

## Segunda parte

# Discursos de los académicos en sesiones solemnies: miembros honorarios, ascenso a miembros de número e ingreso como miembros correspondientes



Revista de la Academia  
Colombiana de Jurisprudencia  
julio-diciembre, 2025

# INSTITUCIONES EXTRACTIVAS E INCLUSIVAS Y EL LEVIATÁN DE PAPEL

## UNA REFLEXIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO\*

Carlos Andrés Delvasto Perdomo\*\*  
*Académico correspondiente*

**Resumen:** Este artículo ofrece una reflexión crítica sobre el papel del análisis económico del derecho en el diseño institucional del marco jurídico colombiano. A partir de la tipología de instituciones extractivas e inclusivas de Acemoğlu y Robinson, y del concepto de “Leviatán de papel”, se analiza cómo la debilidad institucional del Estado propicia la captura y el comportamiento orientado a la búsqueda de rentas. El análisis económico del derecho se presenta como un enfoque analítico basado en estructuras de incentivos, criterios de eficiencia y aportes de la economía del comportamiento. A través del examen de los casos de Agro Ingreso Seguro y Ruta del Sol II, el artículo ilustra cómo arquitecturas regulatorias defectuosas facilitan el oportunismo y la desviación de

\* Trabajo presentado para su ingreso como Académico correspondiente capítulo Cali de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en sesión del 5 de junio de 2025. Esta distinción, que agradezco profundamente en mi calidad de abogado y académico, me brinda la oportunidad de plantear una reflexión crítica sobre el papel del análisis económico del derecho en la comprensión y el diseño de las instituciones jurídicas en Colombia. Estoy inmensamente agradecido con la Pontificia Universidad Javeriana, Cali, por la financiación de la presente investigación, ya que este producto es, a su vez, resultado del proyecto *How Are Price Fixing Agreements Unfair?* financiado por la Pontificia Universidad Javeriana, subvención n.º 2181.

\*\* Carlos Delvasto, profesor asistente, Universidad del Norte, Barranquilla. Abogado de la Universidad San Buenaventura, Cali; Magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana; Master in Law (LL.M.) y Juris Science Doctor de la University of Illinois en Urbana-Champaign. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0491-9597>.

Contacto: [cdelvasto@uninorte.edu.co](mailto:cdelvasto@uninorte.edu.co)

recursos públicos. Concluye destacando el principio constitucional de libre competencia como salvaguarda estructural frente a la concentración del poder y como mecanismo fundamental para el fortalecimiento de instituciones inclusivas.

**Palabras clave:** instituciones; búsqueda de rentas; análisis económico del Derecho; derecho de la competencia; costos de transacción.

EXTRACTIVE AND INCLUSIVE  
INSTITUTIONS AND THE PAPER LEVIATHAN  
A REFLECTION FROM THE ECONOMIC  
ANALYSIS OF LAW

**Abstract:** This article offers a critical reflection on the role of Law and Economics in the institutional design of Colombia's legal framework. Drawing on Acemoglu and Robinson's typology of extractive and inclusive institutions, and the notion of the "paper Leviathan," it analyzes how state weakness fosters institutional capture and rent-seeking behavior. Law and Economics is presented as an analytical framework grounded in incentive structures, efficiency criteria, and behavioral insights. Through the examination of Agro Ingreso Seguro and Ruta del Sol II, the article illustrates how flawed regulatory architectures facilitate opportunism and resource diversion. It concludes by underscoring the constitutional principle of free competition as a structural safeguard against power concentration and as a foundational mechanism for fostering institutional inclusiveness.

**Keywords:** Institutions; Rent Seeking Activities; Law and Economics; Competition Law; Transaction Costs.

## Introducción

El derecho no opera en el vacío, forma parte de un marco institucional más amplio que estructura incentivos, define costos de transacción y condiciona la toma de decisiones de individuos y organizaciones. Por ello, el presente artículo adopta la distinción teórica entre instituciones extractivas e inclusivas, formuladas por Acemoğlu y Robinson<sup>1</sup>, como punto de partida para examinar algunos de los principales desafíos institucionales del país.

---

<sup>1</sup> En 2024, Daron Acemoğlu, Simon Johnson y James A. Robinson fueron galardonados con el Premio Nobel en Ciencias Económicas por sus estudios sobre la formación de instituciones y cómo estas inciden en la prosperidad de las naciones. Véase, The Royal Swedish Academy of Sciences. The Prize in Economic Sciences, 2024. <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2024/press-release/>

En particular, se analiza la noción de “Leviatán de papel”, propuesta por estos autores para describir la ineeficacia de un aparato estatal que, a pesar de contar con capacidades formales –como el monopolio de la violencia y cierta capacidad administrativa–, carece del respaldo social derivado de un proyecto político común o de una cooperación efectiva con la sociedad. Esta falta de legitimidad y de mecanismos de rendición de cuentas impide la consolidación de un poder central con autoridad efectiva,<sup>2</sup> es decir, de un Estado con capacidad institucional para abordar problemas que requieren acción colectiva.<sup>3</sup>

El objetivo de este trabajo es reflexionar, desde el análisis económico del derecho, sobre cómo ciertas instituciones en Colombia operan como instituciones extractivas, mientras que otras contribuyen, en mayor o menor medida, a la consolidación de un orden institucional inclusivo.

El artículo se organiza en cinco secciones. En primer lugar, se presenta el marco teórico de las instituciones extractivas e inclusivas, a partir de la propuesta de Acemoğlu y Robinson. En segundo lugar, se presenta el análisis económico del derecho como una metodología que permite aproximarse al derecho desde una lógica de incentivos, racionalidad y eficiencia, incorporando también los aportes de la economía del comportamiento. A continuación, se reflexiona sobre dos casos que ilustran cómo ciertas estructuras institucionales en Colombia han facilitado la captura del Estado, la búsqueda de rentas y la desviación de recursos públicos –el programa Agro Ingreso Seguro y la licitación de la Ruta del Sol II–, así como sobre las respuestas institucionales que han emergido. En cuarto lugar, se analiza el papel de la libre competencia económica como principio constitucional que no solo garantiza eficiencia, sino que también opera como límite institucional frente a la concentración del poder político y económico. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones.

<sup>2</sup> Daron ACEMOGLU y James A. ROBINSON, “Paths to Inclusive Political Institutions,” en *Economic History of Warfare and State Formation*, editado por Jari Eloranta, Eric Golson, Andrei Markevich y Nikolaus Wolf (Cham: Springer, 2016), 3-50.

<sup>3</sup> Noel D. JOHNSON y Mark KOYAMA, “States and Economic Growth: Capacity and Constraints”, *Explorations in Economic History*, n.º 64 (abril de 2017): 1-20, <https://doi.org/10.1016/j.eeh.2016.11.002>.

## **Instituciones extractivas e inclusivas: un Estado con baja calidad institucional es un Leviatán de papel**

Douglass C. North sostiene que “las instituciones son las reglas de juego de una sociedad”, ya que estructuran las interacciones humanas mediante incentivos que moldean la conducta colectiva. Las instituciones formales –cuya expresión máxima se encuentra en la Constitución y las leyes– resultan ser más susceptibles al cambio de configuración normativa. En cambio, las instituciones informales, arraigadas en normas sociales, valores morales y prácticas culturales, tienden a persistir con mayor rigidez en el tiempo. Ambas dimensiones conforman el marco institucional que orienta el comportamiento de los individuos en sociedad.<sup>4</sup>

“Si el marco institucional recompensa la piratería, entonces las organizaciones piratas surgirán; y si el marco institucional recompensa las actividades productivas, entonces surgirán organizaciones –empresas– para participar en actividades productivas”.<sup>5</sup> Esta afirmación de Douglass C. North subraya el papel determinante que juegan las instituciones en la configuración de los incentivos que orientan la conducta de los actores económicos. Así, cuando el entorno institucional favorece actividades redistributivas o prácticas de búsqueda de rentas –como sucede con monopolios o regulaciones que otorgan ventajas selectivas–, se estimula a ciertos grupos a recurrir al lobby o cabildeo, con el fin de obtener, a través del poder político, beneficios anticompetitivos.

En este mismo sentido, Acemoğlu y Robinson afirman que las instituciones inclusivas son aquellas que crean incentivos y abren oportunidades para que la mayor parte de la población participe en la actividad económica en condiciones de igualdad. Este tipo de instituciones no solo garantizan la protección de los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos, sino que también aseguran una “cancha plana”, es decir, reglas de juego iguales para todos los agentes del mercado –o al menos, para una gran mayoría–, libres de barreras de entrada para nuevas empresas y con

---

<sup>4</sup> Douglass C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990), 3-10.

<sup>5</sup> Douglass C. NORTH, “Economic Performance Through Time”, *American Economic Review* 84, n.º 3 (1994): 359-368.

acceso generalizado a infraestructura y servicios básicos.<sup>6</sup> Sin embargo, estos autores también advierten sobre los riesgos que plantea la debilidad institucional en contextos donde dichas condiciones no se materializan. Describen como “Leviatán de papel” a aquellos Estados que, si bien exhiben instituciones formales sólidamente estructuradas en apariencia, carecen de la capacidad efectiva para implementar políticas públicas y garantizar la justicia en la práctica. En lugar de ejercer un poder que se imponga equitativamente sobre toda la población –en forma de imperio de la ley–, este tipo de Estado se muestra débil frente al poder real, como el ejercido por actores privados o grupos económicos con capacidad para capturar el aparato estatal.<sup>7</sup>

En contextos donde las instituciones estatales carecen de fuerza real, como ocurre con el denominado Leviatán de papel, la Constitución adquiere una función esencial al establecer un marco normativo que resguarda principios y derechos fundamentales frente a los vaivenes del poder político. En este sentido, se convierte en un instrumento que delimita el alcance de las decisiones políticas ordinarias. El derecho constitucional comparado evidencia que, al diseñar o reformar constituciones, los actores políticos que anticipan una posible pérdida del poder suelen promover salvaguardas institucionales que les permitan preservar sus intereses futuros.<sup>8</sup> De hecho, Colombia no ha sido ajena a la tendencia global de las últimas décadas, en la que numerosos países han incorporado el principio de supremacía constitucional y han fortalecido mecanismos de control de constitucionalidad. Esta figura se refiere a la facultad formal que tiene una alta corte para invalidar leyes que contravengan la Constitución nacional. En el caso colombiano, este principio fue introducido por primera vez en 1910 mediante el Acto Legislativo 3, y se consolidó en la Constitución de 1991, cuyo artículo 4º consagra expresamente la supremacía de la Constitución.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Daron ACEMOGLU, Simon JOHNSON, y James A. ROBINSON, “Institutions as a Fundamental Cause of Long-Run Growth,” en *Handbook of Economic Growth*, editado por Philippe Aghion y Steven N. Durlauf (Amsterdam: Elsevier, 2005), 385-472.

<sup>7</sup> Daron ACEMOGLU y James A. ROBINSON. “Paths to Inclusive Political Institutions”, en *Economic History of Warfare and State Formation* (Cham: Springer, 2016): 3-50.

<sup>8</sup> Tom GINSBURG y Mila VERSTEEG, “How to Measure the Constitutional State”, *UCLA Law Review*, 62 (2014): 1367-1406.

<sup>9</sup> Juan Carlos BARRERO BERARDINELLI, *Control constitucional y democracia en Colombia: Una mirada a la Corte Constitucional* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2018).

En derecho constitucional comparado, se ha observado que, tanto en régímenes democráticos como autoritarios, este fenómeno ha sido impulsado en gran medida por dinámicas de política interna, en particular por la competencia entre los principales partidos por el electorado.<sup>10</sup>

### **Una aproximación científica al Derecho: el análisis económico del Derecho<sup>11</sup>**

Quiero partir de la idea del profesor Thomas Ulen, según la cual la ley es un “sistema de comportamiento” que pretende “moldear el comportamiento humano para regular, incentivar, empujar a las personas a comportarse de alguna manera y no comportarse de otra”.<sup>12</sup> En este sentido, el análisis económico del derecho ha sido uno de los desarrollos más influyentes e innovadores surgidos en las escuelas de derecho.<sup>13</sup> El análisis económico

<sup>10</sup> GINSBURG y VERSTEEG, “How to Measure the...”.

<sup>11</sup> Además del análisis económico del Derecho, existen otras corrientes jurídicas relevantes en la academia contemporánea. Por mencionar algunas: *Law and Society*, que aborda el derecho como un fenómeno social, estudiando cómo las normas interactúan con factores culturales, económicos y políticos en contextos reales. Su énfasis está en el derecho “en acción”, más que en el derecho “en los libros”. Véase, “Law and Society Association”, <https://www.lawandsociety.org>; Lawrence M. FRIEDMAN, “The Law and Society Movement”. *Stanford Law Review*, 38 (1986): 763-780, y, Oliver WENDELL HOLMES, Jr., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 10 (1897): 457-478. Por otra parte, métodos empíricos aplicados al derecho (*empirical legal studies*) utilizan herramientas estadísticas y técnicas de recolección de datos para analizar el impacto efectivo de las normas jurídicas y de las decisiones judiciales sobre el comportamiento de los individuos y el funcionamiento de las instituciones. Véase: Robert M. LAWLESS, Jennifer K. Robbennolt y Thomas S. Ulen, *Empirical Methods in Law*, 2a ed. (Austin: Wolters Kluwer, 2016), y, Tracey E. GEORGE, “An empirical study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools”, *Indiana Law Journal*, 81 (2006): 141-161. Sin restar mérito a estas aproximaciones, ni a otras metodologías de investigación jurídica relevantes para el estudio científico del derecho, el presente trabajo se centra exclusivamente en el análisis económico del derecho, por considerarlo un enfoque particularmente útil para examinar cómo las normas influyen en el comportamiento de los agentes y cómo pueden diseñarse con criterios de eficiencia.

<sup>12</sup> Thomas ULEN, “The Importance of Behavioral Law and Economics”, en *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, ed. por Eyal Zamir and Doron Teichman (Oxford: Oxford University Press, 2014), 170-192.

<sup>13</sup> Hoy día el análisis económico del derecho se ha convertido en una de las metodologías más utilizadas para realizar análisis jurídico en el contexto de Estados Unidos, Europa y el resto del mundo. A manera de ejemplo, existe una Asociación Americana de Análisis Económico del Derecho, Asociación Española de Análisis Económico del Derecho, Asociación Asiática de Análisis Económico del Derecho, Asociación Latino Americana de Derecho y Economía. Entre los profesores más citados del análisis económico del derecho se encuentran: Ronald H. Coase,

del derecho constituye una aproximación metodológica, útil para quienes se interesan en los efectos que produce el derecho sobre el comportamiento humano,<sup>14</sup> ya que la economía ofrece una teoría científica que permite prever las consecuencias de las normas jurídicas sobre el comportamiento humano.<sup>15</sup>

La principal característica del análisis económico del derecho es la utilización de la teoría de la elección racional para analizar cómo las decisiones y reglas legales influyen el comportamiento de individuos e instituciones. La teoría de la elección racional parte del supuesto de que las personas toman decisiones al ponderar racionalmente los costos y beneficios buscando maximizar su beneficio o utilidad. Una pregunta forzosa: ¿por qué importa que estudiemos el derecho con la teoría de la elección racional? La razón es que tanto las decisiones jurídicas como las decisiones económicas en el mercado implican elecciones entre alternativas bajo condiciones de escasez y con consecuencias diversas.<sup>16</sup> El sistema jurídico establece precios implícitos sobre diferentes comportamientos, y las personas ajustan su comportamiento en función de estos precios.<sup>17</sup>

Ahora bien, el análisis económico del derecho no se limita a una teoría de comportamiento, también ofrece un criterio normativo para el diseño y evaluación de políticas públicas a partir de la eficiencia económica. En

---

Richard A. Posner, Cass Sunstein, Richard Epstein, Frank H. Easterbrook, John C. Coffee Jr., Guido Calabresi, Robert H Bork., William Landes, Thomas Ulen, Robert Cooter, entre otros.

<sup>14</sup> Nuno GAROUPA y Thomas S. ULEN, “The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States”, *Alabama Law Review*, 59 (2007): 1555-1633.

<sup>15</sup> La ciencia económica provee una teoría de comportamiento fundamentada en algunos supuestos: a) preferencias: las personas pueden ordenar o jerarquizar los beneficios que obtienen a partir de distintos resultados, lo que en economía se denomina función de utilidad; b) maximización: al tomar decisiones, las personas satisfacen sus preferencias buscando maximizar su bienestar, dadas las restricciones que enfrentan; c) equilibrio: se alcanza una situación en la que, dadas las decisiones de los demás, ningún individuo tiene incentivos para cambiar su comportamiento, es decir, todos maximizan su beneficio dadas sus restricciones y las acciones de los otros. Robert D. COOTER y Michael D. GILBERT, *Public Law and Economics* (Oxford: Oxford University Press, 2022).

<sup>16</sup> El mercado es el “conjunto de medios por los cuales las personas se transmiten informaciones acerca de un bien o servicio que están interesadas en cambiar, y por los cuales asumen voluntariamente obligaciones y derechos para realizar el cambio. Entre las informaciones que se transmiten en el mercado tienen especial importancia las relacionadas con los precios y las cantidades en que cada parte está dispuesta a realizar cambios.” Hugo PALACIOS MEJÍA, *La economía en el derecho constitucional colombiano* (Bogotá: Temis, 1975).

<sup>17</sup> ULEN, “Rational Choice Theory in...”.

este sentido, uno de los referentes clave es el concepto de eficiencia, en términos de Pareto, según el cual una asignación de recursos es eficiente si no es posible mejorar la situación de una persona sin empeorar la de otra. En un mercado competitivo, esto ocurre cuando los recursos se asignan a las actividades que maximizan el valor total producido por la economía.

En esta lógica, el derecho, al influir sobre los incentivos y estructuras institucionales, puede contribuir a alcanzar asignaciones más eficientes desde este enfoque normativo. El vínculo entre eficiencia y diseño institucional se explica, en buena medida, a través del concepto de costos de transacción, eje central del análisis económico del derecho.

Una de las ideas fundacionales del análisis económico del derecho es que la ley no es exógena al mercado, sino que forma parte de las condiciones institucionales que determinan los costos de transacción. Ronald H. Coase formula esta idea en *La naturaleza de la firma*, en 1937,<sup>18</sup> y en *El problema del costo social*, en 1960<sup>19</sup>, al sostener que, en ausencia de costos de transacción, la asignación legal inicial de los derechos no afecta el resultado final, ya que las partes negociarán libremente y los derechos terminarán en manos de quien más los valore. En el mundo real –un entorno caracterizado por transacciones complejas– las decisiones de los agentes no dependen únicamente de sus preferencias o restricciones presupuestarias, sino también del diseño institucional en el que dichas decisiones se adoptan.<sup>20</sup>

En el funcionamiento efectivo del mercado, las transacciones no ocurren de forma automática y sin fricción. Para realizar una transacción es necesario identificar con quién se va a intercambiar, informar al otro sobre la intención y los términos propuestos de la transacción, negociar las condiciones, redactar un contrato y, posteriormente, verificar su cumplimiento. Cada una de estas etapas implica costos –de búsqueda, negociación, y ejecución o cumplimiento– que pueden resultar prohibitivos para que muchos acuerdos se presenten de forma voluntaria. Estos costos de transacción

---

<sup>18</sup> Ronald H. COASE, “The nature of the firm (1937)”, *Economica*, 4 (1993): 396-405.

<sup>19</sup> Ronald H. COASE, “The problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, 56, n.º 4 (2013): 837-877. <http://doi.org/10.1086/674872>

<sup>20</sup> Lee Anne FENNELL, *The Unbounded Home: Property Values Beyond Property Lines* (New Haven: Yale University Press, 2009).

pueden hacer inviable un acuerdo que sería mutuamente beneficioso en un mercado ideal sin costos de transacción.

En consecuencia, muchas transacciones que generarían eficiencia económica no se realizan en el mundo real, lo que obliga al derecho y a las instituciones a reducir esos costos mediante reglas claras, asignación de derechos propiedad y mecanismos de cumplimiento confiables. Esta visión justifica el estudio del derecho como parte del entramado institucional que permite que los mercados funcionen efectivamente.

Veamos un ejemplo relacionado con el derecho de propiedad en Colombia, en particular, la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, regulada en el Código Civil colombiano. De acuerdo con los artículos 2518 y 2532, esta figura permite adquirir el dominio de bienes corporales –muebles o inmuebles– que se encuentran en el comercio, siempre que se cumplan determinadas condiciones legales. Desde una perspectiva económica, la prescripción extraordinaria funciona como un mecanismo institucional de asignación de derechos de propiedad a quien demuestra una mayor valoración del bien, particularmente en contextos donde los mecanismos de mercado resultan ineficaces debido a altos costos de transacción.<sup>21</sup>

A diferencia del mercado, que asigna derechos de propiedad mediante precios y acuerdos voluntarios, la prescripción adquisitiva extraordinaria actúa como un mecanismo legal alternativo, donde la posesión prolongada y pacífica opera como un precio implícito para adquirir el dominio del bien. Desde una perspectiva económica, este mecanismo responde de manera eficiente a fallas institucionales persistentes –como la inexactitud de los registros, la inactividad del titular formal o la alta informalidad jurídica– que elevan los costos de transacción y dificultan la transferencia voluntaria de derechos mediante el título (v.gr. contrato) y el modo de

<sup>21</sup> Conforme con el artículo 2532 del Código Civil de Colombia, modificado por el artículo 5 de la Ley 791 de 2002, la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio opera bajo las siguientes reglas: (i) no se requiere la existencia de título alguno para su configuración; (ii) se presume legalmente la buena fe del poseedor, incluso en ausencia de un título traslaticio de dominio, y (iii) si existe un título de mera tenencia, se presume la mala fe, salvo que concurren dos requisitos: primero, que el titular registral no haya recibido, en los últimos diez (10) años, reconocimiento expreso o tácito de su dominio por parte del poseedor; y segundo, que el poseedor pruebe haber ejercido la posesión de forma pacífica, pública, continua e ininterrumpida durante ese mismo período.

adquirir (tradición). En tales escenarios, los costos de transacción –localizar al propietario, verificar la titularidad, negociar, formalizar el traspaso o incluso iniciar un proceso jurídico– pueden exceder ampliamente los beneficios del intercambio. Frente a esa realidad, el derecho opta por asignar el derecho de propiedad al poseedor que paga el precio implícito en la ley, reconociéndole jurídicamente el dominio del bien. Así, la prescripción extraordinaria no solo cumple una función jurídica en la consolidación de la propiedad, sino también una función social de la propiedad, al reducir la incertidumbre, incentivar la inversión sobre activos improductivos y facilitar la reasignación eficiente de recursos en contextos donde el mercado por sí solo no puede operar efectivamente.

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, puede interpretarse que el artículo 2532 del Código Civil colombiano –que regula la prescripción adquisitiva extraordinaria– se funda en un supuesto funcional derivado de la teoría de la elección racional. Bajo esta lectura, la norma establece un “precio implícito” para adquirir el dominio de un bien mediante la posesión prolongada, pública y no interrumpida, incentivando así el uso productivo de recursos subutilizados o abandonados en contextos marcados por altos costos de transacción.

No obstante, puede haber otras explicaciones plausibles para que la ley asigne derechos de propiedad, más allá de los supuestos de racionalidad plena. Una reflexión crítica sobre el modelo de elección racional revela sus límites como teoría exhaustiva del comportamiento humano. En particular, ciertos sesgos cognitivos –como el *Endowment effect* o efecto de dotación– podrían incidir en la forma en que las personas valoran los bienes en disputa, dificultando acuerdos voluntarios, incluso cuando serían mutuamente beneficiosos. Daniel Kahneman y Richard Thaler, ambos galardonados con el Premio Nobel de Economía, realizaron aportes fundamentales al ampliar las fronteras del conocimiento económico al demostrar cómo los sesgos cognitivos, la contabilidad mental (*Mental accounting*), el efecto de dotación (*Endowment effect*), pequeños empujones (*nudge*) y modelos como el *Planner-doer*, entre otros, explican de manera sistemática decisiones que se desvían del comportamiento previsto por la teoría de la elección racional.<sup>22</sup> Estas ideas han sido desarrolladas y profundizadas

<sup>22</sup> Véase, Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY. “Prospect theory: An analysis of decision under risk”, en *Handbook of the fundamentals of financial decision making: Part. I*, 99-127

por otros académicos que han continuado esta línea de investigación, integrando sus hallazgos en el análisis jurídico y enriqueciendo así la comprensión del comportamiento en contextos normativos.<sup>23</sup>

En este sentido, los aportes de Daniel Kahneman y Richard Thaler han sido especialmente inspiradores en mi investigación personal, al ofrecer herramientas conceptuales que permiten enriquecer el análisis económico del derecho desde una perspectiva conductual. En trabajos anteriores –como el artículo: “Why do people think Price Fixing is unfair?”, publicado en *Journal of Antitrust Enforcement*, este mismo año– he explorado, en conjunto con el profesor Rubén Acevedo, cómo, en ciertos contextos económicos, la conducta humana no responde exclusivamente a una lógica de maximización. A partir de encuestas experimentales realizados en Estados Unidos a través de Amazon M-Turk, encontramos que las percepciones de justicia influyen de manera significativa en las actitudes del público frente a prácticas como la fijación de precios. En particular, observamos que las intuiciones morales asociadas a la “*Dual Entitlement Theory*” afectan la manera en que los individuos evalúan negativamente los acuerdos entre competidores, incluso cuando estos podrían generar beneficios internos para las empresas, pero en detrimento del consumidor, quien además es el sujeto encuestado.<sup>24</sup>

En conclusión, el análisis económico del derecho (AED) parte de la premisa de que la ley funciona como un sistema de comportamiento que moldea los incentivos de individuos e instituciones. Basado en la teoría de la elección racional –que, si bien no agota la explicación del comportamiento humano, resulta útil para modelarlo en numerosos contextos–, el AED estudia cómo las normas jurídicas influyen en la toma

(Singapur: World Scientific, 2013); Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, 185, n.º 4157 (1974): 1124-1131; Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN. “The framing of decisions and the psychology of choice”, *Science*, 211, n.º 4481 (1981): 453-458; Daniel KAHNEMAN, *Thinking, fast and slow* (New York: Straus and Giroux, 2011); George A. AKERLOF y Robert J. SHILLER. *Animal Spirits: How human psychology drives the Economy, and why it matters for Global Capitalism* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010).

<sup>23</sup> Cass R. SUNSTEIN, Christine JOLLS y Richard H. THALER. “A behavioral approach to law and economics”, *Stanford Law Review*, 50 (1998): 1471-1550.

<sup>24</sup> Carlos DELVASTO y Rubén ACEVEDO, “Why do people think Price Fixing is unfair? An Empirical Legal Study on Public Attitudes in the USA”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 13, n.º 1 (marzo de 2025): 134-163.

de decisiones al asumir que las personas evalúan costos y beneficios con el objetivo de maximizar su utilidad. Este enfoque se ha visto enriquecido por los aportes de la economía del comportamiento, que introduce una visión más realista y empíricamente fundamentada del comportamiento humano, reconociendo la influencia de sesgos cognitivos, heurísticos y restricciones psicológicas. Lo esencial es que, en ambas tradiciones, las teorías son sometidas a verificación empírica mediante observación sistemática, recolección de datos y validación estadística.<sup>25</sup> Este proceso permite refinar marcos teóricos, replicar resultados, y generar nuevas hipótesis de investigación que amplían la frontera del conocimiento. En este sentido, el AED ha contribuido a aproximar el estudio del derecho al método científico propio de las ciencias sociales, al incorporar herramientas cuantitativas y experimentales que permiten evaluar de forma sistemática el impacto de las normas sobre el comportamiento. Así, el derecho deja de ser concebido únicamente como un conjunto de normas prescriptivas, para ser susceptible de observación, medición y análisis a través de métodos empíricos, permitiendo poder evaluar de forma sistemática el impacto de las normas jurídicas en el comportamiento humano.<sup>26</sup>

Esta perspectiva resulta necesaria y útil en contextos institucionales como el de Colombia, marcados por una debilidad estructural del Estado, que se manifiesta en prácticas como la captura estatal, el clientelismo y la concentración de recursos públicos en manos de élites, todo lo cual evidencia la fragilidad de las instituciones públicas.<sup>27</sup> Esta debilidad ha sido conceptualizada por diversos autores como “el Leviatán de papel”. En el siguiente capítulo se abordará cómo Colombia es un Estado con

<sup>25</sup> LAWLESS y ULEN, *Empirical Methods in Law*.

<sup>26</sup> Véanse algunas investigaciones de académicos en *Law & Economics* que utilizan métodos empíricos: i) Clarisse COELHO y Nuno Garoupa. “Do Divorce Law Reforms matter for Divorce Rates? Evidence from Portugal”, *Journal of Empirical Legal Studies*, 3, n.º 3 (2006): 489-514, <https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2006.00078.x>; ii) Lucia DALLA PELLEGRINA, Nuno GAROUPA y Marian GILI. “Estimating Judicial Ideal Points in Bi-Dimensional Courts: Evidence from Catalonia”, *Journal of Empirical Legal Studies*, 17, n.º 2 (2020): 423-47, <https://doi.org/10.1111/jels.12251>; iii) Paul J. HEALD, “How Copyright Keeps Works Disappeared”, *Journal of Empirical Legal Studies*, 11, n.º 4 (2014): 829-66, <https://doi.org/10.1111/jels.12057>; iv) Jens DAMMANN y Matthias SCHÜNDELN, “Where are Limited Liability Companies formed? An empirical analysis”, *The Journal of Law & Economics*, 55, n.º 4 (noviembre de 2012): 741-791, <https://doi.org/10.1086/667701>, entre muchos otros.

<sup>27</sup> Luis Jorge GARAY SALAMANCA (dir.) *La captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia* (Bogotá: Grupo Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia, 2008).

un poder central, y aunque formalmente robusto, carece de capacidad real para imponer límites al poder privado, garantizar el interés público e imponer el imperio de la ley.

### **El Leviatán de papel e instituciones extractivas: captura del Estado, actividades de búsqueda de rentas y expropiación**

Colombia puede ser caracterizada como un Leviatán de papel, en la medida en que en ausencia de legitimidad y de una estructura institucional capaz de canalizar la cooperación social, el derecho corre el riesgo de convertirse en una herramienta formal sin eficacia real, sujeta a la captura por intereses particulares. Esta debilidad institucional de Colombia se manifiesta en una persistente incapacidad para evitar la captura del Estado, la corrupción sistémica y el deterioro de sus instituciones públicas. Escándalos como “*Lava Jato*” y de Odebrecht en América Latina<sup>28</sup> –y particularmente, su impacto en Colombia– evidencian cómo un diseño institucional deficiente crea entornos propicios para la institucionalización del soborno y el clientelismo como vías de acceso al poder y a la contratación pública.<sup>29</sup> Este fenómeno no se limita al ámbito de la corrupción tradicional, sino que involucra prácticas más sofisticadas de captura institucional y manipulación normativa que distorsionan el funcionamiento del Estado en beneficio de intereses particulares.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> La Operación Lava Jato, considerada el mayor escándalo de corrupción en la historia de Brasil, reveló un esquema sistemático de sobornos entre 2004 y 2012, en el que funcionarios públicos y ejecutivos de Petrobras adjudicaban contratos inflados a empresas constructoras a cambio de pagos equivalentes al 3% del valor contractual. Estos sobornos, institucionalizados como norma en los procesos de contratación, evidencian un grave problema de agencia entre los directivos de la empresa estatal y los intereses públicos. Véase, Mariana MOTA PRADO y Renata DE ASSIS MACHADO, “Corruption and Institutional Responses: The Brazilian Case of ‘Operation Car Wash’”, *Annual Review of Law and Social Science* 17 (2021): 303-320.

<sup>29</sup> La Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que Odebrecht institucionalizó el soborno como mecanismo recurrente para asegurarse la adjudicación de contratos de obra pública. Entre 2009 y 2014, la empresa reconoció haber pagado 6,5 millones de dólares, a través de su División de Operaciones Estructuradas y por medio de un funcionario identificado como “Empleado número seis”, a un alto oficial del gobierno encargado de otorgar un contrato de infraestructura a cambio de asesoría y apoyo en el proceso de adjudicación. Véase: Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Resolución 82510 de 2020.

<sup>30</sup> Un caso ilustrativo de cómo la corrupción puede distorsionar el funcionamiento de los mercados regulados se presentó en el municipio de Yumbo, con relación a la empresa Yumbo Limpio SAS, ESP. Según la Resolución 72072 de 2021 de la Superintendencia de Industria y Comercio, pese a que el régimen jurídico de los servicios públicos en Colombia exige su prestación conforme

A continuación, se presentarán algunos casos en los que un diseño institucional deficiente potenció actividades de búsqueda de rentas, captura del Estado, problemas de agencia y expropiación.

*i) Problemas de Agencia: Agro Ingreso Seguro y levantamiento del velo corporativo*

Un caso emblemático que ilustra los efectos perversos de este tipo de diseño institucional es el del programa Agro Ingreso Seguro (AIS), regulado por la Ley 1133 de 2007, cuyo objetivo era mejorar la productividad del sector agropecuario y reducir la desigualdad en el campo.

Sin embargo, este programa terminó generando incentivos para actividades de búsqueda de rentas, como se evidenció en el caso de “Mónica Semillas”. La Superintendencia de Sociedades, actuando con facultades jurisdiccionales, determinó que este grupo empresarial había fraccionado operaciones agroindustriales para acceder de forma indebida al Incentivo de Capitalización Rural (ICR), burlando los topes legales establecidos (Decreto 626 de 1994, Resolución 22 de 2007 y el Manual de Servicios de Finagro).

En consecuencia, el juez societario concluyó que las sociedades implicadas fueron utilizadas como vehículo para defraudar al Estado, lo que condujo a la desestimación de la personalidad jurídica y a la restitución de los recursos públicos apropiados ilícitamente.<sup>31</sup>

---

a principios de libre competencia (según los artículos 333 y 365 de la Constitución), en 2019 la administración municipal favoreció injustificadamente a dicha empresa. Esto se logró mediante la cesión del catastro de usuarios y de los contratos de condiciones uniformes (CCU), lo que restringió la libertad de elección de los usuarios y dificultó el ingreso de nuevos operadores al mercado, afectando así los principios de pluralismo empresarial y eficiencia regulatoria. Véase, Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Resolución 82510 de 2020.

<sup>31</sup> En palabras del juez societario: “Las pruebas disponibles le permiten al despacho concluir que la estructura del Grupo Empresarial Mónica Colombia no obedeció a una finalidad legítima de negocios, sino que ese artificio entrampado societario fue, precisamente, el instrumento que permitió burlar las limitaciones contempladas para el otorgamiento de incentivos a la Capitalización Rural. Es decir que, a pesar de conocer el alcance de las restricciones anotadas, los accionistas de Mónica Colombia SAS recurrieron a la figura de la interposición societaria con la finalidad específica de evadir los topes legales correspondientes.” Véase: Superintendencia de Sociedades de Colombia. Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro) contra Mónica Colombia SAS, Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS, 2012-801-070 de 2013.

La Corte Suprema de Justicia concluyó que el entonces ministro de Agricultura había actuado de forma dolosa, al celebrar contratos de manera directa bajo el pretexto del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, beneficiando indebidamente a once grandes grupos económicos con recursos por más de 25 mil millones de pesos. Además, se estableció que el ministro, a pesar de haber transferido materialmente los recursos al Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA), conservaba la disponibilidad jurídica sobre ellos. Por estas actuaciones, fue condenado a 209 meses de prisión, debido a las graves infracciones al orden jurídico que se le atribuyeron. Esta conducta fue calificada como peculado por apropiación y resultó en una condena penal.<sup>32</sup>

La limitación de la responsabilidad en las formas asociativas, si bien cumple una función esencial en la promoción del emprendimiento y la inversión, también puede generar incentivos perversos cuando se convierte en un escudo para el fraude o la elusión normativa y el perjuicio a terceros. El caso del grupo empresarial “Mónica Semillas” ilustra esta problemática, la utilización de múltiples personas jurídicas como vehículos de interposición, con el propósito de burlar topes legales y acceder de manera indebida a recursos del programa Agro Ingreso Seguro, representa una forma sofisticada de captura institucional y búsqueda de rentas.

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, se reconoce que, ante la existencia de asimetrías de información en una relación principal-agente,<sup>33</sup> es necesario implementar mecanismos de control efectivos –es decir, incurrir en costos de agencia– para prevenir la expropiación del recurso por parte del agente.<sup>34</sup> Como lo reconoció el juez societario al levantar el velo corporativo, la estructura societaria en ese caso no obedecía a una finalidad legítima de negocios, sino que fue diseñada como un artificio para evadir las restricciones del Incentivo de Capitalización Rural. Este remedio judicial –la desestimación de la personalidad jurídica– demuestra cómo, desde una perspectiva económica, el derecho puede corregir fallas

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP-225-2014, Rad. 37462 de 16 de julio de 2014.

<sup>33</sup> Véase, Carlos Andrés DELVASTO. “Asimetrías de información, fallas del mercado crediticio y correctivos institucionales. El papel del Estado en la cobertura del mercado crediticio”, *Criteria Jurídico*, n.º 6 (2006): 215-242.

<sup>34</sup> Carlos Andrés ARCILA SALAZAR, “Conflicto de intereses en el contexto societario: Regulación colombiana y derecho comparado”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 19, n.º 2 (2017).

institucionales que permiten el oportunismo y la extracción de recursos, protegiendo así tanto la función pública de los programas estatales como la confianza en el orden jurídico de las formas asociativas.

Desde el análisis económico del derecho, este caso evidencia cómo la asignación de derechos de propiedad a precios inferiores al valor de mercado, en ausencia de controles institucionales eficaces, genera incentivos perversos para actividades de búsqueda de rentas, fomenta el oportunismo en relaciones de agencia y deslegitima el objetivo de política pública, junto con la pérdida de confianza social en el gobierno y Estado.<sup>35</sup>

*ii) La Licitación Pública SEA-LP-001-2009 y el Leviatán de Papel en la Ruta del Sol II: la Libre Competencia Económica frente a una Institución Extractiva*

Los procesos de licitación pública son un reflejo de las instituciones que los enmarcan. En un entorno institucional inclusivo, estos funcionan de manera transparente y competitiva permitiendo la participación equitativa de múltiples oferentes. Por el contrario, bajo instituciones extractivas, la probabilidad de que el proceso de licitación sea capturado aumenta por intereses corruptos o colusorios, convirtiéndose en vehículos para que una élite extraiga rentas del Estado en detrimento del interés público.

Entre 2009 y 2014, la constructora brasileña Odebrecht S.A. realizó pagos ilícitos por más de 11 millones de dólares en Colombia, con el objetivo de obtener indebidamente contratos de infraestructura, en particular, la adjudicación del Tramo 2 del proyecto vial Ruta del Sol, en el marco de la Licitación Pública SEA-LP-001-2009. Gabriel Ignacio García Morales, entonces viceministro de Transporte y gerente general encargado del Instituto Nacional de Concesiones (INCO), recibió un soborno de 6,5 millones de dólares para asegurar que la propuesta presentada por el consorcio liderado por Odebrecht fuera la única formalmente admisible, excluyendo a los demás proponentes y garantizando así la adjudicación del contrato, en condiciones abiertamente anticompetitivas.

Para evitar que el régimen de la libre competencia sufriera un perjuicio irremediable, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) adoptó una medida cautelar, mediante la cual ordenó a la Agencia Nacional de

<sup>35</sup> Anne O. KRUEGER, *Fallas del gobierno en el desarrollo*, traducido por Carlos Andrés Delvasto, *Criterio Jurídico* 12, n.º 1 (2012): 9-27.

Infraestructura (ANI) la terminación inmediata del Contrato de Concesión 001 de 2010, por presunta infracción del régimen de libre competencia económica. Como consecuencia de esta decisión, la SIC ordenó además a la ANI estructurar y adelantar una nueva licitación pública que garantizara la libre competencia económica mediante la participación transparente de los distintos agentes del mercado, esto con el fin de suscribir un nuevo contrato que asegurara la ejecución íntegra del objeto contractual originalmente previsto y evitara que las obras quedaran inconclusas.

La medida se justificó en la presunta violación de una prohibición legal expresa –la libre competencia como principio constitucional y legal–, la cual viciaba de nulidad absoluta el contrato en los términos del numeral 2 del artículo 44 de la misma Ley 80 de 1993 y del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992. Esta decisión no solo representó una herramienta cautelar orientada a evitar la prolongación de los efectos anticompetitivos, sino también una acción decidida del Estado para restablecer las condiciones de libre competencia económica y enviar una señal con efectos disuasorios.<sup>36</sup>

Cuando las licitaciones públicas dejan de regirse por la libre competencia económica y se convierten en una “institución extractiva”, al favorecer a unos pocos, se perjudica la confianza social, aumentan los costos de transacción, encarecen las obras públicas y distorsionan el sistema de precios. No obstante, como se ha analizado, el principio de libre competencia económica ofrece un contrapeso institucional para corregir estas desviaciones.

En entornos donde el poder político restringe el acceso a la participación económica, este tipo de políticas terminan concentrando los recursos públicos en manos de élites políticas y económicas, debilitando la legitimidad del Estado y reproduciendo una estructura institucional extractiva.<sup>37</sup> Esta dinámica se inscribe en el fenómeno del Leviatán de papel, donde el Estado, aunque formalmente dotado de instituciones, carece de la capacidad efectiva para impedir que estas se instrumentalicen con fines particulares.

<sup>36</sup> República de Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5216 16 de febrero de 2017, “Por la cual se decreta medida cautelar”.

<sup>37</sup> Daniel Alejandro MONROY, “Sobre la importancia del institucionalismo económico en la formación y en el ejercicio del derecho en Latinoamérica: a propósito del Premio Nobel de Economía 2024”, *Con-Texto: Revista de Derecho y Economía*, n.º 63 (2025).

Desde esta perspectiva institucional, puede entenderse por qué, en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, diversos derechos del orden económico –como el de la libre competencia– fueron elevados al rango de derechos constitucionales de contenido económico. Esta decisión buscó dotarlos de una fuerza normativa suficiente para resistir los vaivenes de la correlación política, y asegurar su protección mediante el control de constitucionalidad, entendido como un mecanismo de resguardo frente a intentos de captura normativa y como herramienta de defensa de instituciones claves para preservar la esencia del modelo económico.<sup>38</sup>

El problema surge cuando el Estado, en el ejercicio de sus funciones dentro del modelo de economía social de mercado,<sup>39</sup> vulnera el principio de libre competencia económica. Esto ocurre cuando el diseño institucional permite o incentiva actividades de búsqueda de rentas o exclusión de competidores, como en los casos de monopolios legales o regulaciones que imponen barreras de entrada o conceden beneficios selectivos. En tales contextos, se generan incentivos para que ciertos grupos ejerzan presión política con el objetivo de obtener ventajas anticompetitivas que distorsionan el funcionamiento del mercado.

Esta tensión entre intervención estatal y eficiencia de mercado constituye uno de los escenarios en los que el análisis económico del derecho ofrece herramientas conceptuales valiosas para evaluar la jurisprudencia Constitucional. Aunque la Corte Constitucional no reconozca explícitamente el uso de criterios de eficiencia, es posible identificar que, en ciertos casos, su razonamiento obedece a estándares de eficiencia –en el sentido de Pareto y Kaldor-Hicks– al ponderar la legitimidad de la intervención estatal en la economía frente a la libre competencia como principio estructural de la Constitución Política.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Tom GINSBURG y Mila VERSTEEG. “Why do countries adopt Constitutional Review?” *The Journal of Law, Economics and Organization*, 30, n.º 3 (2014): 587-622, <https://doi.org/10.1093/jleo/ewt008>

<sup>39</sup> Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Constitución de 1991 adopta un modelo de economía social de mercado, en el cual se reconoce a la empresa privada –a través de la libertad de empresa, la libre competencia económica y la libre iniciativa privada– como motor de la economía. Este modelo se complementa con el reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía para la protección del interés general. Véase, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-032 de 2017.

<sup>40</sup> El criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks es un estándar de la economía del bienestar que permite evaluar si una política pública o intervención normativa mejora el bienestar general, incluso

En este contexto, la Corte Constitucional establece límites definidos a la intervención del Estado en la economía mediante el control de constitucionalidad. Desde la expedición de la Constitución de 1991, la libre competencia económica fue consagrada como un derecho de constitucional colectivo de contenido económico,<sup>41</sup> concebido para preservar su vigencia, incluso ante cambios coyunturales en la dinámica del poder político.

Esta intervención debe fundarse en un mandato legal, respetar el núcleo esencial de la libertad de empresa, ajustarse al principio de solidaridad y perseguir fines expresos contemplados en la Constitución Nacional. Además, la Corte exige que tales intervenciones cumplan con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, con el fin de asegurar un equilibrio adecuado entre los propósitos estatales y la protección de los principios que rigen el mercado. En este marco, la Corte ha promovido, a través de sus precedentes, la transformación de la libre competencia en una institución inclusiva. Este desarrollo ha permitido que se generen incentivos y oportunidades bajo condiciones de igualdad, facilitando así que una mayor parte de la población acceda a los beneficios del mercado.

