

DOCTRINA

Tecnocracia y populismo en libre competencia: Dos caras de la misma moneda

Technocracy and populism in antitrust: two sides of the same coin

Ignacio Peralta Fierro 

Universidad de Chile

RESUMEN En este artículo abordo la relación que existe entre la cultura jurídica hegemónica en libre competencia, la tecnocracia y el populismo. Primero, analizo la cultura jurídica de libre competencia en Chile y concluyo que continúa la tendencia global de ignorar el tenor literal y, en vez de ello, sigue lineamientos con respecto a cómo maximizar algún tipo de eficiencia. Segundo, argumento que este fenómeno tecnocrático, si bien se considera a sí mismo contrario al populismo, se asemeja a él, ya que, en ambos casos, se dificulta la deliberación política. Tercero, argumento que el *statu quo* tecnocrático es inestable y tiene problemas de legitimidad.

PALABRAS CLAVE Populismo, tecnocracia, libre competencia, democracia deliberativa.

ABSTRACT In this article I analyze the relation that exists between the hegemonic juridical culture in antitrust, technocracy, and populism. Firstly, I analyze the chilean interpretative canon in antitrust law and conclude that it follows the international trend of ignoring written law and instead of that imposing diverse ideas of how to maximize some kind of efficiency. Secondly, I make the argument that this phenomenon is of technocratic character, and that although does who participate in it consider themselves contrary to populism, they are actually quite similar to the populists in the sense that they harm political deliberation. Thirdly, I make the argument that this technocratic status quo is unstable and has legitimacy problems.

KEYWORDS Populism, technocracy, antitrust, deliberative democracy.

Si el derrotismo estuviera justificado, tendría que haber elegido un género literario diferente, por ejemplo, el diario de vida de un escritor helenista que simplemente documenta, para generaciones subsecuentes, las promesas incumplidas de una cultura que se hunde
(HABERMAS, 1996: PREFACIO XLIII).

¿Insubordinación judicial en Chile?

A veces repetimos frases algo rimbombantes que sospechamos son parcial o totalmente falsas. Entre estas podemos contar con varias promesas de la modernidad, como que todas las personas son iguales o que todos somos libres. Dentro de estas podemos contar la promesa del autogobierno colectivo. Según esta, las reglas que nos rigen han de ser reconducibles a la voluntad del pueblo. No por nada el artículo 1 de nuestro Código Civil define a la ley como «una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite». Pero que la voluntad soberana se manifieste en la forma prescrita por la Constitución no es suficiente para que dicha voluntad, nuestra voluntad, tenga vigencia real. Para que dicha voluntad sea efectiva debe, entre otras cosas, ser hecha valer por los jueces de la Nación.

A este respecto, en una reciente contribución titulada *Antitrust and Democracy*, Daniel Crane destacó que en la aplicación de las normas de *antitrust* en Estados Unidos existe una persistente insubordinación judicial hacia la voluntad de las ramas electas del Estado (Crane, 2021a: 8). Dicho eso, vale la pena preguntarse si se puede afirmar que lo mismo está ocurriendo en Chile.

Responder esta pregunta es difícil. Hacerlo supone determinar cuán formal o informalmente se aplican las reglas, y esto no dice relación con ellas, sino que con algo tan vago como la cultura jurídica de un determinado contexto. No es una característica del material legal (por ejemplo, las leyes) lo que explica la formalidad del derecho, sino que es algo acerca de la práctica legal como un todo (Atria, 2002: 198).¹ Definir la cultura jurídica en un determinado momento y lugar trae ciertos desafíos porque depende de una generalización con respecto a cómo opera la doctrina y jurisprudencia. Así, al operar inductivamente, siempre pueden aparecer ejemplos en contra de la generalización lograda.

1. Como indica Crane, dado que las reglas carecen de mecanismos internos que especifiquen cuándo deberían aplicar, incluso cuando una norma está estructurada como una regla antes que, como un estándar, esta regla a su vez requiere de otras reglas, cánones de interpretación y otros criterios decisionales que terminan acabando con la aparente simpleza de la regla (Crane, 2007a: 72). Esto se debe a que ninguna regla puede regular su propia aplicación (Habermas, 1996: 199).

