

# Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión bajo una perspectiva analítico-económica del derecho<sup>1</sup>

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ<sup>2</sup>  
n.hernandez29@uniandes.edu.co

## RESUMEN

El 28 de julio de 2007 fue sancionada por el Ejecutivo la Ley 1142<sup>3</sup>, con el objetivo de adoptar medidas tendientes a prevenir y reprimir la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y *seguridad ciudadana*. En esta ley (artículo 50) se incorporan los mecanismos de vigilancia electrónica como sustitutivos de la pena privativa de la libertad, creando así una alternativa frente a las características "estigmatizantes" y "excluyentes"<sup>4</sup> de la prisión intramural. La novísima ley de *seguridad ciudadana* (Ley 1453 de 2011) introdujo algunas modificaciones a esta norma jurídica, limitando este beneficio mediante la ampliación del listado de delitos que hacen improcedente la sustitución de la pena privativa de la libertad y la imposibilidad de resultar beneficiado más de una vez con el mismo sustituto, sin embargo,

acorde con la doctrina constitucional (sentencia C-185/11), se morigeraron algunos requisitos relacionados con el pago de la multa y la indemnización de perjuicios por la insolvencia del condenado.

Ahora bien, la Corte Constitucional desde el año 1998 (Sentencia T-153) había declarado el estado de cosas inconstitucional en las prisiones del país, atendiendo a la imposibilidad de los reclusos para gozar de una vida digna como consecuencia del hacinamiento.

El presente artículo pretende demostrar como a través de la vigilancia electrónica se disminuye la problemática de hacinamiento carcelario y las implicaciones económicas que subyacen en esta implementación, sus bondades y sus defectos.

**Palabras clave:** Pena, hacinamiento, alternativa, utilidad, distribución.

## ELECTRONIC SURVEILLANCE SYSTEMS AS A SUBSTITUTE FOR THE PRISON FROM A PERSPECTIVE OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

### ABSTRACT

On July 28, 2007 was approved by the Executive law n.º 1142, with the aim of adopting measures to prevent and suppress criminal activity of special impact for coexistence and citizen security. In this law (article 50) are incorporated electronic surveillance mechanisms as a substitute for the deprivation of liberty, thus creating an alternative to the features "stigmatizing" and "exclusive" intramural prison. The newest citizen security law (1453) made some changes to this legal standard, limiting this benefit by expanding the list of offenses that make replacing the unfair deprivation of freedom and the inability to be benefited more from once with the same substitute, however, consistent with constitutional doctrine (C-185/11) is moderated some requirements related to payment of the fine and compensation for damages by the insolvency of the offender.

However, the Constitutional Court since 1998 (T-153) had declared unconstitutional state of affairs in the country's prisons, based on the inability of inmates to enjoy a decent life as a result of overcrowding.

This article aims to demonstrate how through electronic surveillance reduces the problem of prison overcrowding and the economic implications underlying this implementation, its benefits and its shortcomings

**Key words:** Punishment, overcrowding, alternative, utility, distribution.

### I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema de la investigación se resume en la siguientes preguntas:

1. ¿A través de los sistemas de vigilancia electrónica se disminuye significativamente el índice de hacinamiento en las prisiones del país?
2. ¿Contribuyen los sistemas de vigilancia electrónica a efectivizar los fines de la pena?
3. ¿Resulta más beneficioso para el Estado la inversión en dispositivos de vigilancia electrónica que la internación de un individuo en un establecimiento carcelario?
4. ¿En qué condiciones es procedente la concesión del mecanismo y en qué condiciones no?

### II. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

En lo metodológico se aplican los métodos cualitativos, así como el enfoque socio-jurídico e interdisciplinario y, por supuesto, el análisis económico del derecho como herramienta de interpretación.

### III. INTRODUCCIÓN

Inspirados en la prolongación del estado de cosas inconstitucional en las prisiones del país, declarado a través de la sentencia T-153 de 1998 y acuñando una posición de censores desde la óptica de la escuela del pensamiento jurídico *critical legal studies*, donde la mixtura entre Derecho y Economía desempeña un papel importante en el análisis de las instituciones jurídicas, a continuación se ofrecen al lector algunas

reflexiones metodológicamente deductivas a partir del análisis económico del derecho, cuyo hito radica en los estudios de ARISTÓTELES<sup>5</sup>, HUME<sup>6</sup>, SMITH, BENTHAM, WEBER, COLEMAN, BECKER<sup>7</sup> Y POSNER, aplicando esta doctrina en relación con los sistemas de vigilancia electrónica como alternativa frente a la imposición de una pena privativa de la libertad, evitando purgar la misma intramuros.

Resultaría imperdonable, debido al enfoque de estos comentarios, no hacer referencia al MARQUÉS DE BECCARIA, quien inspiró a BENTHAM en su pensamiento utilitario, precisamente respecto a la aplicación de la pena bajo criterios de prevención general negativa<sup>8</sup> y la eficiencia en la función de administrar justicia.

En este sentido, en el pensamiento de GARLAND<sup>9</sup> se encuentra la concepción del castigo como artefacto cultural que debe ir indefectiblemente acompañado de las sensibilidades sociales y aun cuando no utiliza el término de prevención general, si cataloga la pena como instrumento de comunicación de significados a la sociedad, con el *plus* que este mensaje no se limita al delito, sino a todas las relaciones que se desprenden de la agrupación social, propugnado por la separación teleológica de la pena con la perspectiva jurídica.

Es por estas razones que el estudio de la utilidad de la pena se convierte en un derrotero indispensable en la construcción de la contemporánea escuela de análisis económico del derecho, ya que a través del mismo se pueden encontrar variables de eficiencia en torno a establecer criterios de política criminal para la obtención de una convivencia pacífica por el miedo del delincuente a una sanción y los costos que genera la privación de la libertad.

El profesor ANTONIO JOSÉ NÚÑEZ TRUJILLO ofrece un análisis bastante descriptivo sobre el tema:

*“Lo que Beccaria propone es una ecuación para determinar en qué momento una pena deja de cumplir su función. El valor esperado del delito es igual al “bien” perseguido por el delincuente, multiplicado por la probabilidad de que dicho “bien” se obtenga (o, lo que es lo mismo, el valor absoluto del “bien” perseguido menos la probabilidad de no obtenerse). Acto seguido debe tomarse el “mal” de la pena prevista y multiplicarse por la probabilidad de que la pena resulte impuesta (la infalibilidad de la pena). Si el valor resultante es mayor al primero, entonces la pena prevista consigue su objeto”<sup>10</sup>.*

Por lo anterior, en un sistema judicial debilitado y con altos índices de impunidad, la existencia de la pena no cumple la función disuasoria esperada en contra del delincuente, ya que éste cuenta con la probabilidad a su favor, de no resultar judicializado.

Sea preciso advertir que se acudirá al análisis económico del derecho como herramienta para interpretar la norma jurídica contenida en el artículo 38A del Código Penal, atendiendo a las implicaciones que reviste la medida en términos de costo-beneficio para el Estado, para la población reclusa, para las víctimas del delito y en general para toda la comunidad.

#### 1. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LAS PRISIONES COLOMBIANAS

La Corte Constitucional en el año 1998<sup>11</sup> declaró el estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas tras considerar que las condiciones de hacinamiento impedirían —e impiden— implementar el proyecto

de resocialización a favor de los reclusos, vulnerándose su derecho a la vida digna, careciendo de servicios sanitarios, asistencia en salud y un lugar adecuado para pernoctar, viéndose obligados a dormir en el suelo e incluso en los baños, fomentando la propagación de enfermedades por las condiciones insalubres.

La sobrepoblación carcelaria tampoco permite separar a las personas que están siendo procesadas y que se encuentran privadas de su libertad con base en una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva –27.468 sindicados para febrero de 2010<sup>12</sup>–, de aquellas sobre las cuales pesa en su contra una sentencia condenatoria ejecutoriada –59.203 condenados<sup>13</sup>–, ni tampoco separar en debida forma, a los miembros de la fuerza pública privados de la libertad de los demás reclusos, contando solo con una reja a favor de los primeros, lo que pone en constante riesgo su vida.

Estas circunstancias van en contravía, concretamente, de lo establecido en los artículos 7<sup>14</sup> y 10<sup>15</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y se constituyen en una *"flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc."*<sup>16</sup>.

Recordemos que aún cuando lo derechos a la libertad física y a la libre locomoción, lo mismo que los derechos políticos, se encuentran restringidos en contra de las personas que se encuentran privadas de la libertad<sup>17</sup>, los demás derechos fundamentales permanecen intactos a favor de la población carcelaria y por la situación de hacinamiento los mismos no han podido ser garantizados por parte del Estado.

Ahora bien, a pesar de las órdenes impartidas por nuestro Tribunal Constitucional, hoy en día y transcurridos más de doce años, el gobierno se encuentra en mora de dar cumplimiento a este deber constitucional. En la actualidad el índice de hacinamiento en el país, supera el 40%<sup>18</sup>, cifra que resulta menos alarmante que la analizada en determinados establecimientos penitenciarios en particular, como por ejemplo, La Picota (Bogotá), donde este índice corresponde al 208.51%<sup>19</sup>. En estas condiciones, la construcción de los nuevos centros de reclusión no contribuye de manera significativa a esta problemática y se debe propender por la búsqueda de otras medidas que permiten siquiera matizar esta problemática.

## II. LOS SISTEMAS DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA COMO SUSTITUTIVOS DE LA PRISIÓN

Consagra el artículo 38A del Código Penal (modificado por el artículo 3.º la Ley 1453 de 2011):

### **Sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión.**

*El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, siempre que concurren los siguientes presupuestos:*

1. *Que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho (8) años de prisión.*
2. *Que la pena impuesta no sea por delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de menores de edad, uso de menores de edad para la comisión de delitos, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos,*

terrorismo, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada, administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos y delitos contra la administración pública, salvo delitos culposos.

3. Que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

4. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

5. Que se realice o asegure el pago de la multa mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares.

6. Que sean reparados los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el Juez o se asegure su pago mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares.

7. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones, las cuales deberán constar en un acta de compromiso:

- a) Observar buena conducta;
- b) No incurrir en delito o contravención mientras dure la ejecución de la pena;
- c) Cumplir con las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida;
- d) Comparecer ante quien vigile el cumplimiento de la ejecución de la pena cuando fuere requerido para ello.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida sustitutiva por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

8. Que el condenado no se haya beneficiado, en una anterior oportunidad, de la medida sustitutiva de pena privativa de la libertad.

Parágrafo 10. El juez al momento de ordenar la sustitución deberá tener en cuenta el núcleo familiar de la persona y el lugar de residencia.

Parágrafo 20. La persona sometida a vigilancia electrónica podrá solicitar la redención de pena por trabajo o educación ante el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de acuerdo a lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.

Parágrafo 30. Quienes se encuentren en detención preventiva en establecimiento carcelario bajo el régimen de la Ley 600 de 2000 podrán ser destinatarios de los sistemas de vigilancia electrónica, previo cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo 40. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, suministrará la información de las personas cobijadas con esta medida a la Policía Nacional, mediante el sistema de información que se acuerde entre estas entidades, dentro de los seis meses siguientes a la expedición de esta ley.

