

FIRMAR LA PAZ: DECISIÓN EFICIENTE, PERO COSTOSA: PERSPECTIVA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*

Recibido: 04 de febrero de 2013 / Revisado: 15 de febrero de 2013 / Aceptado: 16 de mayo de 2013

Sandra Milena Otero Alvarez**

Universidad del Norte

Puede citar el presente artículo así: / To reference this article:

Otero, S. (2013). *Firmar la Paz: decisión eficiente, pero costosa. Perspectiva desde el análisis económico del Derecho. Jurídicas CUC, 9 (1), 285 – 305.*

Resumen

En este trabajo abordaremos la decisión que han tomado el Estado y el grupo armado ilegal de las FARC de acercarse para explorar el camino de la paz. Por medio de la hipótesis de eficiencia y los instrumentos del AED se enfoca la realidad actual de las partes y se visiona el futuro de los diálogos de paz ofreciendo desde esta perspectiva conclusiones que desde el derecho ordinario no logran encontrarse.

Palabras clave:

Análisis económico del Derecho, Paz, Interdisciplinariedad, Eficiencia, Racionalidad, Maximización.

* Este artículo es producto de una investigación dentro del campo académico del “Análisis Económico del Derecho” desarrollado en la maestría en derecho de la Universidad del Norte.

** Candidata a Magister de la Universidad del Norte de Barranquilla, especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y Universidad del Atlántico. Contacto: sandra_milena_otero@hotmail.com / oterosm@bancoavillas.com.co

SIGNING THE PEACE TREATY: AN EFFECTIVE BUT COSTLY DECISION AN ECONOMIC ANALYSIS OF LAW STANDPOINT

Abstract

The decision of exploring the path of peace undertaken by the State and the illegal armed group of FARC is addressed in this work. Through Efficient Hypothesis and EAL instruments, current reality of both parties is studied, and the future of the peace process is envisioned. This perspective offers conclusions that ordinary law cannot provide.

Keywords:

Economic Analysis of Law, Peace, Interdisciplinary perspective, Efficiency, Rationality, Maximization.

Introducción

Diariamente se habla en nuestro país sobre lo perjudicial que ha sido la guerra y lo importante que resulta alcanzar la paz; sin embargo, carecemos de análisis económicos que nos ilustren sobre si tomar el camino de la paz es una decisión eficiente. La economía como ciencia de la predictibilidad puede llevarnos a conclusiones interesantes.

Específicamente en el campo del derecho se presenta una carencia de aplicación de categorías económicas. Si revisamos el proceso de creación de las normas por el legislador y su aplicación por parte de los jueces para resolver controversias jurídicas, encontraremos que los conceptos económicos se encuentran ausentes en el derecho colombiano, lo cual nos priva de herramientas importantes para alcanzar niveles de eficiencia que tanta falta le hacen a la justicia. Nos hemos convertido en rigurosos formalistas, sin dar espacio a una ciencia que con sus conceptos económicos puede ampliarnos el panorama y enfocarnos hacia nuevas direcciones.

En el camino hacia la paz el derecho tiene un papel trascendental, toda vez que aquí descansa la estabilidad del proceso al fijar el marco jurídico para que este se desarrolle; por medio del Derecho se pavimentará la vía por la que transitará la negociación y el post-conflicto.

Incorporación de categorías económicas al Derecho: el ejercicio interdisciplinar que da nacimiento al Análisis Económico del Derecho (AED)

“Si alguien quiere investigar seriamente la verdad de las cosas, no debe elegir una ciencia determinada, pues todas dependen unas de otras recíprocamente”.

René Descartes

Se encuentra planteada la necesidad de traer conceptos de Economía al Derecho para superar la ausencia de las categorías económicas, frente a lo cual debemos considerar que para la construcción de conceptos jurídicos que den respuesta a las diferentes problemáticas o vacíos que se presentan en el derecho, es fundamental apoyarnos en herramientas tanto internas (disciplinares), como externas (interdisciplinares). Estas construcciones son elaboradas por la dogmática, que estudia el ordenamiento jurídico y cuando allí detecta imperfecciones, da respuesta por medio de revisiones conceptuales, interactuando con otras áreas del conocimiento para resolver casos concretos. Con la dogmática estamos en presencia de procesos de construcción (supuesto nuevo) y reconstrucción (recuperación de conceptos, interpretaciones de normas que ya existían).

