesarias, el discurso oculta que es una construcción contingente, producto de decisiones históricas de agentes concretos【Capítulo 1, sección 1.4】.

3. **Imposibilita la rendición de cuentas.** Si "el Estado" es el agente, no hay un sujeto individual a quien exigir responsabilidad. La reificación es, por tanto, un **mecanismo de inmunidad sistémica**【Capítulo 7, T3】.

[INTERPRETACIÓN C]: La ausencia de tipificación penal de las conductas dañosas de los agentes del Estado no es un "olvido" legislativo. Es una **consecuencia lógica de la gramática reificadora** que estructura el discurso normativo. Si "el Estado" es el agente, y "el Estado" es una sustancia que no puede ser penalizada, entonces las conductas de sus agentes no pueden ser tipificadas. El espejismo de la sustancia produce el espejismo de la impunidad.

7.4 La paradoja resuelta: por qué el sistema es un espejismo

7.4.1 La inconsistencia del autodescripto liberal

El Metateorema T8-v1 del Capítulo 8 demostró formalmente que la conjunción de los axiomas liberales (no-daño, rehabilitación, no-instrumentalización, dignidad) con la práctica penal iatrogénica es **formalmente inconsistente**【8.12】.

Pero esta inconsistencia no es un accidente. Es el **resultado necesario** de la estructura gramatical del discurso normativo. El sistema se describe a sí mismo como "independiente" y "garante de derechos", pero esa descripción es una reificación que oculta que los agentes que lo operan tienen intereses directos en no tipificar sus propias conductas dañosas.

[TEOREMA DE CLAUSURA — La paradoja del sistema que no puede describirse a sí mismo]: Sea $\mathcal{S}$ un sistema normativo que se describe a sí mismo como un conjunto de reglas R. Si R contiene reglas que afectan la estructura, composición o funcionamiento de los agentes que producen R, entonces $\mathcal{S}$ no puede producir una descripción verídica de sí mismo sin generar una contradicción formal.

[A-Meta] Demostración. Por el Teorema Fundacional, ningún subsistema de $\mathcal{S}$ es independiente respecto de R. Por tanto, la descripción de $\mathcal{S}$ como "independiente" es falsa. Si $\mathcal{S}$ produce una descripción que incluye la afirmación de independencia, y esa afirmación es falsa, entonces $\mathcal{S}$ produce una descripción falsa de sí mismo. Si $\mathcal{S}$ produce una descripción que omite la afirmación de independencia, entonces $\mathcal{S}$ produce una descripción incompleta de sí mismo. En ambos casos, $\mathcal{S}$ no puede producir una descripción verídica y completa de sí mismo. ▫

7.4.2 La consecuencia para el ciudadano

El ciudadano que confía en el sistema —que cree que "el Estado" garantiza sus derechos, que "la justicia" es independiente, que "la ley" lo protege— está siendo víctima del **espejismo de la sustancia**. Las entidades en las que confía no son sustancias con propiedades necesarias; son construcciones relacionales producidas por agentes concretos con intereses concretos.

La evidencia empírica documentada en la sección 8.2 del Capítulo 8 —iatrogenia física y psicológica, iatrogenia social, iatrogenia familiar, iatrogenia económica, iatrogenia normativa— no es el resultado de un "sistema fallido". Es el **resultado predecible de un sistema que no puede describirse a sí mismo verídicamente** y que, por tanto, no puede autocorregirse.

7.5 El camino de salida: la des-reificación como estrategia

7.5.1 La reagentivización del discurso normativo

En el capítulo 1 del libro *El espejismo de la sustancia* hemos propuesto el protocolo de las cuatro preguntas como herramienta de auditoría discursiva【Capítulo 1, sección 1.6】. La aplicación de este protocolo al discurso normativo revela:

1. **¿Cuál es el objeto formal y cuál es su tipo?** El objeto formal es el sistema normativo, entendido como una red de normas, agentes e instituciones. Su tipo real es: estructura relacional.

2. **¿Qué atribuye la narrativa a este objeto que su tipo no contiene?** Atribuye voluntad unitaria, intencionalidad y capacidad de acción ("el Estado decide", "la justicia es independiente").

3. **¿Existe una reformulación que preserve la función sin el atributo reificado?** Sí: "los agentes que ocupan el Poder Legislativo deciden", "los jueces que ocupan el Poder Judicial actúan con independencia cuando no están sujetos a influencias externas".

4. **¿El caso pertenece a un dominio donde el método es aplicable?** Sí, el discurso constitucional y legal es un discurso con pretensión de validez pública【Capítulo 1, sección 1.1】.

La **reagentivización** —devolver el rol temático de *Agente* a las personas concretas y degradar las construcciones reificadas a su lugar correcto como instrumentos o adjuntos circunstanciales— es el primer paso para desmantelar el espejismo【Capítulo 1, sección 1.2.3】.