La libre competencia económica, entendida no solo como un principio constitucional que garantiza un mecanismo de eficiencia en la asignación de recursos en el mercado, pero que, también, se constituye en una herramienta para limitar el poder político y económico de agentes económicos y grupos de interés que pretendan distorsionar el mercado a través del poder político. En este sentido, Tim Wu sostiene que una de las motivaciones fundacionales del movimiento de la competencia (*Antitrust movement*) a finales del siglo XIX –que condujo a la promulgación de la Ley Sherman en 1890 en Estados Unidos– fue, precisamente, contener el poder político

---

cuando existen perdedores, siempre que los beneficios sociales totales superen los costos. En el análisis económico del derecho, la eficiencia Kaldor-Hicks opera como un criterio normativo que permite justificar decisiones judiciales que no benefician a todas las partes por igual, pero que generan una ganancia neta en términos de bienestar agregado. Véase, J. R. HICKS, *The foundations of Welfare Economics*, *The Economic Journal*, 49, n.º 196 (1939): 696-712, <https://www.jstor.org/stable/2225025>

<sup>41</sup> Jorge Enrique IBÁÑEZ NAJAR, *Estudios de Derecho Constitucional Colombiano, 10 años de la Constitución Política* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Cali, 2001).

de los cárteles entre compañías competidoras (*trusts*) y evitar su captura de las instituciones democráticas.<sup>42</sup>

### **La libre competencia y el poder económico y estatal en el análisis económico del derecho**

Inspirada en la célebre pregunta “¿Quién vigila a los vigilantes?” (*Quis custodiet ipsos custodes?*), la libre competencia económica se erige como un mecanismo institucional de vigilancia y control, diseñado no solo para disciplinar el comportamiento del mercado, sino también para limitar el ejercicio arbitrario del poder estatal, y prevenir su captura por intereses económicos particulares. Esta doble función ha sido reconocida y fortalecida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que ha definido la libre competencia como un principio central del modelo de economía social de mercado consagrado en la Constitución de 1991.<sup>43</sup>

El efecto práctico de que la libre competencia económica sea un derecho de contenido económico con jerarquía constitucional es que puede ser objeto de protección mediante el control de constitucionalidad. En esa medida, la Corte Constitucional ha establecido que la intervención del Estado en los mercados debe ajustarse a límites constitucionales claramente definidos.

En primer lugar, dicha intervención debe estar expresamente autorizada por la ley; no puede ejercerse de manera arbitraria ni discrecional, sino en el marco del principio de legalidad, lo cual permite su control por parte del juez constitucional en sede de revisión normativa.<sup>44</sup>

En segundo lugar, toda intervención debe respetar el núcleo esencial de la libertad de empresa, el cual comprende la igualdad de trato entre agentes económicos, el libre ingreso y salida del mercado, la libertad de organización empresarial, junto con la garantía de que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa –como las decisiones de negocios y métodos de gestión– y el derecho a obtener una utilidad razonable.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Tim WU, “Antitrust & Corruption: Overruling Noerr”, *Columbia Public Law Research*, Paper n.º 14-633, junio 18 de 2020. <https://ssrn.com/abstract=3630610>

<sup>43</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-032 de 2017.

<sup>44</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-291 de 1994 y Sentencia C-870 de 2023.

<sup>45</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-263 de 2011.

En tercer lugar, la intervención estatal debe responder a fines constitucionales legítimos como el principio de solidaridad, que justifica medidas para corregir fallas de mercado o proteger a sectores vulnerables.

La Corte ha señalado que una medida que restringe la libre competencia solo es constitucionalmente válida si es adecuada, idónea y proporcional, es decir, si los beneficios sociales superan los costos que impone al principio afectado. Esta lógica, conocida como juicio integrado de proporcionalidad, se alinea con el criterio de eficiencia Kaldor-Hicks del análisis económico del derecho, donde una intervención se justifica si genera beneficios netos para la sociedad. Un ejemplo ilustrativo es el caso de las concesiones portuarias, donde la Corte avaló una única prórroga contractual como medio razonable para garantizar la recuperación de la inversión inicial, advirtiendo<sup>46</sup> que prórrogas sucesivas podrían generar efectos anticompetitivos al perpetuar privilegios e impedir la entrada de nuevos competidores al mercado.<sup>47</sup>

En resumen, la Corte Constitucional ha construido un marco de control normativo que busca garantizar que la intervención del Estado en la economía no desborde los principios constitucionales que estructuran un modelo de economía social de mercado. Así, mediante el control de constitucionalidad, se defiende un entorno institucional que favorezca libre competencia como mecanismo para alcanzar eficiencia económica, equidad y bienestar social. En consecuencia, estudiar el derecho desde esta óptica permite evaluar no solo su coherencia interna o su legitimidad formal, sino también su capacidad para inducir comportamientos deseables, minimizar costos de transacción y corregir fallas de mercado o de coordinación.

## Conclusiones

Los casos analizados permiten comprender cómo un diseño institucional deficiente, propio de un Leviatán de papel, facilita la captura del Estado, la búsqueda de rentas y la erosión de la confianza en las normas. En contextos como el colombiano, donde la debilidad institucional convierte al derecho en una herramienta vulnerable a la manipulación, la libre competencia económica emerge no solo como un principio de eficiencia en la asignación

<sup>46</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-263 de 2011; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-068 de 2009.

<sup>47</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-068 de 2009.

de recursos, sino también como una institución inclusiva capaz de limitar el poder económico y político, y de garantizar condiciones equitativas de acceso al mercado.

El análisis económico del derecho concibe la ley como un sistema de incentivos que influye en las decisiones de individuos e instituciones. Basado en la teoría de la elección racional e integrado con la economía del comportamiento –que incorpora sesgos cognitivos, limitaciones de racionalidad y percepciones de justicia–, este enfoque permite estudiar el impacto de las normas mediante herramientas analíticas y empíricas. Al incorporar conceptos como costos de transacción, asimetrías de información, problemas de agencia y fallos de competencia, brinda una mirada interdisciplinaria que permite estudiar las instituciones jurídicas desde un punto de vista normativo.

El análisis económico del derecho permite el estudio del derecho a través del método científico, al estudiar cómo las normas influyen en el comportamiento a través de incentivos. Basado en la teoría de la elección racional y enriquecido por la economía del comportamiento, este enfoque no solo ofrece modelos explicativos, sino que exige someter sus hipótesis a verificación mediante observación, medición y análisis de datos. La posibilidad de testear, replicar y refinar hipótesis convierte al derecho en un objeto de estudio sistemático, permitiendo evaluar con mayor precisión la efectividad de las normas, identificar fallas institucionales y diseñar políticas públicas más eficientes y legítimas. En este sentido, superar una visión puramente dogmática del derecho requiere adoptar herramientas metodológicas que sirvan para observar en qué medida las normas jurídicas cumplen con su finalidad última: moldear el comportamiento humano.

En el contexto colombiano, la Corte Constitucional ha ejercido el rol de *custos custodium* –el guardián de los guardianes– al establecer límites precisos a la intervención estatal y salvaguardar los principios estructurales del orden económico constitucional. Frente a un Estado vulnerable a la captura por intereses particulares, la Corte ha operado como un contrapeso institucional, y, a través de su jurisprudencia, ha impulsado la transformación de la libre competencia en una institución inclusiva orientada a generar oportunidades en condiciones de igualdad y ampliar el acceso a los beneficios del mercado.

Por último, es necesario seguir reflexionando sobre el diseño institucional desde una perspectiva orientada a consolidar instituciones inclusivas, capaces de otorgar al orden jurídico una legitimidad no solo formal, sino también material.

## Bibliografía

- ACEMOĞLU, Daron, Simon JOHNSON y James A. ROBINSON. “Institutions as a Fundamental Cause of Long-Run Growth”. En *Handbook of Economic Growth*, editado por Philippe Aghion y Steven N. Durlauf, 385-472. Amsterdam: Elsevier, 2005.
- ACEMOĞLU, Daron y James A. ROBINSON. “Paths to Inclusive Political Institutions.” En *Economic History of Warfare and State Formation*, editado por Jari Eloranta, Eric Olson, Andrei Markevich y Nikolaus Wolf, 3-50. Cham: Springer, 2016.
- AKERLOF, George A. y Robert J. SHILLER. *Animal Spirits: How human psychology drives the economy, and why it matters for Global Capitalism*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010.
- ARCILA SALAZAR, Carlos Andrés. “Conflicto de intereses en el contexto societario: Regulación colombiana y derecho comparado.” *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 19, n.º 2 (2017): 215-242.
- BARRERO BERARDINELLI, Juan Carlos. *Control constitucional y democracia en Colombia: Una mirada a la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2018.
- COASE, Ronald H. “The Nature of the Firm (1937)”. *Economica*, 4 (1993): 396-405.
- COASE, Ronald H. “The Problem of Social Cost”. *The Journal of Law and Economics*, 56, n.º 4 (2013): 837-877. <https://doi.org/10.1086/674872>
- COELHO, Clarisse y Nuno GAROUPA. “Do divorce Law Reforms matter for Divorce Rates? Evidence from Portugal”. *Journal of Empirical Legal Studies*, 3, n.º 3 (2006): 489-514. <https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2006.00078.x>
- COOTER, Robert D. y Michael D. GILBERT. *Public Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press, 2022.
- DALLA PELLEGRINA, Lucia, Nuno GAROUPA y Marian GILI. “Estimating Judicial Ideal Points in Bi-Dimensional Courts: Evidence from Catalonia”. *Journal of Empirical Legal Studies*, 17, n.º 2 (2020): 423-47. <https://doi.org/10.1111/jels.12251>

- DAMMANN, Jens y Matthias SCHÜNDELN. “Where are limited Liability Companies formed? An empirical analysis.” *The Journal of Law & Economics*, 55, n.º 4 (noviembre de 2012): 741-791. <https://doi.org/10.1086/667701>
- DELVASTO, Carlos Andrés. “Asimetrías de información, fallas del mercado crediticio y correctivos institucionales. El papel del Estado en la cobertura del mercado crediticio”. *Criterio Jurídico*, n.º 6 (2006): 215-242.
- DELVASTO, Carlos y Rubén ACEVEDO. “Why do people think Price Fixing is unfair? An empirical legal study on Public Attitudes in the USA”. *Journal of Antitrust Enforcement*, 13, n.º 1 (marzo de 2025): 134-163. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnae033>
- FENNELL, Lee Anne. *The Unbounded Home: Property Values beyond Property Lines*. New Haven: Yale University Press, 2009.
- FRIEDMAN, Lawrence M. “The Law and Society Movement”. *Stanford Law Review*, 38 (1986): 763-780.
- GARAY SALAMANCA, Luis Jorge (Dir.) *La captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá: Grupo Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia, 2008.
- GAROUPA, Nuno y Thomas S. ULEN. “The market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States”. *Alabama Law Review*, 59 (2007): 1555-1633.
- GEORGE, Tracey E. “An empirical Sstudy of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools”. *Indiana Law Journal*, 81 (2006): 141-161.
- GINSBURG, Tom y Mila VERSTEEG. “How to measure the Constitutional State”. *UCLA Law Review*, 62 (2014): 1367-1406.
- GINSBURG, Tom y Mila VERSTEEG. “Why do countries adopt Constitutional Review?”. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 30, n.º 3 (2014): 587-622. <https://doi.org/10.1093/jleo/ewt008>
- HEALD, Paul J. “How Copyright keeps works disappeared.” *Journal of Empirical Legal Studies*, 11, n.º 4 (2014): 829-66. <https://doi.org/10.1111/jels.12057>
- HICKS, J. R. “The Foundations of Welfare Economics”. *The Economic Journal*, 49, n.º 196 (1939): 696-712. <https://www.jstor.org/stable/2225025>
- HOLMES, Oliver Wendell, Jr. “The Path of the Law”. *Harvard Law Review*, 10 (1897): 457-478.
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Estudios de Derecho Constitucional Colombiano, 10 años de la Constitución Política*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Cali, 2001.

- JOHNSON, Noel D. y Mark KOYAMA. “States and Economic Growth: Capacity and Constraints”. *Explorations in Economic History*, 64 (abril de 2017): 1-20. <https://doi.org/10.1016/j.eeh.2016.11.002>
- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Farraa, Straus and Giroux, 2011.
- KAHNEMAN, Daniel, y Amos TVERSKY. “Prospect theory: An analysis of decision under risk”. En *Handbook of the fundamentals of financial decision making: Part I*, 99-127 Singapur: World Scientific, 2013.
- KRUEGER, Anne O. *Fallas del gobierno en el desarrollo*. Traducción de Carlos Andrés Delvasto. *Criterio Jurídico*, 12, n.º 1 (2012): 9-27.
- LAW AND SOCIETY ASSOCIATION. “Law and Society Association” (s, f.) <https://www.lawandsociety.org>
- LAWLESS, Robert M., Jennifer K. ROBBENNOLT y Thomas S. ULEN. *Empirical Methods in Law*. 2a ed. Austin: Wolters Kluwer, 2016.
- MONROY, Daniel Alejandro. “Sobre la importancia del institucionalismo económico en la formación y en el ejercicio del derecho en Latinoamérica: A propósito del Premio Nobel de Economía 2024.” *Con-Texto: Revista de Derecho y Economía*, n.º 63 (2025).
- MOTA PRADO, Mariana y Renata de ASSIS MACHADO. “Corruption and institutional responses: The brazilian case of ‘Operation Car Wash’”, *Annual Review of Law and Social Science* 17 (2021): 303-320.
- JOHNSON, Noel D. y Mark KOYAMA, “States and Economic Growth: Capacity and Constraints”, *Explorations in Economic History*, n.º 64 (abril de 2017): 1-20, <https://doi.org/10.1016/j.eeh.2016.11.002>.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- NORTH, Douglass C. “Economic Performance Through Time.” *American Economic Review*, 84, n.º 3 (1994): 359-368.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo. *La economía en el derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis, 1975.
- ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES. “The Prize in Economic Sciences 2024”. <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2024/press-release/>.
- SUNSTEIN, Cass R., Christine JOLLS y Richard H. THALER. “A behavioral approach to Law and Economics”. *Stanford Law Review*, 50 (1998): 1471-1550.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro) contra Mónica Colombia SAS, Tilava SAS., Monicol SAS y Agrocaxias SAS, Rad. 2012-801-070 de 2013.

TVERSKY, Amos y Daniel KAHNEMAN. “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, 185, n.º 4157 (1974): 1124-1131.

TVERSKY, Amos y Daniel KAHNEMAN. “The framing of decisions and the psychology of choice”. *Science* 211, n.º 4481 (1981): 453-458.

ULEN, Thomas S. “Rational Choice Theory in Law and Economics”. *Encyclopedia of Law and Economics*, 1 (1999): 790-818.

ULEN, Thomas S. “The importance of Behavioral Law and Economics”. En *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, editado por Eyal Zamir y Doron Teichman, 170-192. Oxford: Oxford University Press, 2014.

WATSON, Alan. “Comparative Law and Legal Change”. *The Cambridge Law Journal*, 37, n.º 2 (1978): 313-336.

WU, Tim. “Antitrust & Corruption: Overruling Noerr”. *Columbia Public Law Research*, Paper n.º (junio 18 de 2020): 14-633. <https://ssrn.com/abstract=3630610>

## Legislación y jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-032 de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-068 de 2009.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-263 de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-870 de 2023.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-291 de 1994.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP225-2014, Rad. 37462 de 16 de julio de 2014.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución 82510 de 2020.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución 72072 de 2021.

República de Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5216 de 16 de febrero 2017, “Por la cual se decreta medida cautelar”.