La ciencia del Derecho necesita apoyarse en otras disciplinas, dando lugar a la interdisciplinariedad, que le permite traer conceptos al Derecho quien desde el mismo da la solución.

El AED es uno de los grandes logros del ejercicio interdisciplinar: el Derecho y la Economía.

Según Cooter y Ulen (1997):

El análisis económico del Derecho es un tema interdisciplinario que reúne dos grandes campos de estudio y facilita un entendimiento mayor de ambos. La Economía nos ayuda a percibir el Derecho desde una perspectiva nueva... (p. 18). “La economía ofreció una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento” (p. 13). La Economía le brinda al Derecho la predictibilidad, la posibilidad de proyectar cuál será el resultado de una decisión atendiendo variables económicas.

El Análisis Económico del Derecho (AED) nos presenta una serie de herramientas y conceptos económicos que pueden ser aplicados al Derecho en situaciones reales o casos prácticos. En términos de Buchanan (2000), el AED tiene como propósito “demostrar que los principios económicos pueden ofrecer directrices para la resolución legal de demandas, para la promulgación de nuevas legislaciones y para la interpretación de los estatutos existentes”. (p. 124).

En el escenario colombiano se ha planteado como una política de gobierno la búsqueda de la paz, ante lo cual resulta apropiado preguntarnos si esta búsqueda es una decisión eficiente. Para resolver el interrogante podemos estudiar la situación haciendo uso de las herramientas que nos brinda el AED.

Hipótesis central del AED: la eficiencia en el proceso de paz colombiano

La eficiencia es la hipótesis central del AED

En el contexto de la guerra que libra el Estado colombiano contra los grupos armados ilegales, especialmente nos referimos a las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) que es el movimiento guerrillero de mayor importancia que existe en el país, se evidencia que en el conflicto se asumen unos costos sociales (para el Estado y sus ciudadanos) y privados (para la guerrilla) muy altos: muerte de combatientes, secuestros, debilitamiento de la seguridad ciudadana, desplazamiento de la población civil, víctimas ajenas al conflicto, falta de credibilidad nacional e internacional, entre otros eventos, ante eso los mismos actores han concluido que continuar en estas circunstancias no es una decisión eficiente.

La hipótesis de eficiencia del AED tiene una categoría conceptual denominada “*óptimo de Pareto*” que según Cooter y Ulen (1997, p. 26), “se refiere a la satisfacción de preferencias individuales. Decimos que una situación particular es eficiente en sentido de Pareto si es imposible cambiarla para que, por lo menos, una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación)”.

Frente a lo conceptuado, podemos afirmar que para las partes pasar de la guerra a escenarios de paz es una decisión *Pareto eficiente*, porque se está mejorando la situación no solo de una, sino de las dos partes sin empeorar la situación de alguna de ellas. Además de lo anterior, los costos sociales en presencia de la paz están condenados a su disminución.

Siendo la paz una decisión eficiente, las partes han convenido agotar la vía de la negociación, lo que implica la creación de reglas que asignen derechos pues es un escenario que la norma jurídica convencional no ha previsto y los instrumentos de justicia transicional con que contamos son débiles y no tienen coherencia.

Focalizando el tema del paso de la guerra a la paz al campo del Derecho para utilizar herramientas del AED, encontramos que nuestro legislador ha expedido el acto legislativo 1 del 19 de junio de 2012 por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del Artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones o también denominado “Marco Jurídico para la Paz”.

El Marco Jurídico para la Paz es un instrumento de justicia transicional que respalda los procesos de paz que se adelanten con grupos armados al margen de la ley. En Sentencia C-052/2012 la Corte Constitucional Colombiana definió la justicia transicional de la siguiente forma:

Puede entenderse por justicia transicional una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes. (C-052/2012).

Si no se contara con un Marco Jurídico para la Paz tendríamos escasas posibilidades de llegar a acuerdos con los grupos guerrilleros por la vía jurídica. Existe una gran diferencia entre las normas de la justicia ordinaria con las normas derivadas de la justicia transicional.

El Marco Jurídico para la Paz intenta resolver una situación práctica que no tenía una regla correctiva y es la asignación de derechos. Para resolver el conflicto armado en Colombia dentro del ámbito de

la justicia transicional entran en colisión dos grupos de principios: de una parte, se podría conceder al pueblo colombiano los principios de la paz y la reconciliación; de otra parte, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición. El legislador se ve en la necesidad de crear una regla de solución que indique a quién va a conceder el derecho; le corresponde resolver el dilema entre reconciliar o buscar responsables. En el AED la asignación de derechos solo opera en la hipótesis de eficiencia.

El legislador se inclinó por garantizar en el “mayor nivel posible” los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; sin embargo, consideró la creación de instrumentos de justicia transicional judicial o extrajudicialmente para ejercer los deberes de investigación y sanción. Esta legislación concibió la suspensión de la ejecución de las penas, el establecimiento de los casos en que pueda proceder la aplicación de sanciones extra-judiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, incluso autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados.

El Marco Jurídico para la Paz asigna el derecho a la justicia, pero deja entrever que será en un nivel blando, lo cual implica que con criterios de equidad también concedió el derecho a la paz. Al respecto, Cooter (2002, p. 139), ha afirmado que “Ralws también sostiene que el resultado de los acuerdos sociales debía ser Pareto-eficiente. Por lo tanto, solo la combinación de la distribución ideal del ingreso y la eficiencia de Pareto es, de acuerdo con Ralws, el acuerdo más justo”. (2002, p. 139).

Utilizando un concepto del AED se maximiza la situación de las partes otorgando beneficios a los grupos armados ilegales quienes responderán con una justicia más blanda y otras garantías que deben tramitarse por la vía legislativa, igualmente al Estado quien con las herramientas del Marco Jurídico para la Paz puede maniobrar en el proceso haciendo más interesante la negociación, tema importante si tenemos en cuenta que la paz se ha convertido en un objetivo prioritario del gobierno.

Los “modelos Pareto-eficientes demandan que una ley debe ser desechada si existen otras que algunas personas prefieran, y que a nadie afecte. Este enfoque no está libre de carga valorativa. Más bien, se compromete con el punto de vista de que, con las leyes y con los bienes, las personas deben tener lo que quieren”. (Cooter, 2002, p. 153). El AED respalda una asignación de derechos eficiente para lograr un acuerdo de paz por el que se obtendría un bienestar común. La justicia transicional significa aceptar que las leyes vigentes en la actualidad no son suficientes para superar el conflicto y que se hace necesario crear nuevas reglas que se ajusten a este.

Es importante resaltar que con el Marco Jurídico para la Paz no se agota la labor del legislador para crear reglas de Derecho que logren la estabilidad del proceso; es aquí cuando apenas empieza su función porque existen y se presentarán supuestos para ser regulados y deberá resolver nuevas asignaciones de Derecho siendo recomendable atender a las herramientas que brinda el AED. Sostiene Cooter (2002, p-140) que:

Los economistas insisten en el análisis de las leyes y las decisiones judiciales desde un punto de vista ex ante que se pregunte cómo afectará esa decisión el comportamiento futuro. Esta es una rigurosa aplicación de la máxima “lo pasado, pasado”. La suma de las utilidades y la eficiencia de Pareto tienden estrictamente a buscar los criterios de una decisión.

En concepto de Ibáñez (2011), en el Derecho “*debe procurarse la eficiencia, y así, en un sentido inespecífico, debe el legislador tratar de economizar en su proceso creador y modificativo de la regulación, detectando, previniendo y reemplazando gastos y costes, e innovando a su vez para incrementar el fruto o producto de su acción normativa*”.

El legislador y los jueces colombianos tienen una oportunidad interesante para realizar un AED antes de expedir nuevas normas y tomar decisiones acerca del actual proceso de paz.

Los costos de transacción que origina la paz: una herramienta de eficiencia del AED

La paz es una decisión eficiente, pero, ¿a qué costo? Este interrogante podemos resolverlo con las herramientas del AED. El acuerdo de paz va a originar gastos que deben asumir las partes, a efecto de alcanzar un resultado o acuerdo que recoja o normalice sus intereses. Estos gastos, desde la perspectiva del AED, se denominan *costos de transacción*.

Morales De Setién (2011) define los costos de transacción como *“cualquier costo relativo al establecimiento, mantenimiento o conservación de un Derecho con valor económico”*. (p. 51).

Por su parte, Cooter y Ulen, conceptúa:

La negociación ocurre mediante la comunicación entre las partes. La comunicación tiene varios costos, tales como la renta de una sala de conferencias, la contratación de una taquígrafa, y el tiempo que se gasta en la discusión. En la Ley de Coase (1997) se utilizó el término “costos de transacción” para referirse a los costos de la comunicación, así como a una diversidad de otros costos... (p. 117).

De acuerdo con la investigación “El Costo Fiscal del Postconflicto en Colombia”, adelantada por la firma de análisis Raddar, la Corporación Bienestar, la Corporación Siglo XX y con el apoyo del CESA, y publicado por los medios de comunicación El Tiempo (La paz, un negocio redondo que beneficiaría el bolsillo de todos, 2012), Portafolio (Los costos de la paz, 2012), El Nuevo Siglo (Cuánto cuesta la guerra? Cuánto cuesta la paz?, 2012) y Noticias Caracol (Cuánto dinero le cuesta a Colombia la guerra y la paz?, 2012), hacer la paz implica asumir nuevos gastos por parte del Estado como son: proceso de desarme de las FARC, desmovilización, reinserción, reparación de víctimas, restitución de tierras, rehabilitación integral.

Enfocándonos en el campo del Derecho, los costos de transacción en esta materia son relevantes porque los retos de investigación y

judicialización de los delitos generados en la guerra y la creación de normas jurídicas implican ampliación de la cobertura judicial con nuevos funcionarios, implementación de tecnología, capacitación, modernización. Estas inversiones deben realizarse con miras a alcanzar la eficiencia y no llegar a consecuencias nefastas como la impunidad.

El presupuesto colombiano en materia de defensa para el 2012 correspondía al 14% del presupuesto general en una cuantía de \$23.1 billones de pesos. Para el 2013 aumentó en 29.1 billones de pesos. El actual proceso de paz no significa en el corto y mediano plazo una reducción de estas cifras, pues se hace necesario consolidar la seguridad alcanzada manteniendo la fuerza militar en el estado actual durante aproximadamente veinte años, de acuerdo con el informe presentado por la firma Raddar y la Corporación Bienestar donde al respecto señalan:

Es fundamental que la sociedad colombiana comprenda que el gasto en defensa y seguridad no será un gasto de guerra sino un gasto de aseguramiento de la condición lograda, y este debe ser pensado por un largo período. (El costo fiscal del posconflicto en Colombia, 2012).

Estos costos de transacción en que incurrirá el Estado han sido calculados por el estudio en unos 480 billones de pesos para un período de 20 años. Sin embargo, el Ministerio de Hacienda ha reconocido que en el inicio de las negociaciones es prematuro hacer cálculos sobre el impacto económico que generaría el eventual fin del conflicto. Estos costos resultan de gran importancia en la proyección presupuestal presente y futura de Colombia.

Breve crítica al “Teorema de Coase”

El Teorema de Coase (también denominada Ley de Coase) es una teoría fundamental en el AED. Al tenerse en cuenta la amplitud de sus conceptos, abordaremos aquellas partes que guardan relación con el tema que nos ocupa.

Morales de Setién afirma que:

Según el teorema de Coase, en ausencia de costos de transacción, las partes intervinientes en un acuerdo llegarán siempre a la solución más eficaz con independencia de cuál sea la asignación inicial de derechos que haga un sistema jurídico. Dicho de otra forma: ante la ausencia de costos de transacción, la negociación en el mercado permitirá encontrar la solución más eficiente, o lo que es lo mismo la que produzca mayores niveles de utilidad. (p. 51). Sigue sosteniendo que “la idea que da inicio a la reflexión de Coase, y que no es otra que en ausencia de costos de transacción el derecho es irrelevante para la obtención de asignaciones eficientes de recursos...” (p. 50).

Según la interpretación de Cooter y Ulen (1997): “Coase utilizó el término “costos de transacción para incluir todos los impedimentos de una negociación. Dada esta definición, la negociación necesariamente triunfa cuando los costos de transacción son iguales a cero” (p. 117).

De lo citado, podemos concluir que Coase relaciona la eficacia de las soluciones y el éxito de las negociaciones con la ausencia de los costos de transacción y que a falta de estos el Derecho puede ser innecesario. Pero la realidad comercial refleja que a la hora de llegar a un acuerdo los costos de transacción no son cero, son positivos, siempre encontraremos costos de transacción. Para Coase en una situación teórica donde los costos de transacción fueran cero, no necesitaríamos del Derecho. Viviríamos en equilibrio constante, lo cual irreal, ficticio, la realidad práctica es diferente.

Para esta teoría en ausencia de costos de transacción las partes no requieren de la ayuda del Derecho y conforme a Morales de Setién (2011) “es una idea difícil de comprender para los juristas, y de aceptar una vez comprendida, dado que afirma que el Derecho puede ser irrelevante”. (p. 50).

Si aplicáramos estos elementos del teorema de Coase al proceso de paz colombiano y a las construcciones que desde el Derecho

se deben realizar legislativamente para su equilibrio, estaríamos condenados al fracaso por los fuertes costos de transacción que implican las inversiones a asumir.

El proceso de paz en Colombia y la construcción de reglas desde el Derecho que propendan por su equilibrio, tienen un gran reto al demostrar que aún frente a fuertes costos de transacción se puede sostener una decisión eficiente como llegar a un acuerdo de paz.

La racionalidad y maximización en el proceso de paz: Conceptos fundamentales del AED

Los individuos actúan deliberada y conscientemente de lo que están haciendo indicio del ejercicio de una actitud racional. Son capaces de jerarquizar sus elecciones derivando en un mercado relevante. Todos los agentes dentro del mercado actuamos con criterios racionales, y es que dentro de un mercado un consumidor o un individuo siempre está jerarquizando donde va a invertir su renta. De lo que podemos concluir que si está jerarquizando está pensando, tomando decisiones racionales.

La racionalidad es uno de los presupuestos del AED

Kornhauser (2000) indica que en primer lugar “la racionalidad económica requiere que cada agente tenga preferencias bien definidas, completas y transitivas sobre las alternativas relevantes que enfrenta. En segundo lugar, la racionalidad económica postula que en situaciones de elección los agentes muestran la suficiente persistencia, visión y capacidad analítica como para estar siempre en condiciones de elegir la mejor”. (p. 21).

En el AED las decisiones del individuo deben atender a las propiedades de la elección racional:

1. *Compleitud*: las decisiones son completas cuando para cualquier par de alternativas ya sean X o Y, X es al menos tan buena como Y o Y es al menos tan buena como X describiéndolo en lógica formal. Posiblemente ambas son al menos tan buenas. El individuo en este supuesto es indiferente, conoce su decisión al momento de elegir entre dos alternativas. En esta propiedad solo operan dos variables, hay posibilidad de solo dos alternativas X o Y.
2. *Transitividad*: si X es al menos tan buena como Y y Y es al menos tan buena como Z, entonces X debería ser al menos tan buena como Z. Aquí encontramos una jerarquización de las elecciones, ya no son dos alternativas, sino tres. La relación de identidad está en los extremos. Cualquiera de estas tres alternativas es tan buena para el individuo. El criterio sería que si elige la tercera esta es al menos tan buena como la primera.
3. *Continuidad*: aquí se trabaja con más alternativas. Para un par de X o Y se elegirá el elemento superior aun existiendo otras alternativas cercanas siendo X y Y los elementos superiores, de tal modo que si nuestro individuo elige X o Y se supone que está eligiendo un elemento superior y está discriminando a los otros, por lo cual los otros serían elementos inferiores.

Estas tres propiedades: completud, transitividad y continuidad, nos ayudan a deducir que un individuo a la hora de realizar una elección debe tener más de una opción porque una sola alternativa no implicaría una elección y, por lo tanto, no estaríamos en presencia de una decisión racional.

Este mismo ejercicio del individuo en el mercado lo podemos trasladar hacia el Estado, quien para la toma de decisiones por parte de los gobernantes debe atender a criterios racionales identificando las alternativas para elegir, considerado qué hacer bajo criterios de eficiencia y sustentando sus elecciones con argumentos sólidos.

El gobierno ha tomado como bandera fundamental la consecución de la paz por la vía de la negociación, realizando un ejercicio racional ha elegido este camino de forma deliberada y consistente, consiente y atendiendo a criterios de jerarquización, aplicando el criterio de completud entre las alternativas: la paz o la guerra, inclinándose hacia la paz.

De la misma forma la decisión de los grupos alzados en armas, como en este caso las FARC, han tomado una decisión racional al explorar la negociación, evidenciando su interés hacia el camino de la paz, igualmente en seguimiento a un presupuesto de completitud.

Esta decisión de hacer la paz se refleja en la expedición por parte del legislador del Marco Jurídico para la Paz, quien como ya lo hemos indicado resolvió una asignación de derechos entre la justicia y la paz, pero en este caso no se eligió una de las dos alternativas, sino que las ponderó teniendo como fin la armonización de las mismas dejando a las partes en una *maximización* de sus intereses particulares.

La herramienta de justicia transicional del Marco Jurídico para la Paz propicia que las partes involucradas en el conflicto puedan encontrar mayores beneficios en la negociación que en el mantenimiento de la guerra, aquí encontramos el elemento de maximización propuesto por el AED. En palabras de Buchanan (2000): “cuando se presenten beneficios mutuos, ambas partes estarán motivadas a iniciar intercambios con la visión de obtener el valor excedente potencial”.

De acuerdo con Cooter y Ulen (1997):

Los economistas suponen que todos los actores económicos maximizan algo: los consumidores maximizan la utilidad (es decir, la felicidad o la satisfacción), las empresas maximizan los beneficios, los políticos maximizan los votos, las burocracias maximizan el bienestar social, entre otros casos. Los economistas dicen a menudo que los modelos que suponen un comportamiento de maximización funcionan porque la mayoría de los individuos son racionales y la racionalidad requiere la maximización. (p. 24).

Internalización de externalidades en la negociación de la paz

Con la aplicación del AED, el derecho se convierte en “una institución que provee un marco necesario donde los individuos pueden planear sus propias relaciones en forma predecible y con una interferencia externa mínima”. (Cooter, 2000, p. 129). Esto implica el poder gestionar todos los riesgos, neutralizar los costos de transacción futuros que puedan existir. Antes de la celebración de un acuerdo si las partes actúan de manera racional, minimizan los riesgos y maximizan el beneficio. Estaríamos en presencia de negociaciones cercanas a la perfección.

Durante la ejecución de la negociación si las partes se comportaran de acuerdo a las reglas ya previstas, desencadenarían un bienestar para los involucrados y esto se replicaría a otros individuos. Los acuerdos redundan en el beneficio social.

Pero en la práctica ocurre que la mayor parte de las externalidades no se presentan antes de celebrar los acuerdos, sino que se presentan una vez se celebra, por lo cual durante su vigencia van a aparecer externalidades de tipo negativo y estas tienen que ser solucionadas. Al presentarse externalidades se produce un alejamiento del punto de equilibrio inicial, ante lo cual se hace necesario regresar al equilibrio, pero llegar nuevamente allí puede significar sentarse otra vez en una mesa de negociaciones, lo que normalmente las partes no hacen. Entonces el desplazamiento de estas controversias va a llegar a la judicialización y los jueces intentarán aplicar el derecho que mejor corresponde a las partes pero desde una óptica formal, no económica. Si las partes no han internalizado esas externalidades las soluciones judiciales pueden ser nocivas, pueden perder más que las expectativas que esperaban ganar con el acuerdo.

Aplicando el criterio de externalidades del AED a esta controversia nos encontramos con lo siguiente:

1. En el espacio de la justicia transicional debe tenerse especial cuidado en la investigación y procesamiento de los delitos cometidos por los integrantes del grupo armado. Al plantearse en el Marco Jurídico para la Paz la selección de los delitos a investigar y juzgar y la posibilidad de la renuncia del Estado a renunciar de los que no hayan sido seleccionados, puede generarse un espacio para la impunidad. Correlativamente a la externalidad de la impunidad se encuentran los inconvenientes a los que se puede llegar con la Justicia Internacional específicamente la Corte Penal Internacional toda vez que Colombia tiene obligaciones internacionales de “garantizar la justicia a las víctimas de violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho humanitario, consignadas, entre otros instrumentos, en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.
2. Analizando la coyuntura política nacional hay que tener en cuenta que las FARC como organización al margen de la ley en un acuerdo de paz desaparecería para convertirse en un movimiento político al que pertenecerían los líderes del grupo armado. Se debe preveer que los mandos medios y la base del grupo subversivo podrían refundarse en un grupo delictivo distinto al servicio del narcotráfico como sucedió con la desmovilización de los grupos paramilitares, quienes se convirtieron en bandas criminales. Todo lo anterior se presume teniendo en cuenta que el narcotráfico es un negocio con un alto lucro, actividad ilícita que impacta negativamente en la economía. Para internalizar esta externalidad las partes desde la mesa de negociación deben acordar unas garantías atractivas para los mandos medios y bajos las cuales deben blindarse con la seguridad que ofrece la legislación.
3. Otra externalidad negativa que las partes deben considerar desde la negociación es la desmoralización de los policías y militares colombianos que con sus servicios han contribuido a mantener la seguridad en el conflicto porque mientras se presume que la justicia transicional brindará un régimen especial de juzga-

miento a aquellos miembros de los grupos alzados en armas que se desmovilicen, estos se encuentran desprotegidos y juzgados por la justicia ordinaria. Para neutralizarlo se deben fortalecer desde el Derecho figuras jurídicas como el fuero penal militar que brinda una justicia especial y garantías a los miembros de la fuerza pública en sus procesos judiciales.

4. En la mesa de negociaciones debe acordarse claramente el punto de las armas, teniendo en cuenta que entre los ítems de la negociación se ha propuesto una dejación de armas por parte del grupo insurgente, término que no implica su entrega definitiva. Si no se plantea en los términos de una entrega de armas, podrían seguir bajo el porte de estos de manera ilegal y pueden ser utilizadas para continuar presionando a la población civil de forma clandestina con secuestro y narcotráfico. Para superar esta externalidad se debe establecer la entrega de armas. La recuperación de las armas por parte del Estado refuerza su legitimidad, concediéndole un estatus mayor.

Pero no todas son externalidades negativas. Con un acuerdo de paz el Ministerio de Hacienda prevé un crecimiento de la economía de 1 a 3 puntos en el PIB. El país debe estar preparado para maximizar este beneficio invirtiendo en infraestructura vial, competitividad y políticas de inversión extranjera. Con la paz se proyecta obtener solidez económica, confianza inversionista y crecimiento económico. Pero hay un elemento importante para minimizar el costo social del país y es que con la paz se gana calidad de vida para los ciudadanos.

El derecho de propiedad en las negociaciones de paz

Se parte del hecho de que las FARC nacieron como un movimiento campesino, con orientación al campo y que bajo su dominio ilegal se encuentra un importante porcentaje de tierras, el tema del Derecho de propiedad en la negociación de la paz, juega un papel fundamental.

Como lo estudia Posner (2000, p. 38),

La protección legal de los derechos de propiedad crea incentivos para el uso eficiente de los recursos... Si todo pedazo de tierra es propiedad de alguien -siempre hay alguien que puede excluir a todos los demás del acceso a cualquier área dada- los individuos tratarán de maximizar el valor de la tierra mediante el cultivo u otras mejoras.

En nuestro país el sector rural es importante, y obtener la legalización de las tierras que actualmente se encuentran en poder de la guerrilla es un gran avance al crecimiento económico; crecerá la inversión, se obtendrá mayor productividad y con la propiedad legítima se minimizará el riesgo de la creación de nuevos grupos ilegales en dichos territorios ya que existirán personas a cargo. La falta de legalidad de la propiedad genera violencia.

Un último punto por explorar: la demanda de constitucionalidad contra el Marco Jurídico para la Paz

La Comisión Colombiana de Juristas formuló demanda de constitucionalidad contra el “Marco Jurídico para la Paz”, la cual es conocida por la Corte Constitucional quien mediante comunicado 34 del 28 de agosto de 2013 y boletín de prensa ha manifestado que en Sala Plena del 28 de agosto de 2013 decidió declarar exequible el inciso 4 del Artículo 1° del Acto Legislativo del Marco Jurídico para la Paz.

Afirma la Corte que su decisión atiende al criterio de ponderación de los principios que en paradigmas de la teoría jurídica interpretativa corresponde a los planteamientos de Robert Alexy y que propicia decisiones buenas para algunos.

Mejía (2012) señala:

(...)Alexy parte de unos principios aparentemente horizontales cuyo conflicto tiene que ser resuelto en función de optimizar la aplicación del uno o del otro frente a un caso concreto particular, gracias a unas subreglas que permiten determinar el grado de optimización práctica entre ellos, logrando afinar un criterio pragmático de implementación en la aplicación de los derechos.

Este ejercicio es meramente formal que no atiende las consecuencias económicas en la toma de una decisión, pero es entendible en el campo del *civil law* en el que nos desarrollamos de forma jurídica.

Sería interesante que la Alta Corte evaluara el ser de las normas jurídicas a la luz del AED para llegar a garantizar un mayor nivel de eficiencia en sus decisiones.

El AED puede realizarse de dos maneras: normativa o positiva. 1) En el *AED normativo* la explicación es de la norma, hay un análisis de la estructura normativa, de la creación legislativa, cómo debe ser una norma, el ámbito del deber ser, son órdenes, estamos en el ámbito prescriptivo. 2) El *AED positivo* corresponde a un análisis descriptivo. No es el análisis de la norma positiva como los abogados lo solemos entender. Es la consecuencia de la norma en la realidad práctica, los efectos que va a tener esa regla que asigne derechos. Aquí se establecen recomendaciones para la norma. No es prescriptivo porque no está ordenando, no impulsa, no obliga, ni a las instituciones públicas o a los particulares a que tomen una decisión eficiente o una decisión ineficiente. Lo único que hace es sacar a la luz soluciones eficientes para que las partes de acuerdo a su carácter dispositivo puedan adoptarlas o no.

Por el impacto que presenta en el deber ser la sugerencia es inclinarnos al *AED positivo* y de allí lograr decisiones de eficiencia.

Conclusiones

1. La incorporación al derecho de categorías económicas es un ejercicio interdisciplinar.
2. La aplicación de la hipótesis de *eficiencia* y las herramientas de racionalidad, maximización, externalidades que aporta el AED deben ser utilizadas como estrategia para la construcción de las normas y fundamento de decisiones judiciales, buscando con ello alcanzar un punto de equilibrio internalizando las externalidades que se puedan presentar.

3. La eficiencia que traerá el llegar a acuerdo de paz será alcanzada a largo plazo. La paz resulta onerosa en el corto plazo, pues los costos de transacción son elevados.
4. La paz es el mejor negocio para la calidad de vida de los colombianos.

Referencias

- Buchanan, J. (2000). Buena Economía-Mal Derecho. En: A. Roemer, *Derecho y economía: una revisión de la literatura* (p.123-132). México D.F.: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica.
- Cooter, R. (2002). Las mejores leyes correctas: fundamentos axiológicos del análisis económico del Derecho. En: A. Roemer, *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. (p. 131-158). México D.F.: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica.
- Cooter, R., y Ulen, T. (1997). *Derecho y economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Gómez Martínez, M. (2012). Los costos de la paz. *Portafolio* (páginas Opinión-Columnistas, 11 de septiembre).
- Ibáñez Jiménez, J. (2011). *Análisis económico del Derecho: método, investigación y práctica jurídica*. Barcelona: Bosch Editor.
- Kornhauser, L. (2000). En nuevo análisis económico del Derecho: las normas jurídicas como incentivos. En: A. Roemer, *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. (p. 19-50). México D.F.: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica.

- Mejía Quintana, O. (2012). El dilema histórico de la decisión judicial: la teoría del Derecho de Jurgen Habermas. *Revista Panameña de Política*, p.69.
- Morales De Setién, C. (2011). *Análisis económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Posner, R. (2000). *El análisis económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Raddar C.B. (2012). Firma de análisis. (2012). *El costo fiscal del posconflicto en Colombia*. Bogotá.