Este artículo será reglamentado por el Gobierno Nacional para garantizar las apropiaciones del gasto que se requieran para la implementación del citado sistema de vigilancia electrónica dentro de los 60 días siguientes a su sanción.

A través de la Ley 1453 de 2011 se introdujeron dentro del listado de delitos que imposibilitan la concesión de este mecanismo el tráfico de menores de edad y el uso de menores de edad para la comisión de delitos, conductas protegidas como mecanismo de seguridad ciudadana. Igualmente el terrorismo y la usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, por

las implicaciones del nuevo orden mundial en materia de seguridad desde el 9-11. La fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones –sean o no de uso privativo de las fuerzas armadas– considerando que a través de este delito se propicia la comisión de otros y por último, los delitos contra la administración pública –exceptuando la modalidad culposa– con ocasión de los recientes escándalos en la contratación pública y la concesión de subsidios, que no resultan novedosos si se analizan en retrospectiva casos como *Dragacol*, *Foncolpuertos* y *Cajanal*.

También se incluyó la prohibición de conceder este mecanismo a quienes hayan resultado beneficiados con anterioridad del mismo.

El Sistema funciona a través de la instalación de un dispositivo electrónico (brazalete o una tobillera) en el cuerpo del condenado o sindicado, con su consentimiento, el cual llevará incorporada una unidad transmisora, generando la ubicación del sujeto e indicando si ha llegado a zonas de exclusión.

El Decreto 177 de 2008, modificado por el Decreto 1316 de 2009 (arts. 3.º y 4.º), consagró las siguientes modalidades para la concesión de este beneficio:

- *Seguimiento Pasivo RF.* Es el sistema de vigilancia electrónica ordenado por el juez o como medida de control adoptada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según sea el caso, a través del cual se instala un dispositivo consistente en un brazalete o una tobillera en el cuerpo del condenado, sindicado, imputado o acusado, según fuere el caso, el cual trasmite a una unidad receptora, la que a su vez se encuentra conectada a una línea telefónica convencional.

- *Seguimiento activo-GPS.* Es el sistema de vigilancia electrónica a través del cual se instala un dispositivo consistente en un brazalete o tobillera en el cuerpo del sindicado, imputado o acusado, según fuere el caso el cual llevará incorporada una unidad GPS (Sistema de posicionamiento global), la cual transmitirá la ubicación del beneficiario, indicando si ha llegado a zonas de exclusión. Cuando el beneficiario del dispositivo llegue al lugar establecido para el cumplimiento de la medida de aseguramiento, la información que así lo indique será transmitida al centro de monitoreo, sin que durante el transcurso del día se haya perdido la transmisión inherente al sistema de vigilancia electrónica. Dicha comunicación se llevará a cabo vía telefónica o móvil.
- *Reconocimiento de Voz.* Es el sistema de vigilancia electrónica sustitutivo de la pena de prisión o de la detención preventiva, a través del cual se lleva a cabo una llamada al lugar de residencia del condenado o sindicado, y autentica su identidad comparando su voz contra una impresión de voz previa tomada durante el proceso de registro.

Respecto a las personas monitoreadas con los sistemas de vigilancia electrónica, se tienen las siguientes estadísticas:

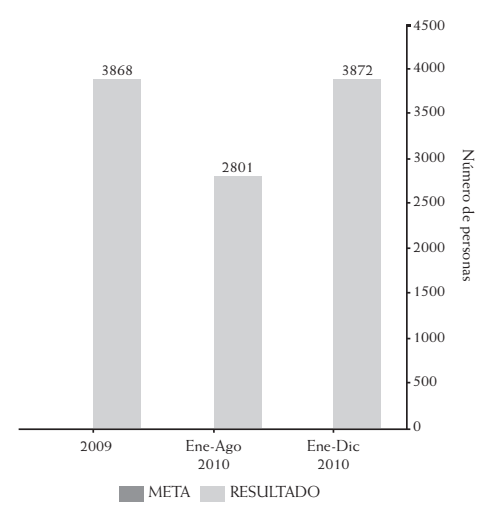
PERSONAS MONITOREADAS MEDIANTE  
EL SISTEMA DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA<sup>20</sup>

Avances cuatrienio 2006-2010

Periodo	Meta	Resultado	Avance
Línea de Base Cuatrienio	--	--	--
Resultado Año 2006 (Agosto a Diciembre)	--	--	--

Continúa

Periodo	Meta	Resultado	Avance
AÑO 2007	--	--	--
AÑO 2008	--	--	--
AÑO 2009	--	3.868	--
AÑO 2010 (Enero a Agosto)	--	2.801	--
AÑO 2010	--	3.872	--
Cuatrenio:	5.500	6.669	121,25 %



Lo anterior denota un acumulado de 7740 personas monitoreadas a través de sistemas de vigilancia electrónica. (Datos actualizados a 17 de enero de 2011)<sup>21</sup>.

### III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS SISTEMAS DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA COMO SUSTITUTIVOS DE LA PRISIÓN

Por encima de la concepción mediática<sup>22</sup> en detrimento de la operatividad de este mecanismo, al realizar un análisis tendiente a establecer la maximización de los recursos estatales, distribuidos de manera equitativa y justa, la implementación de los sistemas de vigilancia electrónica son una respuesta

legislativa idónea, para que los jueces en su aplicación, contribuyan frente a la inflación del derecho penal<sup>23</sup>, descongestionando la población carcelaria, disminuyendo el rubro de gastos para estos efectos<sup>24</sup> y contribuyendo a los lineamientos perseguidos teleológicamente por la pena, que por problemas de hacinamiento no pueden efectivizarse en los establecimientos de reclusión y que por el contrario, dentro del ambiente familiar del condenado, puede surtir mejores efectos, incluso en tratándose de delitos graves, cómo lo pregona Ferrajoli en su exposición de un *sistema de penas alternativas*<sup>25</sup>, estudiando por supuesto cada caso en concreto, ya que resultaría inidónea por ejemplo, la concesión de este mecanismo, frente a una condena por delitos sexuales (expresamente prohibida en el artículo 38A, numeral 2.º del Código Penal)<sup>26</sup> cometidos dentro del núcleo familiar, colocando a la víctima en peligro frente a la presencia del agresor de retorno al hogar.

Pero por ejemplo, en casos de delitos contra la asistencia alimentaria, la internación intramural no solo resulta desproporcional frente a la afectación del bien jurídico tutelado, sino que además imposibilita que el condenado ejerza una actividad laboral que le reporte utilidades susceptibles de distribución dentro de su núcleo familiar.

En relación con este delito, para el 15 de febrero del año inmediatamente anterior, se reportó una población carcelaria que ascendía a 470 reclusos<sup>27</sup> y que en la actualidad continúa en aumento, especialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 193, numeral 6.º del Código de la infancia y la adolescencia, que prohíbe aplicar el principio de oportunidad y el subrogado de la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean

víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.

Aplicando entonces el *óptimo de pareto* a la situación general analizada, es dable pregonar que a pesar de resultar necesario realizar una inversión<sup>28</sup> para la implementación de los brazaletes de control junto a toda la parafernalia que garantice la vigilancia del condenado, su costo es menor al que contingentemente generaría mantener privado de la libertad al individuo, de donde deviene la *utilidad* sin que la aplicación del mecanismo cause *perjuicio* comoquiera que acorde con una debida implementación y la consecución de la plataforma adecuada de vigilancia electrónica, se garantiza la ubicación de la persona, evitando impunidad frente a la conducta errada y disvaliosa desplegada por aquel y posibilitando la resocialización del individuo bajo criterios de prevención especial positiva, apartándonos con todo respeto de la postura kantiana y hegeliana sobre la pena como imperativo categórico y dispositivo de restablecimiento del orden jurídico, respectivamente.

Es preciso advertir que el *óptimo de pareto* no busca un equilibrio sino que incrementa la *utilidad* de una de las partes sin afectar negativamente la *utilidad* de otra; claro está, aquí el ganador<sup>29</sup> no es el condenado, a pesar de la visión garantista que pueda cobijar la función de la pena —que se analizará más adelante— y la aplicación en cada caso concreto, el ganador es el Estado que con menor inversión puede obtener mayores rendimientos.

Ahora bien, desde la visión teleológica de la pena, es preciso recordar que la legitimación de la misma ha trasegado por distintos escenarios. En el comienzo era entendida como una retribución-reparación del mal causado con el delito<sup>30</sup> y luego

revistió una funcionalidad —bajo criterios utilitaristas<sup>31</sup>— respecto al delincuente y la sociedad, observando igualmente el nacimiento de teorías intermedias<sup>32</sup>, falseando en definitiva el axioma simplificado de la pena como consecuencia del delito.

Ya en el ámbito económico y ahondando en la teleología de la pena a través de los tiempos, encontramos en 1939 —*Marxismo*<sup>33</sup>— dentro de un contexto inspirado por el mercado de trabajo y los valores culturales que sustentan una determinada sociedad, el castigo como un fenómeno social liberado de su concepto jurídico y fines sociales, siendo un mecanismo de hondas implicaciones en la lucha de clases, por lo que su función era visualizada como un apoyo de los intereses de una clase en contra de la otra.

En procura de un sistema penal premial, a partir de 1980 —*Escuela de Chicago*<sup>34</sup>— se ha propendido por la resocialización (aprendizaje premiando el comportamiento diferenciado) y la reintegración del individuo a la sociedad. A su vez, el funcionalismo hace referencia a que la función de la pena allí contenida, atiende a criterios de prevención general positiva o prevención-integración<sup>35</sup>.

En cuanto a la visión de FOUCAULT se destaca su perspectiva en procura de la transformación del individuo recluido en establecimiento carcelario, a pesar de sus comentarios críticos basados en la falta de efectividad de dicha limitación del derecho de locomoción, básicamente instituida por criterios culturales. Por su parte, el discurso *weberiano*<sup>36</sup> comienza con la referencia de la administración de justicia como mecanismo expiatorio entre los clanes lo que acorde con criterios de seguridad jurídica desarrollados bajo la lupa económica, fueron superados, burocratizando el proceso penal, exaltan-



do esto último en la medida que el manejo del sistema se encuentra encomendado a personal capacitado, racionalizando así el castigo.

Dentro del análisis económico del mecanismo sustitutivo en estudio, resulta claramente más beneficioso, tras analizar su costo de oportunidad, la adopción de este, al ostentar el carácter de solución frente a un sistema carcelario deplorable y frente al cual el Estado se encuentra incurso en omisión respecto a los derechos de aquellos ciudadanos vencidos en juicio<sup>37</sup>, cuya pena no debe reflejar criterios de represión excesiva, ya que aunque la consecuencia jurídica en aplicación de la regla —estructura de la norma penal— limita algunos derechos, otros, como la dignidad y la salud, permanecen incólumes y deben ser salvaguardados por el detentador del *ius puniendi*.