Dicho eso, hay autores en nuestro medio que han intentado desarrollar dicha generalización. Al contrastar el razonamiento jurídico del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (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 finalistas [*more policy oriented*] del TDLC»² (Tapia y Montt, 2012: 149), lo que se debe, según estos autores, a que esta desconfía del TDLC «y su excesivo análisis económico (en desmedro de los clásicos silogismos jurídicos)» (2012: 155). Es decir, el órgano jurisdiccional a cargo de aplicar la normativa de libre competencia tiene una interpretación menos apegada al tenor literal que la que tienen organismos que no se especializan en libre competencia (como la Corte Suprema). Y, al parecer apoyando la práctica del TDLC, tenemos a autores que, como Grunberg y Montt, afirman que «no es una buena idea interpretar el derecho de la competencia conforme al criterio literal» (2017: 326, nota 91).

Por supuesto, que haya poco apego al tenor literal tiene impacto institucional. En esta línea, al describir el quehacer del TDLC, Montt ha afirmado que «lo que hace el Decreto Ley 211 al entregar la resolución de casos al TDLC conforme a una norma tan abierta como el artículo 3, es crear un ente regulador de carácter jurisdiccional» (2010: 5) y Agüero, parafraseando a Holmes, ha incluso llegado a afirmar que «el derecho de la competencia es lo que los tribunales dicen que es».³

Esto es un desarrollo preocupante. El fundamento de la independencia judicial es que, con tal arreglo, se espera lograr el estricto apego de los jueces a la ley (pues su única preocupación será fallar de acuerdo con el derecho). Pero si tal apego estricto a la ley no existe, entonces la independencia judicial deviene arbitraria en el sentido de que su fundamento desaparece. Y por ello, la actuación del TDLC pasa a adolecer de un déficit de legitimidad.

Por supuesto, alguien podría responder que este estado de cosas se debe a lo parco que es el texto del Decreto Ley 211 (DL 211). Pero esto, si bien es parcialmente correcto, no explica todo el asunto, pues, aun cuando la ley es clara, al parecer se prefiere

2. Esta y todas las siguientes referencias a este texto son traducciones libres del autor.

3. Francisco Agüero, «El estudio del derecho de la competencia por medio de la jurisprudencia», *centrocompetencia.com*, 4 de mayo de 2022, disponible en <https://bit.ly/3NIFeiM>. Como dice Greppi, «sin una mínima referencia a la “verdad”, cualquiera que sea la noción que queramos asumir de la verdad en este contexto, la claudicación decisionista se hace inevitable, con todas consecuencias políticas que de ahí se derivan. La afirmación de que no existe la posibilidad de establecer una diferencia significativa entre instancias correctas e incorrectas en la producción y aplicación de las normas jurídicas, al menos en la generalidad de los casos, sencillamente, echa por tierra la idea misma de Estado de derecho» (Greppi, 2017: 152). Y como dice Habermas sobre la filosofía del derecho actual, hay que oponerse al creciente escepticismo entre los académicos, sobre todo a aquel que es un falso realismo que subestima el impacto empírico de las presuposiciones normativas de las prácticas legales actuales (Habermas, 1996: XLI, prefacio).

una interpretación «más finalista», en los términos que explican Tapia y Montt pues, como veíamos más arriba, interpretar literalmente el derecho de la competencia se considera una mala idea.⁴

Pero una vez que se afirma que se ha de interpretar «de manera finalista» el derecho de libre competencia, inmediatamente surge la siguiente pregunta: ¿en función de qué finalidad irá a ser interpretado el derecho de la libre competencia?⁵

Con todo, en nuestro contexto no se ha discutido con suficiente profundidad sobre este punto y, aun así, el sistema funciona de una forma regular. Pero lo anterior es llamativo, pues tenemos un sistema que: a) para funcionar debe definir su objetivo; b) tiene operadores que no discuten en demasía respecto de cual es este último;⁶ y c) aun así funciona.

Y la pregunta clave es: ¿Cómo a pesar de que el sistema necesita un objetivo definido para funcionar es capaz de hacerlo aun si este no es articulado explícitamente? La única respuesta posible es que existe una forma de consenso implícito dentro de nuestra cultura jurídica en lo que respecta a cuál es el objetivo del sistema. Y por ello

4. De forma similar, Crane ha afirmado que en Estados Unidos., «si bien los estatutos de *antitrust* a menudo son abiertos e indeterminados, incluso cuando los estatutos tienen un significado claro las cortes han frecuentemente elegido ignorar su significado y su propósito legislativo» (Crane, 2021b: 8). (traducción del autor). Asimismo, Oldham ha afirmado que las normas de *antitrust* en Estados Unidos. «han sido absolutamente distorsionadas por un grupo de abogados muy hábiles que se especializan en la litigación de *antitrust* y por cortes que dan espacio a sus argumentos» (Oldham, 2006: 3) (traducción del autor).