7.5.2 La implicación para la nivelación penal

La nivelación penal —la exigencia de que los agentes del Estado sean juzgados con los mismos estándares de evidencia y responsabilidad que exigen a los ciudadanos— no es una propuesta de "castigar al Estado". Es una **propuesta de des-reificación**: devolver la responsabilidad a los agentes concretos que toman las decisiones, y eliminar la ficción de que "el Estado" es una sustancia que puede actuar sin que nadie en particular rinda cuentas.

[AXIOMA DE CLAUSURA]: El ciudadano no está indefenso porque "el Estado" sea opresivo. Está indefenso porque el discurso que describe al Estado oculta sistemáticamente la agencia y el interés de los agentes que lo ocupan. La nivelación penal es el mecanismo que rompe ese ocultamiento: tipifica las conductas de los agentes concretos, no de "el Estado". Al hacerlo, disuelve el espejismo de la sustancia y restaura la responsabilidad donde corresponde.

Nota: "La tesis de la reificación gramatical se presenta como una interpretación filosófica coherente con los datos, no como un hallazgo empírico independiente."

7.6 Síntesis final: el veredicto convergente

El análisis de los Capítulos 1, 7 y 8 del libro *El espejismo de la sustancia*, combinado con la demostración de las Capas 5 y 6 del tratado de descarcelización, produce un **veredicto convergente**:

1. La impunidad del Estado no es un accidente; es una consecuencia gramatical. La estructura del lenguaje natural, al reificar las construcciones institucionales como "sustancias" con propiedades propias, oculta sistemáticamente la agencia y el interés de los agentes concretos. La ausencia de tipificación penal de las conductas dañosas de los agentes del Estado es el resultado de esta operación gramatical【Capítulo 1, sección 1.2.3】.

2. La "independencia de poderes" es un espejismo. Ningún subsistema del Estado puede ser independiente respecto del conjunto completo de reglas que él mismo produce, porque ese conjunto incluye reglas que afectan su propia estructura, composición y funcionamiento. La afirmación de independencia es, por tanto, una ficción que oculta el conflicto de intereses estructural【9.1.1】.

3. La indefensión del ciudadano es estructural, no accidental. El sistema de control constitucional está diseñado para no controlar al soberano porque los agentes que deberían controlar son los mismos que deberían ser controlados. Esta es una consecuencia del Teorema del Cierre Sistémico (Capa 6) y de la Incompetencia Reflexiva Estratificada (T2, Capítulo 7)【6.7】【7.5.2】.

4. La nivelación penal es la única salida coherente. Si la impunidad es una consecuencia gramatical de la reificación, la solución es la des-reificación: devolver la responsabilidad a los agentes concretos mediante la tipificación penal de sus conductas dañosas. Esto no es una expansión del poder punitivo; es su **autolimitación**.

5. El cambio requiere una intervención exógena. El Teorema del Cierre Sistémico (Capa 6) y la Regresión de Münchhausen normativa (T5a-v5, Capítulo 8) demuestran que el sistema no puede reformarse desde dentro. La salida requiere una intervención exógena: el Consejo Independiente de Expertos, la acción penal popular, la presión internacional, la organización de la sociedad civil【6.7】【8.3】.

7.7 Axioma final

El espejismo de la sustancia —la confusión entre los modelos que construimos para describir la realidad y la realidad misma— no es un error filosófico menor. Es el **mecanismo que produce la impunidad del Estado y la indefensión del ciudadano**.

Mientras sigamos hablando de "el Estado" como si fuera una sustancia con voluntad propia, seguiremos sin poder responsabilizar a los agentes concretos que toman las decisiones. Mientras sigamos hablando de "la independencia de poderes" como si fuera una propiedad de la estructura, seguiremos sin ver el conflicto de intereses que la hace imposible.

La nivelación penal no es una reforma técnica. Es una **operación de des-reificación**: la exigencia de que el derecho penal deje de ser un telescopio que solo mira hacia abajo —hacia la marginalidad y la supervivencia— para convertirse en un microscopio que examine la patología del poder.

La verdadera justicia comienza cuando la ley penal mide el daño por su magnitud real sobre los seres humanos, el erario y el territorio, y sienta en el banquillo de los acusados a los agentes concretos que causan ese daño —no porque "el Estado" sea malvado, sino porque la estructura gramatical del discurso normativo ha ocultado durante demasiado tiempo que son los agentes, y no las sustancias, quienes deciden, actúan y deben rendir cuentas.

7.8 Bibliografía fundamental de esta conclusión

Tristany, S. (2026). *El espejismo de la sustancia: Gramática, formalismo y estratificación en el discurso científico*. https://books.google.com.ar/books?id=KTkCEgAAQBAJ

Fin de la conclusión.

Atribución/Reconocimiento 4.0 Internacional

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Usted es libre de:

1. **Compartir** — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato para cualquier propósito, incluso comercialmente.
2. **Adaptar** — remezclar, transformar y construir a partir del material para cualquier propósito, incluso comercialmente.
3. La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

Bajo los siguientes términos:

1. **Atribución** — Usted debe dar crédito de manera adecuada , brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios . Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.
2. **No hay restricciones adicionales** — No puede aplicar términos legales ni medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia.