



Technocrats and their Monopoly on Free Competition

Los tecnócratas y su monopolio sobre la libre competencia

IGNACIO PERALTA FIERRO*

Resumen

En este artículo busco tres cosas. Primero, afirmar el carácter político de la aplicación de la normativa de libre competencia. Segundo, y como contrapartida de lo anterior, impugnar la tesis que afirma que el *antitrust* es una disciplina netamente técnica donde no hay cabida para consideraciones sustantivas. Tercero, llamar la atención sobre los riesgos de aceptar la postura de que es si quiera posible un *antitrust* que sea netamente técnico.

Palabras clave: *antitrust; finalidad; tecnocracia; democracia.*

Abstract

In this article I will be looking for three things. First, to affirm the political nature of the application of the rules of free competition. Second, and counter to the aforementioned, to challenge the thesis that *antitrust* is a purely technical discipline, where there is no room for substantive considerations. Third, to draw attention to the risks of accepting the position that a purely technical *antitrust* regulation is even possible.

Keywords: *antitrust; purpose; technocracy; democracy.*

I. LA PREGUNTA POR EL OBJETIVO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y SU IMPORTANCIA

Quiero partir clarificando qué intento y que no intento demostrar. Primero, intento demostrar que hay diversos objetivos que puede perseguir la institucionalidad de libre competencia, y que elegir uno de estos es indispensable y consiste de una decisión política. Respecto de lo que no busco hacer, en este artículo no busco argumentar a favor de una determinada concepción de la libre competencia, sino que mostrar las opciones disponibles.

* Universidad de Chile, Santiago, Chile (iperaltaf@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2873-3145>. Artículo recibido el 2 de junio de 2022, y aceptado para publicación el 1 de agosto de 2022.

Cómo citar este artículo:

PERALTA FIERRO, Ignacio (2022). "Technocrats and their Monopoly on Free Competition", *Latin American Legal Studies*, Vol. 10 N° 2, pp. 416-469.

Como dice Stucke, la batalla por la libre competencia comienza por sus objetivos.¹ Esto, por dos razones. Primero, por la forma en que se aplican la regla per y la regla de la razón. Esta distinción, a la que recurrentemente se alude en el derecho de libre competencia, se relaciona con qué se tiene que probar para sancionar una determinada conducta. La regla per se aplica frente a conductas generalmente anticompetitivas y que se sancionan tan solo por su ocurrencia. Por contraste, la regla de la razón aplica frente a conductas que podrían tanto tener efectos pro-competitivos como anticompetitivos. Así, para sancionar conductas que caen bajo la regla de la razón, no solo se debe afirmar que concurre una determinada conducta mencionada en un catálogo de prohibiciones, sino además debe demostrarse que su ejecución en el balance es más anticompetitiva que competitiva.

Dicho lo anterior, actualmente se afirma que la aplicación de la regla per se es sumamente restringida,² lo que implica que la regla de la razón aplica la mayor parte de las veces. Esto trae problemas: si asumimos que la mayoría de las conductas son evaluadas bajo la regla de la razón, entonces qué significa que algo sea competitivo o anticompetitivo es una pregunta insoslayable.³ A este respecto, como dice Black, la regla de la razón es análoga al consecuencialismo del acto, pues aquí la legalidad de una conducta depende de sus consecuencias inmediatas o presumibles.⁴ Pero el consecuencialismo del acto es altamente indeterminado, por lo que una pregunta clave es cuál es la consecuencia relevante, es decir, qué es aquello que se considera anticompetitivo.

Una segunda razón por la cual la determinación del objetivo de la libre competencia es importante es el lenguaje indeterminado que suelen tener las normas de *antitrust*. Así, el mandato amplio y el lenguaje vago de las normas de *antitrust* implica que su aplicación depende de una visión normativa subyacente.⁵

Con todo, gran parte de nuestra doctrina no discute sobre cuál es la finalidad de la disciplina, lo que ha llevado a que en nuestro ámbito haya una suerte de silencio ensordecedor. Incluso, hay quienes afirman que el *antitrust* es una disciplina

¹ STUCKE, (2012), p. 558.

² GRUNBERG (2020), p. 7. Ver también GRUNBERG (2017), p. 18 y FIRST & WEBER (2013), p. 2568. Creo que esta tesis no se sigue del tenor literal (PERALTA (2022)), pero por lo que expondré más abajo, el antiformalismo imperante hace que esta tesis sea irrelevante.

³ Esto ha llevado a autores como Blair y Sokol a discutir arduamente respecto de cuál es el objetivo de la libre competencia, pues solo respondiendo esa pregunta se vuelve aplicable la regla de la razón. BLAIR & SOKOL (2012).

⁴ BLACK (2005), p. 72.

⁵ KHAN (2020), p. 1676.

netamente técnica, y que no tiene nada que ver con la política. En contra de esto, en este artículo defenderé que el *antitrust* también es político.

A este respecto, es importante que tras la reforma impuesta por la ley 19.911, nuestra ley tiene como objetivo expreso la defensa de la libre competencia. A primera vista, este concepto parecería suficientemente claro como para lidiar con los problemas vistos más arriba.

Así, hay autores que, como Valdés, creen que hay una respuesta unívoca respecto de lo que es la libre competencia, respuesta que se obtiene a partir de consideraciones puramente semánticas, esto es, definicionales. Así, Valdés busca encontrar “una definición real esencial de la libre competencia”,⁶ es decir una definición que “apunta a aquello por lo que una cosa es lo que es”.⁷ El problema es que la libre competencia se resiste a ser definida de esta forma, pues como veremos más abajo, hay varias funciones que se le puede asignar al sistema: la historia misma refuta la pretensión de tener una definición unívoca de la libre competencia. Mas bien, hay diversas concepciones respecto de lo que implica proteger la libre competencia, y la elección de una de ellas no es algo que esté guiado por consideraciones semánticas o definicionales, sino que por consideraciones sustantivas (esto es, políticas).

Para entender lo anterior podemos echar mano a la distinción de Rawls entre el concepto de justicia y sus diversas concepciones. Al discutir sobre la justicia, Rawls supone que todos compartimos un concepto de ella, pero que discrepamos en nuestras concepciones sobre ella pues interpretamos este concepto de acuerdo a diferentes principios.⁸ Lo mismo ocurre en esto contexto. Así, hay un concepto de libre competencia, que agrupa varias concepciones, y entre estas diversas concepciones hay diferencias que se deben a la elaboración política de este concepto.

En esta línea, el concepto general de libre competencia afirma que la provisión de los bienes económicos ha de ser regida por el mercado, siendo la intervención del Estado una que ocurre en momentos discretos y que se justifica en el bien común. Como dice Baker, aquí estamos en un punto medio entre la regulación directa y el *laissez faire*.⁹

⁶ VALDÉS (2013), p. 125

⁷ VALDÉS (2013), p. 125. De esto, Valdés concluye que “la libre competencia en cuanto bien jurídico protegido busca armonizar la multitud de estas libertades de competencia mercantil existentes en una sociedad civil por la vía de limitarlas para hacerlas operativas y así ordenarlas al bien común político”. VALDÉS (2013), p. 153.

⁸ RAWLS (2006), p. 19.

⁹ BAKER (2013), p. 2183.

Pero si bien el concepto de libre competencia delimita algo la discusión, no determina suficientemente el campo de acción de los operadores jurídicos. Esto, pues el concepto de libre competencia es demasiado vago en sí mismo como para zanjar un problema jurídico. Como dice Limbaugh la interpretación de las normas de *antitrust* es como la interpretación de las provisiones constitucionales, pues estas normas fueron diseñadas como una plataforma cuyo objeto era ser completadas en el proceso de su uso y aplicación.¹⁰ Y tal como en el caso de los derechos fundamentales, su aplicación implica una visión política sobre su significado.¹¹ Para zanjar los problemas interpretativos aducidos más arriba necesitamos una concepción específica del concepto. Pero esta concepción necesariamente será política, pues tiene que ver con el contenido que demos al bien común en virtud del cual se justifica la intervención en el mercado. Esta importancia política era ya percibida por Robert Bork, quien afirmaba que el *antitrust* no era solo un conjunto de normas aplicables a un sector de la economía, sino que “una expresión de una filosofía social, una fuerza educativa, y un símbolo político de gran potencia”.¹²

A este respecto, que hay diversas concepciones es algo que es reconocido por la práctica comparada (como veremos más abajo) y también por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), el cual a veces afirma que la protección de la libre competencia implica defender: la eficiencia asignativa¹³, la eficiencia dinámica¹⁴, la oportunidad de competir,¹⁵ el proceso competitivo,¹⁶ o el bienestar del consumidor.¹⁷

Dicho lo anterior, en este artículo busco enunciar los argumentos sustantivos que hay a favor de cada una de las concepciones disponibles, al mismo tiempo que busco demostrar que a la hora de elegir una de estas se procede en términos políticos, cosa que ha sido oscurecida por una práctica argumentativa tecnocrática.

Con todo, quiero hacer una última advertencia. No busco afirmar que en esta discusión existen objetivos políticos contrapuestos a objetivos económicos,

¹⁰ LIMBAUGH (1953), p. 227.

¹¹ Atria explica este punto aplicando la distinción entre concepto y concepciones a los derechos fundamentales en: ATRIA (2005), p. 330-332.

¹² BORK (1965), p. 364.

¹³ Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (STDLC) N°132-2013 C°9. STDLC N°92-2009 C°9. STDLC N°88-2009 C°79, STDLC N°77-2008 C°10.

¹⁴ STDLC N°166 2018 C°133.

¹⁵ STDLC N°105-2010 C°19

¹⁶ STDLC N°165-2018 C°150, STDLC N°102-2010 C° 65, STDLC N°87-2009 C°15, Resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (RTDLC) N°20-2007 Consideración 5.

¹⁷ RTDLC N°37-2011 Consideración 297. RTDLC N°43-2012 Consideración 13.5.

(como Pifotsky¹⁸), y luego defender estos últimos frente a los objetivos económicos. Lo anterior, pues las decisiones económicas también son decisiones políticas,¹⁹ al mismo tiempo que muchas decisiones políticas tienen efectos económicos. Por eso, la distinción entre objetivos políticos y objetivos económicos no se sostiene.

II. LA HISTORIA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En cuanto a la historia de la disciplina y los distintos objetivos que ha perseguido, en nuestro contexto Mario Ybar hace una clara síntesis. A este respecto, Ybar sitúa sus orígenes en el derecho estadounidense, específicamente en el *Sherman Act*. Según Ybar, en esta normativa había una trasposición de los ideales democráticos *jeffersonianos* a la realidad económica, lo que propiciaba la necesidad de erigir una sociedad de productores iguales e independientes entre sí como una manera de evitar desigual distribución de la riqueza y la inherente corrupción del poder político que se sigue de la concentración económica. Por esto, en sus orígenes esta regulación buscaba proteger la libertad política y económica de la concentración económica, cosa que hacía mediante la promoción de mercados más atomizados.²⁰ Así, los legisladores que consagraron el *Sherman Act* tenían el objetivo político expreso de prevenir la autocracia económica.²¹

Contemporáneamente esta visión ha sido defendida por Tim Wu, quien busca demostrar cómo las leyes de *antitrust* pueden ser recuperadas y actualizadas para enfrentar los desafíos democráticos consistentes en que la industria tiene mayor influencia sobre el gobierno que los mismos ciudadanos.²² Así, la tesis de Wu es que controlar el poder privado es indispensable para una democracia funcional.²³

Respecto de esta postura, el lector más escéptico quizás podría creer que esto no es más que la racionalización *ex post* de sentimientos populistas presentes al momento de crear la normativa de *antitrust* (sentimientos populistas que no son más que expresión de resentimiento hacia las grandes empresas²⁴). Por lo anterior, creo

¹⁸ PIFOTSKY (1979).

¹⁹ Aceptar esta distinción implica ceder ante la narrativa tecnocrática de que hay áreas de *public policy* totalmente desligadas de decisiones políticas.

²⁰ YBAR (2009), p. 1.

²¹ KHAN (2020), p. 1659. Por esto, al defender la ley que lleva su nombre, John Sherman abogó por esta afirmando que “si no vamos a aceptar un Rey como soberano, no iremos a aceptar tampoco un Rey sobre la producción, el transporte y la venta de las necesidades sociales. Si no nos sometemos a un emperador, tampoco deberíamos someternos a un autócrata del comercio”.

²² WU (2018a), p. 10.

²³ WU (2018a), p. 12.

²⁴ Así, González denomina esta visión como la postura de “Small is beautiful”, y cree que esta es una visión populista pues este resquemor ante el tamaño de las empresas y la concentración económica “tiene como correlato una preferencia por las pequeñas empresas, las cuales gozarían de un derecho

que vale la pena referirme a preocupaciones similares que tenía un autor a quien casi todos estarían dispuestos a tomarse en serio: John Rawls. A este respecto, me quiero concentrar en sus razones para defender la democracia de propietarios, un régimen en que las instituciones de fondo buscan dispersar la riqueza y la propiedad sobre el capital para evitar que un pequeño grupo de la sociedad controle la economía, e indirectamente, la vida política.²⁵ Esto, pues Rawls creía que las desigualdades económicas y sociales actualmente imperantes son tan grandes que aquellos con mayor riqueza controlan la vida política y desarrollan legislación y políticas sociales que avanzan sus intereses.²⁶ Así, con la democracia de propietarios Rawls buscaba resguardar el justo valor de la igualdad política y responder a la objeción de que la igual libertad política en un estado democrático es solamente formal.²⁷

A este respecto, Rawls no menciona la normativa de libre competencia. Antes bien, su foco está en evitar que un pequeño grupo social tenga el monopolio de los medios de producción,²⁸ no en evitar que una empresa tenga el monopolio de un cierto mercado (en términos conceptuales, podría haber un monopolio cuya propiedad fuera de todos los ciudadanos). Con todo, si el objetivo de Rawls es alcanzar el justo valor de la libertad política, también debería empujar la desconcentración económica, pues una empresa, por muy dispersa que esté su propiedad, igualmente puede tener poder político indebido.²⁹ Como dice Pifotsky, una excesiva concentración del poder económico lleva a presiones políticas antidemocráticas.³⁰ Hacerse cargo de lo anterior sería consistente con el intento de Rawls de lograr que la política sea independiente del poder económico para así mejorar las condiciones de una democracia deliberativa.³¹

a permanecer en el mercado, independiente de su potencial competitivo". GONZÁLEZ (2020), pp. 3-4. Esta visión reduccionista es llamativa, pues este mismo autor admite que el tema clave es el poder, y que "[e]l exceso de poder económico derivado de poseer grandes corporaciones otorga un poder político equivalente, lo cual es lesivo para la democracia". GONZÁLEZ (2020), p. 5.

²⁵ RAWLS (2001), p. 139.

²⁶ RAWLS (2001), p. 148.

²⁷ RAWLS (2001), p. 139.

²⁸ AGUAYO (2022), p. 106.

²⁹ A modo de analogía, en una democracia moderna todos tenemos el mismo poder de voto para elegir a nuestros representantes, pero eso no quita que nuestros representantes puedan tener poder político excesivo y tomar decisiones equivocadas. Podría ser que quien maneja una empresa, por muy dispersada que esté su propiedad, tenga demasiado poder si es que es el único actor en el mercado.

³⁰ PIFOTSKY (1979), p. 1051.

³¹ RAWLS (2001), p. 150. Esto podría ser ineficiente en casos extremos, como cuando uno está frente a monopolios naturales, y aquí se podrían justificar otras soluciones. En todo caso, hay buenas razones para pensar que la concentración es de hecho ineficiente (ACCORSI, 2021). Además, que se

Pero la consagración inicial de las leyes de competencia no buscaba tan solo esto. Sino que también buscaba fortalecer el proceso competitivo, y que todos tuvieran una justa oportunidad de competir en los mercados. En esta línea, hay quienes creen que lo protegido debería ser el proceso competitivo, pero porque así se promoverían una serie de valores que no se limitan a maximizar el bienestar del consumidor o la eficiencia. Como dice Khan, la competencia se refiere a un proceso, y la eficiencia, por contraste, se refiere a un resultado económico y no dice nada acerca de cómo esta es lograda.³² El supuesto de este modelo es que una estructura competitiva es importante para resguardar el correcto desarrollo de la economía. Como dice Odudu un ambiente incierto provee el ímpetu para entablar comportamiento competitivo (*competitive struggle*)³³. Lo anterior, pues el desempeño de un mercado es función de sus constreñimientos institucionales, ya que las reglas definen las oportunidades que hay en una economía y cambiarlas lleva a un cambio en los resultados.³⁴ Y lo anterior no se debe a que se tenga la ilusión de que se puede predecir a la perfección los resultados de mercado. Mas bien, tiene que ver con regular las condiciones de fondo del mercado. Como dicen Zäch y Künzler,

si la competencia es un proceso de descubrimiento, entonces, por definición, los resultados de este descubrimiento no son predecibles (...) La lección que se sigue de esto es que el derecho de libre competencia no debería estar diseñado para evaluar resultados de mercado futuros, cosa que no se puede hacer de manera confiable, sino que se debe proteger las precondiciones de la competencia.³⁵

avance en la desconcentración de los mercados no implica avanzar en una desconcentración total donde se protegen competidores ineficientes, sino que supone avanzar hacia una desconcentración donde el poder político de las empresas disminuya considerablemente. Además, como dice Rawls, la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, por lo que los derechos asegurados por esta no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. RAWLS (2006), p. 17). Es por esto que sería irrelevante que se descubriera que un sistema esclavista es más eficiente. De manera análoga (y guardando las proporciones), si se creyera que dispersar la propiedad es la única forma de lograr una democracia plena, las consideraciones de eficiencia pasarían a segundo plano. Además, como dice Stucke una vez que las necesidades básicas de una persona están cubiertas, mayor riqueza no tiene un gran impacto en su bienestar STUCKE (2012), p. 600.

³² KHAN (2019), p. 968.

³³ ODUDU (2006), p. 83.

³⁴ STUCKE (2012), p. 598. Además, abogar por la protección del proceso competitivo tiene un gran impacto en la manera en que se aplican las normas. Esto, pues si lo que se protege es un proceso, esto hace a la normativa de antitrust cercana a “las reglas del juego, y hace a los operadores y jueces árbitros que sancionan fouls”. WU (2018b). p. 2. Por otro lado, es importante notar que, si bien bajo esta visión el proceso competitivo se defiende como un fin en sí mismo, también hay razones instrumentales para defender esto. En esta línea, hay varios autores que buscan mejorar el proceso competitivo para mejorar la eficiencia dinámica, esto es, la innovación. Ver: YBAR (2009), p. 5 y ss., WU (2012), y ACCORSI (2021)

³⁵ ZÄCH y KÜNZLER (2009), p. 279.

Por otro lado, y estrechamente ligada a la protección del proceso competitivo está la protección de la libertad económica. Como dicen Felice y Vatierno, “no basta con proteger al individuo del poder del gobierno, pues el gobierno no era la única amenaza de la libertad individual. Instituciones económicas poderosas (i.e., carteles) también pueden limitar o destruir libertades, especialmente la libertad económica”.³⁶ A este respecto, un aspecto basal de la visión ordoliberal es que un mercado excesivamente concentrado permite que actores privados restrinjan la libertad económica de actores más débiles, lo que implicaría que estos no puedan participar del mercado en términos libres e iguales, mientras que los actores poderosos pueden actuar despóticamente.³⁷ Así, los ordoliberales entendían la libertad económica como libertad de elección para los consumidores y productores, junto con la libertad para competir.³⁸ Y se buscaba proteger esta libertad, pues una ciudadana no puede tener pleno goce de sus derechos si su autonomía es limitada en la esfera económica por el ejercicio de poder arbitrario de otros ciudadanos.³⁹ A este respecto, para un ordoliberal un mercado funciona bien cuando lleva a la exclusión solo de los participantes más ineficientes, pues todos tienen una justa oportunidad:⁴⁰ así, se garantiza igualdad de oportunidad, mas no de resultado.⁴¹ A esta visión subyace entendimiento deontológico de la competencia como un procedimiento, siendo lo importante resguardar este procedimiento.⁴² Así, detrás de esta visión está la idea de que solo con la preservación una estructura de mercado caracterizada por la presencia de suficientes competidores puede ser posible que funcione la competencia como un sistema de pesos y contrapesos donde los actores constriñen su poder de mercado recíprocamente.⁴³

Tras este rodeo podemos volver a la historia del *antitrust*. Tras la consagración del *Sherman Act*, rugió una guerra de filosofías sobre cómo aplicar su normativa.⁴⁴ Así, desde el principio hubo diversas posturas, como aquellas que buscaban proteger la democracia de la autocracia económica, aquellas que buscaban

³⁶ FELICE & VATIERO (2014), p. 151.

³⁷ DEUTSCHER & MAKRIKIS (2016), p. 186.

³⁸ DEUTSCHER & MAKRIKIS (2016), p. 189.

³⁹ DEUTSCHER & MAKRIKIS (2016), p. 189.

⁴⁰ DEUTSCHER & MAKRIKIS (2016), p. 190.

⁴¹ Por esto criticar a esta postura afirmando que ella busca proteger competidores ineficientes no es un caso de la falacia del hombre de paja. Ver supra, nota 30.

⁴² DEUTSCHER & MAKRIKIS (2016), p. 191. Aquí lo deontológico implica que se protege el proceso competitivo como un fin en sí mismo, no por las consecuencias que este tiene (esto sería una aproximación consecuencialista).

⁴³ DEUTSCHER & MAKRIKIS (2016), p. 194.

⁴⁴ FOX (2013), p. 2157.

proteger el proceso competitivo, y aquellas que buscaban proteger la libertad económica. Con todo, a medida que avanzaba esta batalla ideológica la institucionalidad de *antitrust* se alejó de sus objetivos iniciales pues durante el transcurso del siglo XX (sobre todo desde 1970 en adelante) se constató que una excesiva atomización del mercado podía ser ineficiente, lo que a su vez podría llevar a que los intereses de los consumidores y los competidores no fueran de la mano.⁴⁵

Así, tras un largo tránsito doctrinario eventualmente se llegó a lo que Lina Khan ha denominado “el paradigma del bienestar del consumidor”,⁴⁶ el que surgió inicialmente al alero de la Escuela de Chicago. Este cambio tuvo importantes consecuencias, pues como resultado de él la aplicación de la normativa de *antitrust* se volvió considerablemente más tecnocrática (se delegó la aplicación de la normativa a especialistas de política industrial), y se dejaron de lado sus consideraciones democráticas.⁴⁷

Dentro de la escuela que privilegia el bienestar del consumidor hay una serie de subdivisiones. Primero están quienes inauguraron esta tendencia, los autores de la Escuela de Chicago. Esta escuela tiene profunda influencia en este debate, influencia que partió con un grupo de economistas y abogados que incluía a Aaron Director, Milton Friedman y George Stigler.⁴⁸ A este respecto, esta escuela propugnó tanto cambios descriptivos como normativos en la libre competencia. Por un lado, en lo descriptivo, la teoría implicó aceptar un nuevo conjunto de presupuestos acerca de cómo se comportan las empresas. Por otro lado, desde una perspectiva normativa, se reemplazó una teoría republicana de *antitrust* que se preocupaba de limitar el poder de las empresas, por una teoría neoliberal que afirmaba que el objetivo del *antitrust* era la eficiencia económica antes que controlar y dispersar el poder privado.⁴⁹ Así, según la Escuela de Chicago, las autoridades deberían limitarse a sancionar y reprimir aquellas conductas y transacciones que resulten en una reducción de la cantidad de bienes y servicios producidos, aumentando los precios finales de los mismos.⁵⁰ Por esto, no habiendo evidencia concreta de que una determinada conducta acarrearba ineficiencia económica, era mejor dejar que los mercados operaran por sí mismos,⁵¹ aun si podían haber otro tipo de consideraciones que fueran más allá de la eficiencia económica.

⁴⁵ YBAR (2009), p. 2.

⁴⁶ KHAN (2019), p. 968.

⁴⁷ CRANE (2007), p. 2

⁴⁸ KHAN (2020), p. 1661.

⁴⁹ KHAN (2020), p. 1665.

⁵⁰ YBAR (2009), p. 4.

⁵¹ YBAR (2009), p. 4.

Esta postura, en la línea de lo recién dicho, tiene dos cimientos: (1) recelo respecto de cuan eficaz es la intromisión del Estado en la economía; y (2) confianza en los mercados como mecanismo asignador de recursos.⁵² Así, la Escuela de Chicago defendió que la metodología económica era la única legítima y “promovió una falsa equivalencia entre las ciencias económicas y un estado de *laissez faire*”.⁵³

El auge del *antitrust* bienestarista es crucial, pues si bien se desafiaron parte de las afirmaciones descriptivas de la Escuela de Chicago, en gran medida se aceptaron sus compromisos normativos con la defensa de la eficiencia económica como fin último de la libre competencia,⁵⁴ y su exclusión de preocupaciones republicanas. Por lo anterior, durante un largo tiempo se pudo afirmar que “la mayor parte de los problemas de *antitrust* son sobre los medios para lograr este fin, no sobre el fin que se ha de perseguir”.⁵⁵

Este giro es particularmente importante para nosotros pues esta fue la doctrina estadounidense que fue importada a nuestro contexto mediante reformas que fueron impuestas durante la dictadura cívico militar. Como relata Patricio Bernedo, la actual legislación es una cuyos contenidos “habían sido previamente delineados por los Chicago Boys, en El Ladrillo”.⁵⁶ Lo anterior explica que en nuestra legislación sea poco discutida la función republicana o democrática del *antitrust*, pues la base ideológica de nuestra actual institucionalidad es una que se basa en negar esta dimensión. Así, nuestra doctrina ha aceptado sin mayor discusión muchos presupuestos de la doctrina dominante en EE.UU. Y el problema, como bien dice Montt, es que

hay riesgos importantes en ser copiones de los norteamericanos. El principal riesgo es importar desapercibidamente elementos políticos y

⁵² YBAR (2009), p. 4. Ver también Katz (2020), p. 435. Lo anterior llevó a que los miembros de esta escuela argumentaran que las reglas tajantes debían ser suavizadas o invertidas. KHAN (2020), p. 1667

⁵³ ORBACH, (2019), p. 1457.

⁵⁴ KHAN (2020), p. 1670. Con todo, como Ybar nota, no hay claridad dentro de esta visión respecto de los beneficiarios de la eficiencia que se debe promover. Algunos creen que la eficiencia debe promover el aumento del excedente del consumidor, y otros creen que las autoridades deben ser indiferentes respecto de quien (empresas o consumidores) se apropia tales excedentes. YBAR (2009), p. 4.

⁵⁵ CRANE (2007), p. 59. Así también: VAHEESAN (2019) p. 1. Con todo, como afirma Fox sarcásticamente, este no es el objetivo de *antitrust*, salvo, por supuesto, que se dejen fuera noventa años de historia. FOX (2013), p. 2159.

⁵⁶ BERNEDO (2013), p. 64. Esta legislación era crucial para la dictadura, pues “El combate a los monopolios se entendió como un aspecto central para lograr, entre otros objetivos, que al momento de aplicar una liberalización de precios, los productores no pudieran seguir haciendo uso de sus posiciones monopólicas y que, por lo tanto, efectivamente rebajaran los precios de sus productos”. BERNEDO (2013), p. 65.

filosóficos presentes en algunas de las formas dominantes de *law & economics*, como lo es la escuela de Chicago. O sea, bajo la apariencia de copiar algunas de las metodologías básicas (...) puede pasar colado el virus político e ideológico”.⁵⁷

Creo que lo anterior ha ocurrido en nuestro contexto, pues hemos adoptado acríticamente ciertos postulados de la discusión doctrinaria estadounidense aun cuando estos postulados responden a otra cultura jurídica y traen en ella ciertos presupuestos normativos que son al menos cuestionables. Así, el riesgo identificado por Montt se ha concretado en una importación injustificada de las premisas políticas de la discusión estadounidense, y esto ha llevado a una desfiguración de la discusión en Chile respecto de la libre competencia, la que excluye dogmáticamente ciertas consideraciones relevantes.

Con todo, actualmente han vuelto a tomar algo de fuerza los defensores del *antitrust* republicano. Entre estos defensores podemos encontrar a Lina Khan, quien afirma que la defensa del bienestar del consumidor como el objetivo a perseguir por parte de la normativa implica una grotesca distorsión de las leyes de *antitrust* que no solo suplanta su objetivo, sino también estampa en la ley un valor que es, en muchas maneras, tremendamente antitético al objetivo de la competencia.⁵⁸ Lo anterior según Khan, se reconduce a un “movimiento intelectual que reescribió de manera fundamental la normativa de *antitrust*- redefiniendo su propósito, su orientación, y los valores que le subyacen”.⁵⁹ Así, esta autora nos recuerda que a la normativa de *antitrust* antes subyacía una fuerte orientación profiláctica en contra de la concentración del poder económico privado en tanto que el poder monopólico sin constreñir amenazaba las libertades básicas, y precluía la verdadera democracia.⁶⁰

En su recuento histórico Ybar hace escasa referencia a tesis como las de Khan de que se debería volver a una forma de libre competencia que preserve sus valores originales.⁶¹ A esta tesis, que tan solo esboza, este responde que esto no puede ser así porque los objetivos no ligados al bienestar del consumidor solo pueden ser perseguidos en la medida que no contraríen el bienestar de los consumidores. Así, este concluye que “por legítima e, incluso, positiva, que pueda resultar la adopción de este tipo de políticas, ellas no debieran imponerse en el contexto de la

⁵⁷ MONTT (2004), p. 75.

⁵⁸ KHAN (2018), p. 968.

⁵⁹ KHAN (2018), p. 964.

⁶⁰ KHAN (2018), p. 966.

⁶¹ Con todo, Ybar escribió este texto en un contexto en que aún había un consenso fuerte respecto de cuál era la finalidad del *antitrust*.

institucionalidad de libre competencia en la medida que resulten incompatibles con el bienestar de los consumidores”.⁶²

Es importante que Ybar no presenta argumentos respecto de por qué debería existir tal orden de prelación entre bienestar del consumidor y otros objetivos. En vez de entrar directamente a esa discusión, se limita a narrar la forma en que esta transformación ocurrió. Así, menciona que:

muchas voces arguyeron que la excesiva atonicidad del mercado impedía la obtención de eficiencias provechosas para los consumidores (...) los intereses de los consumidores y de los competidores no estaban necesariamente alineados (...) en aquellos casos en que existía conflicto las distintas legislaciones debían inevitablemente optar. Mayoritariamente las distintas institucionalidades decantaron en favor de los consumidores.⁶³

El problema es que la decidida apuesta de Ybar por una visión de la libre competencia que protege el bienestar del consumidor, que es la premisa de todo su posterior análisis, no está sustentada por argumentos ni por la ley, sino que toma por sentado ciertos giros doctrinarios.⁶⁴ En la primera de las dos citas recién mencionadas Ybar toma por supuesto, es decir, no fundamenta, que el bienestar del consumidor cobra primacía frente a otro tipo de consideraciones. Por otro lado, en la segunda de las citas el autor se limita a relatar cuál fue el tránsito de la doctrina, sin decir si acaso este fue un tránsito adecuado. Lo allí dicho constituye una constatación fáctica, no un argumento.

Por el relato que hace Ybar pareciera que estaríamos frente a algo así como “el fin de la historia” de la libre competencia. Pero como bien dice Crane, es ingenuo pensar que la tecnocracia representa el momento final e idílico del *antitrust*.⁶⁵ Lo anterior, pues si se dan ciertas condiciones de controversia política un nuevo conflicto político sobre las normas de *antitrust* y su implementación sería inevitable.⁶⁶ Por lo menos en EE.UU. estas condiciones de controversia política ya están presentes, y si se sigue la tendencia que ha reinado hasta ahora en *antitrust* de que todo lo que afecta a EE.UU. eventualmente afecta a Chile, es probable que se abra un nuevo conflicto político sobre las normas de *antitrust* (en cierto sentido, este artículo es un intento por empujar esa discusión).

⁶² YBAR (2009), p. 4

⁶³ YBAR (2009), p. 2.

⁶⁴ De una forma similar podemos ver a González, quien en su defensa del bienestar del consumidor se limita a afirmar “aunque no explícitamente mencionado en las leyes, se ha convergido a que el objetivo último de la libre competencia es el bienestar del consumidor”. GONZÁLEZ (2020), p. 3.

⁶⁵ CRANE (2007), p. 68.

⁶⁶ CRANE (2007), p. 69.

El punto aquí no es argumentar a favor de una determinada comprensión de la libre competencia a partir de la intención legislativa del Congreso de EE.UU. (gran parte del problema reside en darle demasiada importancia a esta última). Lo importante es que la forma de argumentar que adoptan Ybar y otros académicos chilenos es una que se caracteriza por el hecho de que su universo de consideraciones relevantes solo contiene la eficiencia económica y el consenso al que llegaron ciertos autores en una jurisdicción foránea. A este respecto, como dice Andrés Rosler “daría la impresión de que hemos vuelto a la época del Digesto, en la que la opinión de ciertos autores era sin más derecho vigente”.⁶⁷

III. EL ANTITRUST TÉCNICO COMO ARTEFACTO IDEOLÓGICO

A pesar de que históricamente ha habido gran discusión sobre la finalidad de la libre competencia, hoy la doctrina chilena se contenta con decir el objetivo buscado es el bienestar social o eficiencia, ya sea entendida como bienestar total o como excedente de los consumidores.⁶⁸ Y esto se afirma sin referencia a la ley e ignorando los otros objetivos que podría tener la libre competencia. En EE.UU. y refiriéndose a la defensa del bienestar del consumidor, Oldham denuncia que la doctrina pareciera haber escogido del éter de las políticas públicas un principio (por muy económicamente eficiente que sea) que no tiene relación alguna con el canon aceptado de interpretación legal.⁶⁹ Algo similar parece haber ocurrido en Chile.

Así, en nuestro país se afirma que “hay áreas del derecho que sí deben centrarse únicamente en la eficiencia, como, por ejemplo, la libre competencia”,⁷⁰ y que “lo que sí está fuera de toda duda es que la política de competencia debe diseñarse e implementarse a partir del conocimiento aportado por la economía”.⁷¹ Y es que valores distintos de la eficiencia “deben buscarse mediante regulación directa, esto es, intervención administrativa, y no *contaminando* el derecho y política de competencia con consideraciones de justicia distributiva”.⁷² Por lo anterior, “si lo que se busca son fines distintos a la eficiencia (...) debe regularse directamente”.⁷³ Como dice González, “aunque no explícitamente mencionado en las leyes, se ha

⁶⁷ ROSLER (2020), p. 15.

⁶⁸ GRUNBERG & MONTT (2017), pp. 307-308.

⁶⁹ OLDHAM (2006), p. 26.

⁷⁰ MONTT (2004), p. 78.

⁷¹ GRUNBERG & MONTT (2017), p. 308.

⁷² GRUNBERG & MONTT (2017), p. 309. Énfasis agregado.

⁷³ MONTT (2010), p. 11.

convergado a que el objetivo último de la libre competencia es el bienestar del consumidor”.⁷⁴

Es curioso que, tal como Ybar, estas posturas dan por sentado que lo perseguido dice relación con alguna forma de eficiencia económica. Así, aplica a Chile lo que dice Lina Khan respecto de la doctrina estadounidense: “hay un acuerdo fuerte dentro de la comunidad de *antitrust* de que más allá de debates sobre *tests* doctrinarios específicos o estándares de prueba particulares la ley de *antitrust* está, en general, en el sendero correcto”.⁷⁵ Como diría Posner, uno de los principales miembros de la Escuela de Chicago, entre las escuelas de *antitrust* “quedan diferencias, pero son cada vez más técnicas que ideológicas”.⁷⁶

A este respecto, creo que estas posturas operan bajo un paradigma eficientista. Con esta denominación busco construir sobre lo que Lina Khan ha denominado el paradigma del bienestar del consumidor, con dos importantes salvedades. Primero, busco especificar en qué consiste un paradigma (basándome en Thomas Kuhn), y segundo, busco ampliar el contenido del paradigma actualmente hegemónico en sede de libre competencia, lo que me llevará a hablar del paradigma eficientista antes que del paradigma del bienestar del consumidor (con esto busco incluir dentro del paradigma a quienes defienden diversos tipos de eficiencia económica (sea esta asignativa, productiva o dinámica) con exclusión de cualquier otro tipo de consideración).

A este respecto, por paradigma debemos entender, siguiendo a Kuhn, ejemplos aceptados de la práctica científica corriente - que incluyen leyes, teorías, aplicaciones e instrumentos- que proveen modelos que sirven de base a proyectos particulares de investigación científica.⁷⁷ Estos modelos tienen una labor facilitadora crucial, pues gracias a ellos es posible la ciencia normal, la que busca forzar la naturaleza dentro de las cajas conceptuales que estos proveen.⁷⁸

Así, podemos describir el paradigma técnico de *antitrust* como que solo se es sensible a consideraciones económicas de eficiencia, donde lo único que importa es que las normas de libre competencia lleven a que el mercado como un todo cumpla los estándares dictados por algún tipo de eficiencia (sea esta productiva, asignativa o dinámica). Así, como dice Hovenkamp, estamos ante una forma de *antitrust* que busca reglas técnicas diseñadas para definir e implementar objetivos económicos

⁷⁴ GONZÁLEZ (2020), p. 3.

⁷⁵ KHAN (2020), p. 1665.

⁷⁶ POSNER (1979), p. 948.

⁷⁷ KUHN (1962), p. 10.

⁷⁸ KUHN (1962), p. 5.

defendibles,⁷⁹ siendo lo importante el objetivo y efectos económicos del *antitrust*.⁸⁰ De esta forma, el *antitrust* técnico se refiere a un set de reglas de *antitrust* que comienzan con una imagen de un conjunto de las mejores circunstancias sociales logrables mediante las leyes de libre competencia y luego se basa en evidencia y expertos para desarrollar una aproximación que les de efecto. Pero esto es problemático, pues, como dice Katz, bajo una visión tecnocrática del *antitrust* cuestiones de legalidad han de ser decididas exclusivamente sobre la base de un análisis económico supuestamente objetivo que no admite ninguna consideración o perspectiva fuera de aquellas de los economistas y expertos del campo.⁸¹ Es decir, se excluyen todas las consideraciones republicanas vistas más arriba, pues estas ni si quiera son tematizadas.

Antes de proseguir creo que hay que dar cuenta a dos posibles objeciones. Primero, que por regla general quienes participan del paradigma eficientista no afirman todo aquello que les estoy imputando (i.e.: no explicitan sus presupuestos), y segundo, que hay algún grado de desacuerdo entre quienes participan del paradigma respecto de la finalidad de la libre competencia.

Respecto de lo primero, siguiendo a Kuhn, hay que dar cuenta de que cuando un paradigma llega a ser hegemónico, quien opera bajo él puede tomarlo por sentado y no necesita ya, en sus grandes trabajos, intentar construir desde cero su disciplina, partir de primeros principios y justificar el uso de cada concepto utilizado.⁸² así, la tarea de la ciencia normal es resolver un puzle para cuya mera existencia se debe asumir la validez del paradigma.⁸³ Así, que quienes operan bajo este paradigma expliciten sus presupuestos no es necesario. Como dice Kuhn, los científicos pueden estar de acuerdo en la identificación de un paradigma sin estar de acuerdo en, o sin si quiera intentar una interpretación o racionalización completa de él.⁸⁴

Respecto de lo segundo, entre quienes apoyan el paradigma eficientista existe desacuerdo sobre el tipo de eficiencia económica que se debe perseguir. Pero esto no es problemático, pues entre los distintos modelos que se aplican dentro de un mismo paradigma hay lo que Wittgenstein llamó un parecido de familia, una

⁷⁹ HOVENKAMP (2018b), p. 583

⁸⁰ HOVENKAMP (2018b), p. 584.

⁸¹ KATZ (2020), p. 413

⁸² KUHN (1962), pp. 19-20.

⁸³ KUHN (1962), p. 80.

⁸⁴ KUHN (1962), p. 44.

red de semejanzas entrecruzadas que se superponen.⁸⁵ Como dice Crane al tratar este tema, “las escuelas de pensamiento tienden a ser protestantes antes que católicas, no habiendo una autoridad central que delimite la ortodoxia de la herejía”.⁸⁶

Dicho lo anterior, volvamos al antitrust técnico. Como hemos podido ver, a nivel comparado podemos encontrar a Hovenkamp defendiéndolo. En esta línea, este autor afirma que el *antitrust* demuestra

por qué el sistema constitucional americano es una república y no una democracia directa. Esto conlleva dos cosas. Primero, la Constitución impone límites en cuán lejos puede ir el público a la hora de amenazar la propiedad, los contratos y los derechos de libertad, así como también la medida en que los ciudadanos tienen derechos a una toma de decisiones racional y razonable. Segundo, el principal rol de los ciudadanos es elegir gobernantes, encargándoles que actúen sabiamente a la hora de crear y manejar reglas técnicas (...) Desde el nombramiento de Alexander Hamilton como persona a cargo de las finanzas del nuevo gobierno nuestra república constitucional ha dependido de expertos que hagan las decisiones.⁸⁷

Me concentraré en dos cosas. Primero, Hovenkamp no niega que el objetivo actual de la normativa de *antitrust* es uno que surgió tardíamente, uno que “proviene principalmente de las escuelas de Harvard y Chicago que, partiendo de lugares distintos, comenzaron a converger durante los sesentas y setentas”.⁸⁸ Es decir, no niega que el objetivo de las normas haya sido originalmente otro. En vez de esto, celebra que se haya transitado desde aquel estado al estado actual. Esto es llamativo, pues admite que el giro en cuanto a la finalidad de la libre competencia proviene de ciertos vuelcos doctrinarios que no dicen relación con cambios legislativos. El problema es evidente: dado que consideraciones políticas motivaron al congreso a crear leyes de *antitrust*, adherir a tales consideraciones no es solo legítimo, sino que ignorar tales consideraciones o pretender que no existen es ilegítimo.⁸⁹

En esta línea, es importante que un paradigma hace inmune o insensible a la comunidad científica de aquellos problemas sociales importantes que no son reducibles a sus puzles, pues estos no se pueden representar en los términos de los

⁸⁵ KUHN (1962), p. 45. Esto se hace cargo de la denuncia de Hovenkamp de que lo que normalmente se denuncia como el paradigma del bienestar del consumidor incluye varias definiciones respecto de qué incluye tal bienestar y los métodos para medirlo. HOVENKAMP (2018b), p. 589 y ss.

⁸⁶ CRANE (2012), p. 44

⁸⁷ HOVENKAMP (2018b), p. 596.

⁸⁸ HOVENKAMP (2018b), p. 598.

⁸⁹ KATZ (2020), p. 446.

conceptos y herramientas que provee el paradigma.⁹⁰ Y para que esta simplificación sea posible es indispensable que se excluyan ciertas consideraciones. A este respecto, el “problema social importante” (en términos de Kuhn) al cual se han vuelto inmunes quienes siguen este paradigma es que el derecho tiene un fundamento procedimental que se retrotrae a ser una expresión de la voluntad soberana, no a su funcionalidad. Sobre esto volveré más abajo, pues nuestra doctrina tiende a ser, como la doctrina norteamericana, una que presta poca atención al tenor literal, lo que tiene consecuencias problemáticas.

En segundo lugar, Hovenkamp califica su defensa del bienestar del consumidor como una defensa del *antitrust* técnico. En esta línea, constantemente realiza un contraste entre el *antitrust* técnico, que defiende el paradigma del bienestar del consumidor, y el *antitrust* político o populista,⁹¹ que impugna aquel estándar.⁹² Empero, si uno analiza la naturaleza del debate, uno nota que no tienen sentido estas etiquetas: una decisión relativa al objetivo que se persigue es un asunto sustantivo, o, para ponerlo en términos que Hovenkamp usa despectivamente, algo político. Por esto no tiene sustento la afirmación de Montt (vista más arriba) de que el objetivo de las reglas de *antitrust* es implementar conocimiento económico, pues el conocimiento económico es conocimiento empírico y por tanto es inerte en términos prácticos, es decir, no dice nada respecto de qué debe hacerse, es conocimiento descriptivo, no prescriptivo (como dice Baker discutiendo sobre cuál es el objetivo de la libre competencia, el pensamiento económico no da una respuesta correcta, solo muestra costos y beneficios⁹³). Como dicen First y Spencer, el rol del tecnócrata en una sociedad como la nuestra es ejecutar estas decisiones fundamentales, no tomarlas.⁹⁴

Una forma de explicar esto es mediante la distinción que hace Habermas entre tres usos de la razón práctica. Así, distingue entre un uso instrumental, moral y ético de la razón práctica. El primero dice relación con cuales son los mejores medios para lograr ciertos fines,⁹⁵ el segundo con cómo resolver nuestros

⁹⁰ KUHN (1962), p. 37. Como dice Easterbrook defendiendo la escuela de Chicago “el propósito de todo modelo es eliminar complicaciones, hacer que problemas inmanejables sean manejables, hacer que las cosas sean suficientemente simples (...) sin simplificación no sabemos qué buscar”. EASTERBROOK (1986), p. 1706.

⁹¹ Es llamativo que Hovenkamp utilice los términos “político” y “populista” de forma intercambiable. Esto no hace nada más que demostrar su devaluación del actuar político.

⁹² HOVENKAMP (2018b), pp. 584, 620, 623.

⁹³ BAKER (2013), p. 2178.

⁹⁴ FIRST y WEBER (2013), p. 2572

⁹⁵ HABERMAS (2000), p. 111

desacuerdos acerca de cómo llevar nuestra vida en conjunto,⁹⁶ y el tercero con cómo vivir una vida buena.⁹⁷ En este punto, me interesan los primeros dos usos. El primer uso, el instrumental, se relaciona con la importancia de la técnica, esto es, con cuál es la forma más eficaz de lograr ciertos objetivos. El segundo uso dice relación con la determinación de cuál es el objetivo que debería ser perseguido por una comunidad. En esta línea, el debate sobre la finalidad de la libre competencia, en tanto dice relación sobre nuestros desacuerdos respecto de cómo llevar nuestra vida en conjunto, implica hacer uso de la razón práctica moral. Por otro lado, y tan solo una vez zanjado este debate entra en juego la razón técnica, la cual dice relación con cómo implementar un objetivo tal.⁹⁸ En contra de Hovenkamp, entonces, no es un asunto técnico el debate referido a cuál debería ser el objetivo perseguido por la libre competencia. En términos de Habermas, este es un asunto que debe ser resuelto de acuerdo al uso moral de la razón práctica, lo que está bastante cerca de la política que tanto desdeña.

Así, no es un asunto técnico el debate referido a cuál debería ser el objetivo perseguido por la libre competencia, sino que Hovenkamp esconde la base ineludiblemente normativa de su postura y la hace pasar por un presupuesto necesario. Como dice Vaheesan, dado que el objetivo del *antitrust* está relacionado a juicios y valores políticos, buscar una teoría “apolítica del *antitrust*” es bajo su mejor luz fútil y bajo su peor luz un intento cínico de esconder decisiones políticas.⁹⁹ Antes que proceder de manera cínica sería mejor explicitar el desacuerdo y tener abiertamente la discusión política que corresponde.¹⁰⁰

Además, respecto de que lo buscado es el bienestar social o eficiencia, y que esto se afirme sin sustento legal, creo que esto es además una instancia de lo que Mañalich ha denominado principialismo. Con esto Mañalich se refiere a una forma de análisis doctrinario que asume que es posible identificar un conjunto de principios de cuya satisfacción dependería que la adopción y la implementación de decisiones concernientes a la definición, el control y la represión de

⁹⁶ HABERMAS (2000), p. 114

⁹⁷ HABERMAS (2000), p. 113

⁹⁸ Katz demuestra que al menos durante un tiempo incluso los miembros de la Escuela de Chicago admitieron el carácter político de la disciplina. Con todo, luego se alejaron de esta postura sin dar una explicación. KATZ (2020), p. 433.

⁹⁹ VAHEESAN (2018), p. 989.

¹⁰⁰ Como dice Marina Lao, “sería preferible explicitar la discusión sobre las distintas visiones normativas sobre el *antitrust* y discutir qué valores importan y por qué deberían importar en sus propios términos antes que usar la economía como una especie de proxy de esa discusión normativa”. LAO (2014), pp. 653-654.

comportamientos puedan reclamar legitimidad.¹⁰¹ Según Mañalich, para disimular lo anterior el principialismo se esfuerza por desvincular la identificación de sus principios de las precomprensiones y concepciones pretendidamente vulgares extendidas a través de la sociedad en su conjunto, al mismo tiempo que presenta sus principios como el resultado de la reflexión realizada por la *intelligentsia* jurídica en el marco de una cultura jurídica suficientemente autónoma como para no sólo contradecir, sino igualmente imponerse legítimamente frente a tal sistema de creencias popular cuando este sistema fuera considerado incorrecto por los profesionales del derecho.¹⁰² Volviendo a la jerga anterior, esto tiene que ver con que, a los ojos del científico que opera dentro de cierto paradigma, los problemas que admite el paradigma son los únicos problemas que serán considerados científicos.¹⁰³

Volviendo al principialismo, este “parece esconder, en la forma de un artificio ideológico, el carácter políticamente controversial de los postulados que ese principialismo presenta como axiomas”.¹⁰⁴ En esta línea, el paradigma técnico de *antitrust* es una especie de principialismo, pues asume que existen ciertos principios (como la eficiencia, que no es mencionada en lo absoluto por nuestra legislación de libre competencia) que necesariamente han de informar la aplicación de la ley.

Por supuesto, es posible que, a fin de cuentas, el fundamento de la libre competencia se encuentre en la eficiencia económica, pero quien lo afirma debe sustentarlo, y no puede tan solo descansar en lo que han dicho teóricos que estudian un sistema que no es el nuestro.¹⁰⁵

IV. LA DEMOCRACIA Y LA LIBRE COMPETENCIA

Otro punto importante es que el principialismo no solo se equivoca al hacer pasar por necesario lo que es contingente (es decir, no solo está ideologizado), sino

¹⁰¹ MAÑALICH (2018) p. 60.

¹⁰² MAÑALICH (2018) p. 63.

¹⁰³ KUHN (1962) p. 37. Esto explica la fijación de Hovenkamp de que solo participen los expertos de la discusión de *antitrust* (de hecho, se refiere a los cultores del *antitrust* técnico como “los cognoscenti del *antitrust*”). HOVENKAMP, (2019) p. 593. Por lo anterior, quien no se cuestiona las bases del paradigma dentro del cual opera, verá todo lo que calza dentro de él como algo técnico, y todo lo que opera fuera de él como conocimiento que no está científicamente validado (o conocimiento que no es técnico y por tanto es irracional y populista). Como dice Orbach, el paradigma técnico de *antitrust* acusa a sus contradictores de populistas como una estrategia para escudarse de la crítica (ORBACH (2017) p. 3), lo que es irónico, pues justamente lo que caracteriza al populista es su anti-intelectualismo (ORBACH (2017) p. 8.) (y por esto Orbach asocia a la Escuela de Chicago a una forma conservadora de populismo (ORBACH (2017) p. 19).

¹⁰⁴ MAÑALICH (2018) p. 62.

¹⁰⁵ Un buen marco para llevar a cabo este debate es ofrecido en ZÄCH & KÜNZLER (2009), p. 284 y ss.

que además es antidemocrático. En este sentido, Mañalich denuncia que “[l]a pretensión misma de que la política criminal habría de quedar sometida a una cierta racionalidad normativa, definida por principios que son tratados como premisas prepolíticas, no resulta compatible con la contingencia y la inmanencia definitorias del juego político democrático”.¹⁰⁶ A este respecto, como veíamos, hacia el final de su defensa del *antitrust* técnico Hovenkamp enfatiza que es asunto de los gobernantes, en tanto expertos, definir, crear y administrar reglas técnicas. Pero como vimos, cuál es el objetivo del *antitrust* no es un asunto técnico. Por esto, la tesis de Hovenkamp nos llevaría a afirmar que hay un grupo de expertos cuya sabiduría le permitiría definir cuál es el objetivo que debiera perseguir la libre competencia. Esto evidentemente lleva a la consolidación de un régimen tecnocrático de *antitrust*. Y como dice Hobbes, “cuando los hombres que se juzgan a sí mismos más sabios que todos los demás invocan a la verdadera razón como juez, ellos pretenden en realidad que las cosas sean decididas por la razón suya y no la de los otros hombres”.¹⁰⁷ En otras palabras, la tecnocracia niega la deliberación política.

Que los expertos estén a cargo de definir cuáles son los mejores medios para alcanzar un objetivo es algo perfectamente razonable: el conocimiento científico de la economía es indispensable para un área como la libre competencia. Sin embargo, no es razonable que un grupo de expertos sea aquel que determine cuáles son los fines de la ley, pues en el caso de la libre competencia esto no hace que la ley sea mejor, sino que sea una ley distinta. Definir el objetivo que persigue la institucionalidad es una decisión que le pertenece a un órgano con legitimación democrática (como el poder legislativo o la administración), no a un grupo de expertos.

Es importante destacar esto. Gran parte de la discusión sobre la finalidad de la libre competencia transcurre sin ningún soporte en la ley y sin si quiera considerar cualquier otra finalidad que la normativa pudiera perseguir más allá de la eficiencia económica. Es decir, aquí estamos frente a un consenso cuyo único soporte es la convergencia de opiniones de los practicantes, que no se apoya ni en la ley ni en argumentos.

En conexión con esto último, es importante que, como vimos más arriba, la postura actualmente hegemónica en EE.UU. es una que se basa en ignorar el tenor literal y la intención legislativa. A este respecto, a nivel comparado las Cortes afirman cosas tales como que “la presunción general de que los cambios legislativos deben ser dejados al congreso tiene menor fuerza respecto del Sherman Act”,¹⁰⁸ o

¹⁰⁶ MAÑALICH (2018) p. 62.

¹⁰⁷ HOBBS (1996) p. 33.

¹⁰⁸ MELAMED & PETIT (2019) p. 744.

que “el lenguaje del §1 del Sherman Act no puede significar lo que dice” (“*the language of § 1 of the Sherman Act ... cannot mean what it says*”).¹⁰⁹ Esto explica que “las cortes frecuentemente reconocen que los textos estatutarios [del *antitrust*] tienen un significado claro y luego se rehúsan a seguirlo”,¹¹⁰ que “las cortes han manifestado una tendencia sistemática a interpretar los estatutos sustantivos de *antitrust* de forma contraria a su texto, su historia legislativa y a menudo su espíritu”,¹¹¹ y aún más, que “a lo largo de la historia de más de 130 años del *antitrust*, las cortes se han desviado del texto y propósito legislativo en una sola dirección: ignorar el tenor literal con tal de favorecer a los intereses de la industria e ir contra el sentimiento populista que descrea de grandeza industrial”.¹¹²

Volviendo a la idea de paradigma, estos incluyen ciertas consideraciones excluyendo otras, pues un paradigma implica intentos de forzar la naturaleza dentro de las cajas preformadas y relativamente inflexibles que este provee, por lo que aquellas que no caben dentro de las cajas simplemente no existen.¹¹³ En particular, aquello de lo que no puede dar cuenta el paradigma técnico es que el derecho es una expresión de voluntad soberana, por lo que no es un rasgo distintivo de él ser razonable o ser eficiente.¹¹⁴

Estos argumentos ya son criticados en EE.UU.. Así, hay autores que critican que “respecto del *antitrust*, la comunidad académica parece estar feliz de hacer vista gorda a que las Cortes crean derecho, no teniendo la obligación de justificar esta práctica”.¹¹⁵ El problema es que la separación de poderes en parte depende de convenciones sociales, razón por la cual las cortes deben cuidarse de no usurpar el poder legislativo al decidir cuál es el contenido del derecho.¹¹⁶ Es decir, la separación de poderes depende de que la cultura jurídica respete mínimamente el tenor literal. Pero lo anterior no ocurre en casos donde la desformalización es la regla general, como en el derecho norteamericano de libre competencia. A este respecto, y en el contexto de la discusión sobre posibles reformas a la ley de *antitrust* de EE.UU., Crane nos advierte que el patrón antitextualista de las Cortes,

¹⁰⁹ CRANE (2021a) p. 1251.

¹¹⁰ CRANE (2021a) p. 1207

¹¹¹ CRANE (2021a) p. 1245

¹¹² CRANE (2021a) p. 1212.

¹¹³ KUHN (1962) p. 24

¹¹⁴ Como dice Pardow “la vocación tecnocrática se refleja en la forma de argumentar: la justificación de estos estándares se realiza sobre la base del crecimiento económico o la eficiencia, antes que la legitimidad democrática, la justicia social u otras razones tradicionales en la discusión de políticas públicas”. PARDOW (2018) p. 196.

¹¹⁵ OLDHAM (2006) p. 31.

¹¹⁶ MACCORMICK (2007) p. 43.

y su insistencia perenne en que los estatutos de *antitrust* son delegaciones de poderes de *common law* antes que mandatos expresos (...) proveen de una advertencia para la legislación: la dinámica de la legislación de normas de *antitrust*, su *enforcement* y su aplicación ocurre sobre el trasfondo de una disputa sobre el poder, el tamaño industrial y la eficiencia que ha silenciado la común importancia del tenor literal. Escribir estatutos más claros no llevará necesariamente a acabar con estos hábitos.¹¹⁷

Crane afirma que su tesis es descriptiva, no prescriptiva.¹¹⁸ Yo me permitiré ser prescriptivo. Un patrón antitextualista implica nada menos que la insubordinación de las Cortes a quienes tienen el legítimo poder de crear normas: la administración o el poder legislativo. La legitimidad de las normas proviene de su validez procedimental, no de su razonabilidad. Así, el carácter antidemocrático del *antitrust* técnico se sostiene en que “la toma de decisiones de *antitrust* está cada vez más libre de presiones políticas y se ha delegado a especialistas”,¹¹⁹ y en que la disciplina esté “capturada por abogados y economistas que avanzan sus objetivos autorreferentes libres de control político y económico”.¹²⁰ Es decir, se ha consolidado una disciplina más cercana a la tecnocracia que a la democracia.

Es importante volver a destacar que nuestra doctrina sostiene sus posturas sobre la finalidad de la libre competencia sin ningún sustento en la ley. Lo anterior, pues a ella en general subyace una comprensión que devalúa el tenor literal. Como hemos visto, que el objetivo de nuestra normativa es que se maximice algún tipo de eficiencia económica es algo que se afirma sin sustento en el tenor literal. Y en general, en libre competencia el tenor literal de la ley tiene menos peso. A este respecto, y al contrastar el modo de razonamiento jurídico del TDLC con aquel de la Corte Suprema, Tapia y Montt han llegado a la conclusión de que la Corte Suprema “impone sus interpretaciones estatutarias sobre las interpretaciones funcionalistas (“*more policy oriented*”) del TDLC”,¹²¹ lo que se debe a que esta desconfía del TDLC “y su excesivo análisis económico (en desmedro de los clásicos silogismos jurídicos)”.¹²²

Es decir, lamentablemente el principal responsable de aplicar la normativa de libre competencia ha adoptado una visión desformalizada del derecho con sus consecuentes riesgos. Dicho esto, habrá que ver si dado un cambio sustancial en la legislación nuestra cultura jurídica estará dispuesta a acusar recibo o seguirá el

¹¹⁷ CRANE (2021a) p. 1252.

¹¹⁸ CRANE (2021a) p. 1250.

¹¹⁹ CRANE (2007) p. 5.

¹²⁰ FIRST & WEBER (2013) p. 2544.

¹²¹ TAPIA & MONTT (2012) p. 149.

¹²² TAPIA & MONTT (2012) p. 155.

curso democráticamente insensible y autorreferente de las cortes y doctrina norteamericana.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCORSI, Simón (2021). “Poder de mercado y Política de Competencia: Reflexiones para un Nuevo Enfoque”. *Investigaciones Ceco*.
- AGUAYO, Pablo (2022). “Socialismo liberal y democracia de propietarios en la Teoría de la Justicia de John Rawls”. *Ideas y Valores* Vol. 71 N° 179, pp. 99-116.
- ATRIA, Fernando. (2005). “El derecho y la contingencia de lo político”. *Doxa*: 319-345.
- BAKER, Jonathan. (2013). “Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust”. *Fordham Law Review* Vol. 81 N°5, pp. 2175-2196.
- BERNEDO, Patricio. (2013). *Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010* (Santiago de Chile: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica).
- BLACK, Oliver (2005). *Conceptual Foundations of Antitrust* (Cambridge University Press).
- BLAIR, Roger D. & SOKOL Daniel. D. (2012). “The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach”, *Antitrust Law Journal* Vol. 78, pp. 471-504.
- BORK, Robert (1965). “Goals of antitrust: A Dialogue on Policy (with W. Bowman)”. *Columbia Law Review* Vol. 65 N°3, pp. 363-376.
- CRANE, Daniel (2007). “Technocracy and antitrust”, *Benjamin N. Cardozo School of Law Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies 2007 Working Paper No. 208*, pp. 1-69.
- CRANE, Daniel (2021). “Antitrust Antitextualism”, *Notre Dame Law Review* Vol. 96 N°3, pp. 1205-1256.
- CRANE, Daniel A. (2012). “A Neo-Chicago Perspective on Antitrust Institutions”. *Antitrust Law Journal* Vol. 78, N°1, pp. 43-65.
- DEUTSCHER, Elias & MAKKRIS, Stavros. “Exploring the Ordoliberal Paradigm: The Competition-Democracy Nexus”. *The Competition Law Review* Vol. 1 N° 2, pp. 181-214.
- EASTERBROOK, Frank (1986). “Workable antitrust policy”. *Michigan Law Review*. Vol. 84 N°8, pp. 1696-1713.
- FARBER, Daniel & MCDONNELL, Brett (2005). “Is There a Text in this Class? The Conflict Between Textualism and Antitrust”, *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 14, pp. 619-668.

-
- FELICE, Flavio & VATIERO, Massimiliano (2014). "Ordo and European Competition Law". *A Research Annual*, pp. 147-157.
- FIRST, Harry & WEBER, Spencer (2013). "Antitrust's democracy deficit", Vol. 61 N°4, pp. 2543-2574.
- FOX, Eleanor (1986). "The Politics of Law and Economics in Judicial Decision Making: Antitrust as a Window". *New York University Law Review* Vol. 61 N°4, pp. 554-588.
- FOX, Eleanor (1987). "The battle for the soul of antitrust", *California Law Review*, Vol. 75 N°3, pp. 917-923.
- FOX, Eleanor (2013). "Against Goals", *Fordham Law Review* Vol. 81 N°5, pp. 2157-2161.
- GONZÁLEZ, Aldo (2020). "Antitrust bajo ataque". *Investigaciones CeCo*.
- GREENFIELD Leon; LANGE, Perry; & CALLAN, Nicole. (2020). "Antitrust populism and the consumer welfare standard: what are we actually debating?", *Antitrust Law Journal* Vol. 81 N° 2, pp. 393-428.
- GRUNBERG, Jorge (2017). "Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke" en BELMAR Felipe, et al. (eds.), *Reflexiones Sobre el Derecho De la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)* (Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica), pp. 15-52.
- GRUNBERG, Jorge (2020). "Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente", *Investigaciones Ceco*, pp. 1-13.
- GRUNBERG, Jorge & MONTT, Santiago (2017). "La Prueba de la Colusión". en BELMAR Felipe, et al. (eds.), *Reflexiones Sobre el Derecho De la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)*. (Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica), pp. 305-383.
- HAYEK, Friedrich (1989). "The pretense of knowledge". *The American Economic Review* Vol. 79 N°6, pp. 3-7.
- HOBBS, Thomas. (1996) *Leviathan* (Cambridge: Cambridge University Press).
- HOVENKAMP Herbert J. (2018b). "Whatever did happen to the antitrust movement?", *Notre Dame Law Review* Vol. 94 N° 2, pp. 583-638.
- HOVENKAMP, Herbert J. (2018a). "The Rule of Reason", *Florida Law Review* Vol. 70, pp. 81-167.

- IRARRÁZVAL, Felipe (2010). El sistema chileno de la libre competencia. Online: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf
- KATZ, Ariel (2020). “The Chicago School and the Forgotten Political Dimension of Antitrust Law”, *University of Chicago Law Review*: Vol. 87 N° 2, pp. 413-458.
- KHAN, Lina (2017). “Amazon’s Antitrust Paradox”, *Yale Law Journal* Vol. 126, pp. 710-805.
- KHAN, Lina (2019). “The ideological roots of America’s Market Power Problem”, *Yale Law Journal Forum* Vol. 127, pp. 960-979.
- KHAN, Lina. (2020). “The End of Antitrust History Revisited”, *Harvard Law Review* Vol. 133, pp. 1655-1682.
- KUHN, Thomas. (1962). “The Structure of Scientific Revolutions”, *The University of Chicago Press: International Encyclopedia of Unified Science*, Vol 2 N°2.
- Künzler, Adrian & Zäch, Roger (2009). “Efficiency or freedom to compete? Towards an axiomatic theory of competition law”. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, Vol. 7, N°3, pp. 269-288. <https://doi.org/10.15375/zwer-2009-0301>
- LIMBAUGH, Rush. (1053). “Historic Origins of Antitrust Legislation”. *Missouri Law Review* Vol. 18 N°3, pp. 215-248.
- MACCORMICK, Neil (2007). *Institutions of Law* (Oxford: Oxford University Press).
- MELAMED, Doug & PETIT, Nicolas. (2019). “The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets”. *Review of Industrial Organization*, Vol 54, N°4, pp.741-774.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2004). “Law & Economics: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos”, *Derecho y Humanidades*, Vol. 10, pp. 71-85.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2010). “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas”, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- ODUDU, Okeoghene (2006). *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81* (Oxford: Oxford University Press).
- OLDHAM, Andrew (2006). “Sherman’s March into the sea”. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=909608> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.909608>
- ORBACH, Barack (2017). “Antitrust Populism”. *New York University Journal of Law and Business* Vol. 14 N°1, pp. 1-25.

-
- ORBACH, Barack. (2019). "The present new antitrust era". *William & Mary Law Review* Vol. 60, pp. 1439-1463.
- PARDOW, Diego (2018). "¿Control o autonomía? El debate sobre agencias regulatorias independientes". *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 31 N° 2, pp. 193-209.
- PERALTA, Ignacio (2022). "La regla per se y regla de la razón en el derecho chileno de libre competencia (y la aptitud objetiva de los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores para afectar la libre competencia como presupuesto de su sanción)". *Revista De Estudios De La Justicia*, Vol. 36, pp. 159-184.
- PIFOTSKY, Robert (1979). "The political content of antitrust". *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 127, pp. 1051-1075.
- POSNER, Richard (1979). "The Chicago School of antitrust Analysis". *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 127, pp. 925-948.
- RAWLS John (2001). *Justice as Fairness: A restatement*. (Cambridge MA: Harvard University Press).
- RAWLS, John (2006). *Teoría de la Justicia* (Madrid, España: Fondo de Cultura Económica).
- ROSLER, Andrés (2020). *La ley es la Ley* (Katz Editores).
- STUCKE, Maurice E. (2012) "Reconsidering Antitrust's Goals", 53 *Boston College Law Review* Vol 53, pp. 551-629.
- TAPIA, Javier & MONTT, Santiago. (2012) "Judicial Scrutiny and Competition Authorities: The Institutional Limits of Antitrust". En: Daniel SOKOL y Ioannis LIANOS (eds.), *The Global Limits of Competition Law* (141-157). (Stanford: Stanford University Press).
- VAHEESAN, Sandeep. (2019). "The Profound Nonsense of Consumer Welfare Antitrust", *The Antitrust Bulletin* Vol 64 N°4, pp. 479-494.
- VALDÉS, Domingo. (2013). "Una visión interdisciplinaria del bien jurídico libre competencia", *Ius Publicum* 30, pp. 125-154.
- WU, Tim. (2018a). *The Curse of Bigness* (Columbia Global Reports).
- WU, Tim (2018b). "After Consumer Welfare, Now What? The "Protection of Competition" Standard in Practice", *The Journal of the Competition Policy International/ Columbia Public Law Research Paper No. 14-608*, pp. 1-12.
- WU, Tim. (2012). "Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most". *Antitrust Law Journal* Vol. 78, pp. 313-328.

YBAR, Mario (2009). "What Are We Talking About When We Talk About Competition? (De Qué Hablamos Cuando Hablamos De Competencia?)", pp. 1-13. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1739315> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1739315>

JURISPRUDENCIA CITADA

Chile:

Resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°20-2007.
Resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°37-2011.
Resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°43-2012.
Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°102-2010.
Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°105-2010.
Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°132-2013.
Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°165-2018.
Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°166-2018.
Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°77-2008.
Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°87-2009.
Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°88-2009.
Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°92-2009.