Igualmente, aplicando el *teorema de coase*<sup>38</sup>, las eventuales externalidades o ineficiencias económicas que podrían presentarse en aplicación de esta medida, como sería la tensión existente entre la sustitución de la prisión y la reparación de perjuicios insoluta o la ausencia de pago de la multa, se corrigen al someter su otorgamiento a la verificación de dicha cancelación dineraria o el compromiso, dentro de un término razonable impuesto por el Juez, de extinguir la obligación civil, so pena de perder esta alternativa.

No obstante lo anterior, en sentencia C-185 de 2011<sup>39</sup> se estableció que la exigencia del pago de la multa para resultar beneficiado del sistema sustitutivo de la vigilancia electrónica resultaba discriminatorio, con base en los siguientes argumentos:

- *La pena privativa de la libertad en una cárcel es el castigo más gravoso en materia penal, por lo cual las alternativas de su cumplimiento fuera*

*del establecimiento carcelario cobran gran importancia en el contexto de la garantía de una gran variedad de derechos que se restringen por el hecho de estar en una cárcel.*

- *Por lo anterior la consagración legal de la posibilidad de salir de la cárcel y cumplir la pena privativa de libertad fuera de ella, debe brindarse en igualdad de condiciones, y no puede depender de exigencias ajenas a las que interesan de manera especial a la legislación penal.*
- *Por ello, cuando el acceso a la mencionada posibilidad depende de los medios económicos del condenado, las desigualdades de hecho se convierten en desigualdades jurídicas, y sin justificación constitucional alguna sólo quienes tienen recursos económicos ostentan realmente la alternativa.*
- *Las mencionadas desigualdades, no resultan matizadas en el caso concreto por los criterios desarrollados por la Corte en los casos de la exigencia de la multa para acceder a la libertad condicional y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.*
- *Además de que la exigencia de la multa en el caso de la vigilancia electrónica no encuentra sustento alguno en la consecución de un fin constitucionalmente relevante, como para afirmar que su exigencia busca garantizar un valor constitucional superior al contenido en el principio de igualdad.*

El anterior discernimiento fue ratificado por el legislador del año 2011 que en los numerales 5 y 6 del artículo 38A del Código Penal consagró la imposibilidad de pago de la multa y/o la indemnización de perjuicios, como excepción para resultar beneficiado del sustituto.

Empero, el *teorema de coase* reviste utilidad cuando no existen controversias entre las partes<sup>40</sup> y es bien sabido que el proceso penal no se constituye como el más amigable componedor. No obstante lo anterior, la

medida debe analizarse desde la perspectiva del interés general, sin descuidar por supuesto a la víctima, cuya retribución por el mal causado no se ve burlada, máxime cuando la vigilancia electrónica no implica libertad, aunado a la existencia de un antecedente judicial en contra del condenado<sup>41</sup> y la imposibilidad de volver a resultar beneficiado de este mecanismo, en caso de reincidir en el delito, consecuencias estas que igualmente contribuyen a corregir las precitadas externalidades, debiendo en todo caso el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, analizar la seguridad de la víctima y el eventual peligro a la comunidad que podría originar la concesión del beneficio, cuyo examen negativo implicará la negación del mismo. Todas estas características permiten consolidar un costo de transacción bajo, en pro de otorgar el beneficio, encontrándose sometido a un riguroso examen para su concesión.

Por último, verificando las categorías propuestas por el profesor DUNCAN KENNEDY<sup>42</sup>, tras superar el análisis de eficiencia<sup>43</sup> de la medida, con base en los siguientes resultados: (i) disminución de la población carcelaria y como corolario reducción del índice de hacinamiento y (ii) concreción de los fines de la pena de manera más loable, máxime cuando el fenómeno de hacinamiento igualmente degenera la pretensión de reinserción social por la falta de clasificación y ubicación de los condenados dependiendo de la conducta por la cual fueron declarados penalmente responsables y cuya efecto justifica la rotulación del sistema penitenciario como *universidad del delito*, se observa que los gastos de operatividad son inferiores a aquellos que acarrear la manutención de un individuo dentro de un centro carcelario —consecuencias en la distribución—, se

garantiza la unidad familiar de conformidad con los postulados constitucionales que la erigen como núcleo fundamental de la sociedad y cuya aceptación es generalizada por la colectividad —consecuencias en la identidad social— y se posibilita la resocialización del individuo bajo parámetros de dignidad, con acceso a la salud, eventualmente a un trabajo, si así lo autoriza el Juez encargado de vigilar la pena e incluso la vida, prerrogativa que en ocasiones resulta vulnerada por falta de control dentro del establecimiento carcelario —consecuencias en los derechos—.

#### IV. CONCLUSIONES

Se concluye advirtiendo que aun cuando la corriente *law & economics* se encontraba reservada a las áreas del derecho en los que explícitamente se vislumbra un contenido económico, en especial aquellas que regulan el ámbito privado y el tributario, dentro del análisis del sistema penitenciario vinculado directamente al derecho penal, no es ajena esta temática, máxime cuando la reclusión intramural no genera utilidades para el erario público y por el contrario implica una carga que se debe sufragar, en detrimento de otros intereses sobre los cuales podría concentrarse el Estado, como son la educación y la salud y aun cuando su eficacia todavía se encuentra en etapa de construcción, dentro de su madurez, auguramos, podrá alardear como contribución al sistema garantista irradiado por BECCARIA y como solución a problemáticas sociales que nos convertirán en una sociedad más civilizada.

No es a través de las penas que se obtiene una convivencia pacífica sino a través de la educación, pero no en la educación delictiva que inexorablemente se imparte en los patios de los establecimiento penitenciarios y

carcelarios del país, sino el fomento por los parámetros mínimos de conducta, el respeto de los valores y la promoción de los derechos en cabeza de todos los ciudadanos.

En todo caso, resulta menos costoso para el Estado la implementación de sistemas de vigilancia electrónica que ahorren la manutención de un recluso, posibilitando en definitiva una eventual resocialización que no se adquiere intramuros, retomando así fuerza los criterios teleológicos que inspiran la pena.

Y desde una perspectiva víctimológica, esta medida no afecta los intereses de la comunidad en la medida que dependerá del análisis de cada caso concreto que en todo caso debe tener en cuenta a quienes han resultado perjudicados con la conducta punible, sin que la cárcel se convierta en un mecanismo de retaliación o vendetta, con base en la inspiración máxima del interés general que persigue el Estado Social y Democrático de Derecho.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. Introducción, Traducción y Notas de JOSÉ LUIS CALVO MARTÍNEZ, Alianza Editorial, Madrid 2001.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*. *Ética eudemia*, Introducción de E. LLEDÓ ÍÑIGO; traducción y notas de J. PALLÍ BONET, Gredos, Madrid 1985.
- BECKER, GARY S., *Crime and punishment: an economic approach*, Foundations of the economic approach to law, Oxford University Press, 1998.
- BECKER, GARY S., *Teoría económica*, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- COLEMAN, JULES EFFICIENCY, utility and wealth maximation, Foundations of the economic approach to law, Oxford University Press, 1998.
- Colombia, Congreso de la República, Diario Oficial n.º 46.673 y Gaceta del Congreso 124 (19/04/2007), Leyes 599 de 2000, 906 de 2004, 1142 de 2007, 1098 de 2008, 1453 de 2011.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencias T-153/98, C-318/08, C-425/08, C-904/08 y C-185/11.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados 33039 (16-12-10), 33118 (13-05-10), 31403 (28-05-10), 32964 (25-08-10).
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal Radicado 11001600028200702662 02 (28-07-09).
- Convención americana sobre derechos humanos**
- Estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) – Oficina de Planeación.
- Estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). Población interna por delito, Delitos de internos en establecimientos de reclusión, Consolidado nacional.
- Estadística hacinamiento EPAMSCA Bogotá, mayo 24 de 2011.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, ALFONSO RUIZ MIGUEL, JUAN CARLOS BAYÓN MOHINO, JUAN TERRADILLOS BASOCO, ROCÍO CANTARERO BANDRÉS, Madrid, Trotta, 1997.
- GARLAND, DAVID, *Punishment and Modern Society*, A study in social theory, The University of Chicago Press, 1990.

KENNEDY, DUNCAN, Entrevista: La controversia Política es parte del razonamiento jurídico.

KENNEDY, DUNCAN. La crítica de los derechos en los Critical legal Studies.

MANKIW, N. Gregory. Principios de microeconomía. Traducción de ESTHER RABASCO ESPÁRIZ y LUIS TOHARIA CORTÉS. McGrawHill, 1998.

NUÑEZ TRUJILLO, ANTONIO JOSÉ, Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley, Derecho Económico, T. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

### Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Páginas de internet: <http://duncankennedy.net/documents/La%20critica%20de%20los%20derechos%20en%20cls.pdf>, [http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy\\_Themis.pdf](http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf), <http://www.sigob.gov.co/ind/indicadores.aspx?m=806>, <http://www.sigob.gov.co/met/meta.hist.aspx?m=806>.

PARKIN, MICHAEL, Economía, Traducción de MIGUEL ANGEL SÁNCHEZ CARRIÓN y LUIS ÓSCAR MADRIGAL MUÑIZ, Pearson Educación, 2004.

POSNER, RICHARD A. El análisis económico del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. Traducción de ENRIQUE PASQUEL R. Revista de economía y derecho, vol. 2, n.º 7 (invierno 2005).

RIVERA BEIRAS, IÑAKI, La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria, vol. 1, Editores del Puerto, 2009.

ROLL, ERIC, Historia de las doctrinas económicas, Traducción de FLORENTINO M. TORNER, Fondo de Cultura Económica, 1996.

Situación Carcelaria en Colombia, 99º período de sesiones, Ginebra, Suiza, julio de 2010, Informe Sombra presentado al CDH de Naciones Unidas, en Respuesta al Sexto Informe de Colombia, presentado por: Grupo de Derecho de Interés Público. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Bogotá. Colombia. CARLOS A. COSTA The Immigration and Human Rights Clinic at Florida International University College of Law. United States.

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN, La legitimidad de derecho penal. Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

1 Fecha de recepción: 21 de octubre de 2011. Fecha de modificación: 10 de enero de 2012. Fecha de aceptación: 27 de febrero de 2012.

2 Abogado, especialista en Derecho Penal y Criminología y candidato a Magister en Derecho Penal con énfasis en Derecho Sustantivo y Derecho Procesal de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Actualmente se desempeña como asesor docente del Área Penal del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes.

3 Promulgada en el Diario Oficial n.º 46.673.

4 Los términos entre comillas corresponden a los utilizados en el informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 081 de 2006 Senado, 023 de 2006 Cámara [Publicado en la Gaceta del Congreso 124 (19/04/2007)].

5 Atendiendo el planteamiento de la justicia correctiva o rectificatoria planteada en la *Ética nicomáquea* (Libro V, capítulo III).

6 "Aunque DAVID HUME es famoso principalmente como filósofo, también es muy conocido por sus estudios de teoría económica. Recientemente ha surgido incluso una tendencia a considerarlo como el más importante de los economistas pre-smithianos, pero tal opinión parece excesivamente ge-

- nerosa" ROLL, ERIC, Historia de las doctrinas económicas, Traducción de FLORENTINO M. TORNER, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 120.
- 7 Cfr. BECKER, GARY S. "Crime and punishment: an economic approach", Foundations of the economic approach to law, Oxford University Press, 1998.
- 8 La prevención general negativa pretende que la colectividad se abstenga de cometer delitos por el miedo de ser castigados con una pena; es una amenaza. Este criterio teleológico se compagina con la función simbólica del derecho penal: "La funcionalidad del derecho penal hace que éste no sólo se desenvuelva como instrumento con que cuenta el ciudadano para limitar el poder político en el ámbito del delito y de la pena y como ámbito de ejercicio del poder que, a través del castigo, se orienta a su legitimación por la sola razón de su ejercicio. Su multiplicidad funcional hace que también le sea inherente un desenvolvimiento como instrumento de construcción de la realidad social independientemente del incumplimiento de sus funciones declaradas, como un mecanismo capaz de influir en el imaginario social determinando creencias y conductas a partir de una sola razón de su positividad y sin vinculación alguna con las sanciones que siguen a los preceptos, como un elemento capaz de incidir en las representaciones de las personas y, en consecuencia, alentando por una pretensión de legitimidad desvinculada de sus evidentes limitaciones prácticas" URBANO MARTÍNEZ, JOSE JOAQUÍN, La legitimidad de derecho penal. Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 140.
- 9 Cfr. GARLAND, DAVID, Punishment and Modern Society, A study in social theory, The University of Chicago Press, 1990.
- 10 NUÑEZ TRUJILLO, ANTONIO JOSÉ, "Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley" Derecho Económico, T. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 68.
- 11 Sentencia T-153/98, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Nota: Las referencias que dentro de este texto se hagan a las providencias precedidas por los literales C- y T- corresponden a sentencias de constitucionalidad y de tutela, respectivamente, proferidas por la Corte Constitucional, organismo perteneciente a la Rama Judicial del Poder Público en Colombia, Corporación a la que el constituyente primario le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política.
- 12 Fuente: Estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) – Oficina de Planeación.
- 13 Ibídem.
- 14 "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".
- 15 "1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.º 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica."
- 16 Sentencia T-153/98.
- 17 "Asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad" Ibídem.
- 18 Cfr. Situación Carcelaria en Colombia, 99º período de sesiones, Ginebra, Suiza, julio de 2010, Informe Sombra Presentado al CDH ae Naciones Unidas, En respuesta al SEXTO INFORME DE COLOMBIA, Presentado por: Grupo de Derecho de Interés Público. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Bogotá. Colombia. The CARLOS A. COSTA Immigration and Human Rights Clinic at Florida International University College of Law. United States, p. 41.
- 19 Fuente: Estadística hacinamiento EPAMSCA Bogotá, mayo 24 de 2011.
- 20 Información obtenida de internet. <http://www.sigob.gov.co/ind/indicadores.aspx?m=806>
- 21 Disponible en línea: <http://www.sigob.gov.co/met/meta.hist.aspx?m=806>.
- 22 Cfr. entre otros: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-236747-vargas-lleras-considera-un-relajo-uso-de-brazaletes-electronicos>, <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-234439-mas-de-2-mil-peligrosos-delincentes-están-libres-brazaletes-electr>, <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/articulo-203068-capturan-expendedor-de-droga-portaba-brazaletes-electronicos-del-inpec>.
- 23 Recientemente se desarrolló en la Universidad Sergio Arboleda (24-08-11) un simposio en el que se analizaron pronunciamientos problemáticos de la Sala de Casación Penal de la Corte

- Suprema de Justicia, desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal, que degeneran en un nuevo "punitivismo" con base en un "expansionismo judicial" que en definitiva degenera en la usurpación de funciones radicadas en cabeza del legislador y la ampliación de la órbita penal de manera descontrolada y excesiva. Dentro de las providencias debatidas se encuentran las siguientes: (i) Radicados 33039 (16-12-10), M.P. JOSÉ LEÓNIDAS BUSTOS MARTÍNEZ y única instancia 33118 (13-05-10) -imputación de cargos por delitos contra el Derecho Internacional Humanitario a pesar que estas conductas punibles no se encontraban tipificadas para la fecha de los hechos. (ii) Radicado 31403 (28-05-10), M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ - condena por el delito de plagio, a pesar de no estar tipificado en la legislación penal colombiana y (iii) Radicado 32964 (25-08-10), M.P. JOSÉ LEÓNIDAS BUSTOS MARTÍNEZ - avala la tesis del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal [Radicado 11001600028200702662 02 (28-07-09), M.P. JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ] frente a la adecuación típica de un homicidio en accidente de tránsito a título de dolo eventual.
- 24 Presupuesto invertido en el año 2010 en la adquisición de: - Equipo de intendencia paralos internos ubicados en los ERON: \$ 19'200.000, - Elementos de aseo personal \$2.488.383.000, - Valor pagado por la alimentación suministrada a los internos de los ERON en el mes de octubre de 2010, \$13.288'131.000. GASTOS DE PERSONAL (Nómina personal Administrativo, de Tratamiento, de Custodia y Vigilancia; Servicios personales indirectos, Bonificación Serv. Militar, Auxiliares Bachilleres, Bonificación por trabajo y servicio Internos) \$524.430. GASTOS GENERALES: Adquisición de Bienes (compra de equipo, muebles y enseres, materiales y suministros, etc), de Servicios (mantenimiento, servicios públicos, seguros, transporte de internos, Escuela Penitenciaria, etc) \$ 146.318. TRANSFERENCIAS CORRIENTES (Alimentación, Salud de la población reclusa, Tratamiento al Interno, Sentencias y conciliaciones, entre otros) \$ 241.935. GASTOS DE COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN: Recursos generados en actividades agrícolas, industriales y comerciales y se utilizan para atender programas exclusivamente de la población reclusa. \$59.467. INVERSION (Proyectos de fortalecimiento institucional, Sisipec, mantenimiento y normalización infraestructura física, programas dirigidos al interno como instrumentos científicos para la valoración y seguimiento penitenciario de la población, entre otro) \$14.579. Fuente: Contestación 7500-SRS - 11801 fechada 30 de diciembre de 2010 a la solicitud realizada el 19 de noviembre de 2010, en ejercicio del derecho de petición.
- 25 Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, traducción de PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, ALFONSO RUIZ MIGUEL, JUAN CARLOS BAYÓN MOHINO, JUAN TERRADILLOS BASOCO, ROCÍO CANTARERO BANDRÉS, Madrid, Trotta, 1997, p. 418.
- 26 Lo anterior sin hacer referencia a la prohibición expresa contenida en el Código de la Infancia y la Adolescencia (artículo 199, Ley 1098 de 2008) que podría, igualmente, regular el caso.
- 27 Fuente: Estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). Población interna por delito, Delitos de internos en establecimientos de reclusión, Consolidado Nacional. Hay más personas privadas de la libertad por este delito, que aquellos que han cometido Homicidio en Persona Protegida: 342, Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivos con Incapaz de Resistir: 329, Desplazamiento Forzado: 275, Desaparición Forzada: 254, Fabricación, Posesión y Tráfico Ilegal de Armas de Fuego, Municiones: 251, Lavado de Activos: 222, Peculado por Apropiación: 217, Acceso Carnal o Acto Sexual en Persona Puesta en Incapacidad de Resistir: 115 y Conservación o Financiación de Plantaciones: 114, por citar algunos ejemplos.
- 28 El 20 de noviembre de 2008, el entonces Ministerio del Interior y de Justicia suscribió el contrato interadministrativo n.º 337 con GENSA SA. ESP, por valor de \$39.756.963.497 millones de pesos y estipulando como plazo de ejecución, el pasado 30 de junio de 2010.
- 29 Se utiliza los términos de JULES COLEMAN en "Efficiency, utility and wealth maximization" Foundations of the economic: approach to law, Oxford University Press, 1998, p. 12: "Allocations that are Pareto superior increase at least one person's utility without adversely affecting the utility of another, they produce winners but no losers"
- 30 En este sentido FERRAJOLI, KANT y HEGEL.
- 31 En este sentido MIR PUIG, HASSEMER y ROXIN.
- 32 En este sentido JAKOBS, PÉREZ MANZANO y LUH-MAN.
- 33 La tipología de este período (en cursiva) corresponde a la obra "La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria", vol. I, Editores del Puerto, 2009, Autor: IÑAKI RIVERA BEIRAS.

- 34 *Ibíd.*
- 35 Pregonada por JAKOBS.
- 36 Ver nota al pie n.º 32.
- 37 En este punto no se abordará el debate relacionado con la excepcionalidad de la privación de la libertad en virtud de la detención preventiva, para lo cual se remite al lector, entre otros, a los artículos 9.º Pacto internacional de derechos civiles y políticos y 7.º de la Convención americana sobre derechos humanos y las sentencias C-318, C-425 y C-904 del año 2008.
- 38 "El teorema de coase sostiene que, cuando los costos de transacción del mercado son cero, la asignación inicial de derechos es irrelevante para la eficiencia, ya que, si la asignación es ineficiente, las partes la rectificarán a través de una transacción privada". POSNER, RICHARD A. El análisis económico del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. Traducción de ENRIQUE PASQUEL R. *Revista de economía y derecho*, vol. 2, n.º 7 (invierno 2005).
- 39 M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. En esta providencia se declaró la exequibilidad condicionada del numeral 4.º del artículo 50 de la Ley 1142 de 2007 (que adiciona el artículo 38A del Código Penal), en el entendido que en caso de demostrarse ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la multa no impedirá la concesión del subrogado de vigilancia electrónica.
- 40 Cfr. MANKIW, N. GREGORY. Principios de microeconomía. Traducción de ESTHER RABASCO ESPÁRIZ y LUIS TOHARIA CORTÉS. McGrawHill, 1998, p. 200. "La solución Coase funciona sólo cuando los costos de transacción son bajos. Los costos de transacción son los costos de oportunidad de llevar a cabo una transacción" PARKIN, MICHAEL, Economía, Traducción de MIGUEL ANGEL SÁNCHEZ CARRIÓN y LUIS ÓSCAR MADRIGAL MUÑOZ, Pearson Educación, 2004, p. 415.
- 41 Ver nota al pie n.º 36.
- 42 "La controversia Política es parte del razonamiento jurídico". Entrevista a DUNCAN KENNEDY. En línea: [http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy\\_Themis.pdf](http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf).
- 43 "Un argumento de eficiencia tiene varias de las propias características mediadoras de un argumento basado en los derechos: es un juicio de valor universal (¿Quién puede oponerse a lograr que todos estén mejor de acuerdo a su propia interpretación de qué es estar mejor?) y factoides (los argumentos basados en la eficiencia no significan nada si no son técnicos, y están supuestamente basados en la observancia empírica)". KENNEDY, DUNCAN. La crítica de los derechos en los Critical legal Studies. En línea: <http://duncankennedy.net/documents/La%20critica%20de%20los%20derechos%20en%20cls.pdf>.