5. La pertinencia de esta pregunta es particularmente clara en lo que respecta a la aplicación de la regla de la razón y la regla *per se*. Dicha distinción, a la que a menudo se alude en el derecho de libre competencia, se relaciona con qué se debe probar para sancionar cierta conducta. Por un lado, la regla *per se* aplica a conductas generalmente anticompetitivas y que se sancionan tan solo por su ocurrencia, sin que haga falta un análisis con respecto a si la ejecución de dichas conductas trae más costos que beneficios. Por otro lado, la regla de la razón aplica frente a conductas que presumiblemente podrían tanto tener efectos procompetitivos como anticompetitivos (sobre los problemas que implica el uso de esta regla, véase Peralta (2022b)). De esta manera, 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 que además debe demostrarse que su ejecución en el balance es más anticompetitiva que competitiva. Sobre este particular, es importante notar que actualmente se afirma que la regla *per se* aplica restrictivamente (Grunberg, 2020: 7). Dicho aquello, esta tesis no se sigue del tenor literal, pero el antiformalismo imperante hace que dicha tesis sea irrelevante. Este artículo es un intento de demostrar que dicho antiformalismo no viene de la mano sin consecuencias. En contra de esta tesis, véase Peralta, (2022a). Y esto implica que la regla de la razón aplica la mayoría de las veces. Pero esto es problemático, pues si se asume que la mayor parte de las conductas han de ser evaluadas bajo la regla de la razón, entonces que algo sea competitivo o anticompetitivo es una pregunta insoslayable. Es más, esto ha llevado a autores como Blair y Sokol a discutir arduamente con respecto a cuál es el objetivo de la libre competencia, pues solo respondiendo esa pregunta se vuelve aplicable la regla de la razón (Blair y Sokol, 2012).

6. Con respecto a cómo ha sido tratada esta cuestión por la academia chilena, véase Peralta (2022c).

actualmente la doctrina chilena se contenta con afirmar que el objetivo buscado es el bienestar social o eficiencia, ya sea entendida como bienestar total o como excedente de los consumidores (Grunberg y Montt 2017: 307-308).⁷

Todo lo anterior se afirma sin sustento alguno en el derecho positivo: como dice González (2020: 3), «aunque no explícitamente mencionado en las leyes, se ha convergido en que el objetivo último de la libre competencia es el bienestar del consumidor». En palabras de Oldham (2006: 26), 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».⁸

El *antitrust* tecnocrático

De esta manera, dado que existe una especie de consenso implícito en torno a los fines de la libre competencia, tenemos una cultura jurídica que se concentra, antes que todo, en cuestiones de medios, en cuestiones técnicas sobre cómo implementar un cierto objetivo que al parecer es autoevidente. Así, estamos ante una forma de *antitrust* que busca reglas técnicas diseñadas para definir e implementar objetivos económicos defendibles (Hovenkamp, 2018: 583). Así se elabora un paradigma técnico de *antitrust*, donde se afirma que «para distinguir lo verdadero —conductas procompetitivas— de lo falso —conductas anticompetitivas— [...] requerimos indiscutidamente de la teoría económica» (Montt, 2010: 15).⁹

De esta manera también pareciera aplicar a Chile lo que dice Lina Khan con respecto a la doctrina estadounidense, esto es, que hay un fuerte acuerdo dentro de la comunidad de libre competencia de que más allá de debates sobre *test* doctrinarios específicos. La ley está, en general, en el sendero correcto (Khan, 2020: 1665). Como dice Crane, en este momento estamos frente a un *antitrust* tecnocrático que aísla las funciones gubernamentales de las presiones políticas y hace que estas sean administradas por expertos antes que generalistas (Crane, 2011: 70).

Lo anterior tiene un impacto en la forma en que se interpretan los estatutos. El paradigma de interpretación recién descrito trajo consigo que, en doctrina, se volvie-

7. Dicho lo anterior, decir que la eficiencia es «el fin» de la libre competencia es decir bastante poco, pues la eficiencia es un valor relacional, no sustantivo (eficiente es aquella relación en que se logra algo al menor costo posible, con total independencia de qué es lo que se logra y qué se usa para lograrlo; de hecho, la esclavitud podría ser eficiente).

8. Esta y todas las siguientes referencias a este texto son traducciones libres del autor.

9. Esto, por supuesto, debe tener en cuenta la realidad institucional de la jurisdicción y los vaivenes de la teoría económica, por lo que no debemos adoptar reglas legales cuyos beneficios superan sus costos y cuyos esfuerzos de implementación exceden la capacidad institucional (Montt, 2010: 18). Note en todo caso el lector que todo el esfuerzo de este método propuesto por Montt depende de que sepamos qué significa que algo sea competitivo o anticompetitivo.

ra hegemónico el análisis económico basado en los efectos (*effects based approach*).¹⁰ Y esto fue así porque se consideró que era el tipo de razonamiento tecnocrático de vanguardia, que podía ser vendido como una herramienta regulatoria neutra que trascendía las circunstancias, locales o regionales (Crane, 2016: 209). Pero promover una visión del *antitrust*, que trascienda las costumbres locales, implica que debe pasar por alto las distintas normas que existen en los países. Y es por ello que, bajo una visión tecnocrática del *antitrust*, las cuestiones legales pasan a 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 (Katz, 2020: 413). En otras palabras, tras el auge de la Escuela de Chicago, el *expertise* tecnocrático y flexible reemplazó el conceptualismo legalista. Por ello, la teoría económica y un análisis *post hoc* y contextual de los hechos —más que categorías legales aprioristas— se volvieron centrales en los procedimientos de *antitrust* (Crane, 2007a: 50).

De todo lo anterior, Crane concluye que, en este momento, el *antitrust* tecnocrático es posible porque la disciplina ha logrado una posición de consenso con respecto a sus objetivos (Crane, 2007b: 61). Pero es al revés: es un régimen tecnocrático lo que puede sostener a un sistema que solo funciona a partir de consensos implícitos, consensos no cuestionados. Solo un régimen donde toda discusión es sobre los medios para implementar un fin —que no se cuestiona— es uno que puede eludir constantemente la cuestión relativa a la finalidad del sistema (con todo, al menos en Estados Unidos. este velo se está levantando de la mano de autores como Lina Khan y Tim Wu).

Esto no es baladí, pues viene de la mano con que la decisión de cuestiones políticamente controvertibles pasa de estar en las manos de la ciudadanía (mediante sus representantes), a estar en las de un grupo de juristas o expertos.¹¹ Y esto constituye un retroceso a formas premodernas de comprensión del derecho, en el cual este no era creado por los ciudadanos (que entonces eran súbditos), sino descubierto a través del ejercicio de la razón entrenada de jueces y abogados.¹² Además, esto es grave, pues

10. Véase Peralta (2022c: 447 y ss.) con respecto al tránsito de la doctrina.

11. Me refiero a «juristas o expertos» debido a la composición mixta: entre abogados y economistas del TDLC.

12. En el contexto del derecho penal, Mañalich analiza un fenómeno parecido que denomina principialismo. Este consiste de un tipo de análisis doctrinario que asume que es posible identificar un conjunto de principios cuya satisfacción sería necesaria para poder afirmar que las decisiones del legislador son legítimas (Mañalich, 2018: 60). Y, como vimos, en el caso de la libre competencia ocurre algo análogo, pues bajo el criterio funcionalista de interpretación actualmente imperante, la sanción de una determinada conducta depende de la satisfacción de un conjunto de principios cuya existencia la doctrina tan solo asume (mas no cumple la carga argumentativa de fundamentar). En otras palabras, es una especie de principialismo lo que subyace a las interpretaciones funcionalistas imperantes actualmente. Esto,

el mérito del derecho moderno, que está fundado en la idea de voluntad soberana a la que hace referencia el artículo 1 del Código Civil, es que hace posible la transformación de los súbditos a ciudadanos que se autogobiernan (Atria, 2004: 140-141).¹³

Esto se relaciona con un fenómeno que revisaremos más abajo: la posdemocracia. Como dice Crouch, esta se caracteriza por el hecho de que, si bien las formas de la democracia siguen totalmente en pie, y en algún sentido son efectivamente reforzadas, la política está incrementalmente retrocediendo hacia el control de elites privilegiadas en la forma característica de los tiempos predemocráticos (Crouch, 2004: 6).

Por supuesto, el auge del *antitrust* tecnocrático no es un fenómeno nuevo. Últimamente, lo que sí es relativamente novedoso es que, sobre todo a nivel comparado, ha habido una creciente discusión en torno a la finalidad de la libre competencia. Pero destacar la vertiente política del *antitrust*, el carácter sustantivo de la decisión con respecto a qué irá a perseguir el sistema como un todo, suele ser tratado como «embestidas [que] provienen del frente que podríamos llamar populista» (González, 2020: 3).¹⁴ De una forma relacionada ocurre que autores como Crane afirman que de la negación de la idea tecnocrática del *antitrust* se sigue el populismo, pues ambos son términos antitéticos (Crane, 2011: 70).¹⁵

Pero esto no es así, pues ambos fenómenos se definen por contraposición y se refuerzan mutuamente.¹⁶ O al menos eso intenta demostrar la siguiente sección.

pues se asume la existencia de ciertos principios de cuya satisfacción depende que una interpretación sea correcta, incluso más allá del tenor literal (y, consecuentemente, la voluntad del legislador). Y esta estrategia interpretativa es altamente problemática desde la perspectiva de la legitimidad de las decisiones tomadas pues, como advierte Mañalich, «la 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. Dicho de otra manera: el principalismo político-criminal, en la versión aquí examinada, parece esconder, en la forma de un artificio ideológico, el carácter políticamente controversial de los postulados que ese principalismo presenta como axiomas» (Mañalich, 2018: 62).

13. Por esto es importante dar cuenta de lo dicho más arriba sobre la independencia judicial. Esta solo se justifica en la medida que las normas que los jueces aplican sean reconducibles al poder legislativo (o la administración). Pero si los jueces toman un rol político de creación de normas, entonces la independencia judicial pierde su fundamento.

14. Nótese además que el artículo donde González comenta esto lleva por título «*Antitrust* bajo ataque».

15. Así, el paradigma hegemónico de *antitrust* acusa a sus contradictores de populistas para escudarse de la crítica (Orbach, 2017: 3).

16. En palabras de Mudde, «el elitismo es el reflejo frente al espejo del populismo: comparte su visión de mundo maniquea, pero quiere que la política sea una expresión de los ideales de una elite moral antes que la amoral gente común» (Mudde, 2004: 543-544) (Traducción del autor).

La tecnocracia y el populismo

En esta sección me quiero detener en la tecnocracia y en su irónica relación con el populismo pues, como vimos, es común escuchar voces que tratan a toda postura contraria a la del tecnócrata como una que es inmediatamente populista.¹⁷

A este respecto, la tecnocracia admite ser entendida como el canto de sirenas de un mundo sin política, donde las decisiones son tomadas por la gente correcta y la vida transcurre tranquilamente, sin arremetidas pasionales de gente inexperta. Según esta forma de ver las cosas, se debe aislar de presiones políticas a las funciones gubernamentales y hacer que el Estado sea administrado por expertos técnicos. Así, se espera que cuestiones concernientes a nuestras decisiones fundamentales sean tomadas por técnicos. En otras palabras, nos encontramos ante la versión más actualizada del sueño de la superación de la política por la mera administración de las cosas (Greppi, 2017: 157).

A nivel comparado podemos encontrar a Hovenkamp defendiendo el *antitrust* técnico. Este, en su defensa de la doctrina técnica del *antitrust* llega a afirmar que:

Es un excelente ejemplo de 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 (Hovenkamp 2018: 596).¹⁸

De este fragmento vale destacar que Hovenkamp cree que es asunto de los expertos definir, crear y administrar reglas técnicas. Pero crearlas supone saber cuál es el objetivo que se quiere perseguir y esto, en sí mismo, no es una cuestión técnica. En otras palabras, esta tesis implica que existe algo así como un grupo de expertos cuya sabiduría les permitiría definir cuál es el objetivo que debiera perseguir la libre competencia.

Que los expertos definan cuáles son los mejores medios para alcanzar cierto objetivo es razonable: por supuesto que el conocimiento empírico de la economía es valioso e indispensable para un área como esta. Dicho eso, no es razonable que un grupo de expertos determine cuáles son los fines de la ley, pues esto no hace que la ley sea mejor, sino que sea una distinta.

17. Así, autores como Hovenkamp usan de manera intercambiable los términos «populista» y «político» (Hovenkamp 2018: 584, 620, 623).

18. Esta y todas las siguientes referencias a este texto son traducciones libres del autor.

Ante ello, el tecnócrata podría simplemente encogerse de hombros y preguntar: ¿y qué? Pues podría argumentar que es cierto que su visión lleva a que un grupo de expertos esté a cargo de la política, pero que eso lo tiene sin mayor cuidado porque ellos tienen mayor conocimiento e impondrán una voluntad políticamente neutra (o mejor, apolítica). Pero esto es inviable, pues como dice Hobbes:

Quando los hombres que se juzgan a sí mismos más sabios que todos los demás, reclaman e invocan a la verdadera razón como juez, pretenden que se determinen las cosas, no por la razón de otros hombres, sino por la suya propia [...]. No hacen, entonces, otra cosa tales hombres, sino tomar como razón verdadera en sus propias controversias las pasiones que les dominan, revelando su carencia de verdadera razón con la demanda que hacen de ella (Hobbes, 1996: 33).¹⁹

En términos más simples, los tecnócratas asumen dogmáticamente su opinión como la verdad y así niegan tanto la importancia como la necesidad de la deliberación política. Es decir, tienen una visión prepolítica o irreflexiva de la verdad o la corrección en política. Y el caso del populista es similar. Este último, como el tecnócrata, también niega la importancia de la deliberación política y tan solo asume de manera irreflexiva o prepolítica que hay un conjunto de demandas sociales que han de ser perseguidas, ignorando la argumentación sustantiva. Así, ambos participan de una cierta forma de dogmatismo y por esto se niegan a cumplir con las cargas argumentativas propias de las sociedades modernas.²⁰

Dicho lo anterior, afortunadamente nuestras opciones no se reducen a populismo y tecnocracia. Antes bien, un entendimiento correcto de la política consiste en discutir racionalmente tanto sobre los fines de nuestra vida en común como sobre los medios para alcanzar estos fines. Pero hacer esto supone validar la intermediación institucional y una concepción procedimental de la legitimidad política, cosas que tanto el populista como el tecnócrata están de acuerdo en rechazar. Como dicen Bickerton e Invernizzi, el populismo y la tecnocracia comparten su oposición a: a) la mediación de los conflictos políticos mediante los partidos; y b) a la idea de que la concepción específica del bien común que ha de prevalecer y ser traducida en políticas públicas es una construida mediante procedimientos democráticos de deliberación parlamentaria y competencia electoral (Bickerton e Invernizzi, 2015: 3).

Como veremos en detalle, actualmente vivimos en sociedades diversas, por lo que no es autoevidente la manera en que hemos de llevar a cabo nuestra vida en común. Lo anterior es problemático, pues para vivir en comunidad hemos de tener algún grado

19. Traducción libre del autor.

20. Con esto no busco negar que el TDLC cumple su deber de fundamentación de las sentencias. Estas son bastante extensas y argumentativas. El punto, más bien, dice relación con la falta de argumentación explícita en torno a qué es aquello que el tribunal busca proteger.

mínimo de consenso. Pero si no hay acuerdo inicial, entonces el único tipo de acuerdo al que podemos llegar es de índole reflexiva, esto es, un consenso que se construye a partir de la deliberación e intercambio de posturas contrapuestas. Por ello, fuera de comunidades pequeñas, la expresión de la voluntad popular es bastante problemática y debe ser mediada por instituciones representativas (Crouch, 2019: 125).²¹ Así, vale la pena reivindicar que la legitimidad de los resultados de una democracia partidaria depende no de su aproximación a una visión prepolítica de la «verdad» o la «justicia», sino de que estos resultados sean generados mediante un conjunto de procedimientos que se tienen como expresivos de valores constitutivos de la democracia (Bickerton e Invernizzi, 2015: 5).

Pero en su alianza en contra de la democracia deliberativa, tanto el populista como el tecnócrata rechazan el valor de la intermediación política, apelando directamente a ciertos valores como si su importancia fuera autoevidente, dejando de lado la carga argumentativa que supone apoyar a estos últimos. Como sentencia, nos dice Bellolio que «populismo y tecnocracia en algo se parecen: ambos quieren ahorrarse el proceso de mediación y deliberación que ofrecen los partidos y las instituciones formales de representación» (Bellolio, 2020: 49).

Así, lo que ambas visiones tienen en común es que rechazan que la idea de corrección tenga rol alguno que jugar en lo político. Los unos porque creen que la verdad no existe y la política se trata tan solo de lograr articulaciones hegemónicas para vencer (los populistas) y los otros porque creen que, si bien existe algo así como lo objetivamente correcto, asimismo creen que esto es autoevidente y por eso descreen que la política tenga relación alguna con esta verdad que se les aparece (los tecnócratas).²² El problema es que la decisión de cómo hemos de vivir nuestra vida en común ha de surgir por una deliberación donde todos estamos abiertos a cambiar nuestra opinión de acuerdo con el mejor argumento disponible. No ha de ser decidido por un selecto grupo de expertos que solo atiende a un aún más reducido espectro de argumentos.

Se acata, pero no se cumple

Aunque suene exagerado, la tecnocracia jurídica no hace contribución alguna en la resolución de estos problemas, sino todo lo contrario. Como veíamos, algo que está

21. Como afirma Habermas, al nivel postradicional de justificación la única ley que cuenta como legítima es aquella que puede ser racionalmente aceptada por todos los ciudadanos en un proceso discursivo de opinión y formación de voluntad (Habermas, 1996: 135).

22. En otras palabras, tanto el tecnócrata como el populista niegan que deba haber relación alguna entre la política y lo que es verdadero o correcto. Esto se manifiesta en que, por un lado, el populista devalúa la objetividad de la verdad (pues para él solo vale lo que hemos decidido) y, por otro lado, el tecnócrata devalúa la política (pues para él solo vale lo que es correcto de una forma que se presenta inmediatamente a su razón individual) (Atria, 2016: 360).

reñido con la tecnocracia es la intermediación política, pues el tecnócrata apela a una verdad prepolítica que no tiene relación con la deliberación de la comunidad. Pero la intermediación política supone que la validez de una decisión depende de que ella pueda ser entendida como el resultado de un proceso deliberativo y democrático. Y el producto de esto es la ley, donde por fin podemos afirmar que tenemos un espacio común, más allá de nuestros desacuerdos previos. En otras palabras, es el desacuerdo sobre la respuesta moral o políticamente correcta lo que explica la existencia del sistema institucional autoritativo, que es el derecho (Rosler, 2018: 15). Así, tomando como presupuesto el desacuerdo, la deliberación democrática es capaz de transformar lo políticamente controvertido en algo imparcial, y nos permite tener una respuesta institucionalmente mediada a la pregunta de cuál es la voluntad del pueblo.

Advertir esto es crucial, pues es indispensable que identifiquemos de forma institucionalmente mediada cuál es la voluntad del pueblo en sociedades tan diversas e incluso conflictivas como la nuestra. Pero si apelamos a la voluntad general de una forma no institucionalmente mediada, los que están en desacuerdo con nosotros no son ya personas con las que meramente estamos en desacuerdo, sino que pasan a ser personas que se oponen a la voluntad popular. Y así, o se moraliza el conflicto político del día a día (rasgo bastante común del populismo)²³, o se trata al resto de ignorantes²⁴ (rasgo común de la tecnocracia). Por lo anterior, el sentido de la estructura legislativa es permitir la identificación no-partisana de la voluntad del pueblo tal como está establecida en el tenor literal de la ley. Pero, como decíamos, la tecnocracia jurídica hace esto improbable al no prestar deferencia hacia la voluntad del legislador. Y así reintroduce el conflicto político en sede judicial.

Ante este fenómeno será necesario preguntarse si la cultura jurídica interna de los juristas, desde la práctica cotidiana en los tribunales o en la administración, hasta en los medios académicos, es capaz de asimilar la creciente influencia de una determinada manera de entender la naturaleza y la función del derecho que bien puede caracterizarse como tecnocrática (Greppi, 2017: 148).

Mi impresión es que, por lo visto, al ni siquiera percibir la falta de deferencia al legislador como algo problemático, la dogmática nacional de libre competencia no alcanza a captar el problema. Esto, pues el antitextualismo, al ser un discurso típicamente moral e inmediato, en el que lo que vale es el contenido de nuestras razones,

23. Así se puede entender la siguiente definición de Bellolio del populismo: «Una estructura discursiva moralizante que divide el espectro político entre un pueblo virtuoso y una élite corrupta» (Bellolio, 2020: 47). De la misma manera: Mudde (2004: 543). Esto, pues si se asume un concepto prepolítico de pueblo, «si un grupo o partido cree que el otro encarna el mal, entonces, sus miembros probablemente denunciarán los acuerdos como deshonestas concesiones a fuerzas oscuras» (Galston, 2018: 13. Traducción del autor).

24. Como diría Waldron, «si realmente creemos que las verdades que hemos alcanzado son “autoevidentes”, nuestra única explicación de que otras personas lleguen a respuestas diferentes va a ser que estas otras personas son tontas o pícaras» (Waldron, 1996: 224) (Traducción del autor).

no la autoridad de una institución, tiende a confundir el derecho existente con el que debería existir (Rosler, 2018: 15). Y por ello daña o derechamente ignora los pocos espacios de consenso que tenemos en una sociedad tan fragmentada como la nuestra.²⁵

Con respecto a que la cultura jurídica no alcance a captar lo anterior como un problema, valen un par de aclaraciones. Como dice Habermas, la interpretación jurídica depende de la presencia de cierto paradigma, el que supone un determinado modelo de sociedad y una idea con respecto a cómo funciona la democracia constitucional (Habermas, 1996: 194). Al respecto, mi hipótesis es que el paradigma que subyace al canon eficientista de interpretación es uno tecnocrático que asume que la deliberación solo tiene valor si ocurre entre expertos técnicos que tienen cierto conocimiento especial, y es por esto que están sistemáticamente dispuestos a dejar de lado el tenor literal; pues dentro de su paradigma no valoran que esta sea la forma en que queda plasmada la voluntad del legislador. Y esto, por supuesto, no es algo exclusivo del derecho de libre competencia, y es que, como dice Waldron:

Actualmente la legislación consagrada mediante votaciones tiene una muy mala fama en la teoría del derecho. Parece tan insensata —contar cabezas y decidir que un solo voto en el margen decida una cuestión— cuando lo que está en juego es alguna gran cuestión o compleja materia de *policy*. Esto contrasta con el elaborado proceso deliberativo de las cortes, donde las premisas y razones para una decisión son encarnados en el argumento que aparece en la sentencia (Waldron, 1996: 26).²⁶

A lo anterior hay que agregar que los paradigmas suelen endurecerse y convertirse en ideologías en la medida en que sistemáticamente se recluyen a sí mismos de percibir nuevas situaciones. También resisten diferentes interpretaciones de los derechos y principios, ya que ellas los empujarían a reconocer experiencias históricas radicalmente nuevas.²⁷ Y estos paradigmas operan y se estabilizan mediante monopolios profesional y judicialmente institucionalizados con respecto a la interpretación que solo permiten revisión interna de acuerdo con sus propios estándares (Habermas,

25. Por supuesto, el antitextualista podría decir que sí respeta la voluntad del legislador, pero que no es esta la que está expresada en una defectuosa ley, pues, por ejemplo, sería irracional respetar una ley mala o ineficiente. Pero el problema es que, con tan solo invocar la intención general e hipotética del legislador de sancionar la mejor ley posible, este podría apartarse de la ley y todo en aras de la intención misma del legislador. Así, muchas desobediencias pueden ser re-descriptas en términos de la más fiel obediencia (Rosler, 2018: 16). El problema, en otras palabras, es que dado que la ley proviene de un conjunto de personas tan variado como aquel que hay en el poder legislativo, uno nunca puede saber con certeza cual es el acuerdo al que estos llegaron como cuerpo colectivo, excepto con referencia a las palabras que tienen frente a sí (Waldron, 1996: 25).

26. Note en todo caso el lector que dentro del mismo TDLC también hay desacuerdos y que estos también se deciden mediante votación, existiendo a veces un margen de un mero voto.

27. Un análisis en estos términos está presente en Peralta (2022c: 455 y ss.).

1996: 221). Lo anterior explica, en parte, la incapacidad del canon eficientista de percibir el valor en el textualismo, pues no está dentro de su paradigma interpretativo la idea de que la voluntad popular es valiosa; como diría Hayek, «estos proceden alegremente sobre la ficción de que los factores que pueden percibir son los únicos relevantes»²⁸ (Hayek, 1989: 3).

En estos términos, el paradigma de los tecnócratas de la libre competencia supone que la deferencia hacia el legislador no es importante, sino que lo central es hacer que el sistema sea más eficiente. Y esto se explica porque para el tecnócrata la corrección de una respuesta no depende de que sea, como dice nuestro Código Civil, «una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite». Más bien su corrección depende de que dicha norma sea razonable o eficiente. El tecnócrata solo fija la mirada en maximizar cierto objetivo, aun yendo en contra del tenor literal y, por tanto, de la voluntad del legislador. Y es por esto que el ideal del gobierno de los expertos, es decir, de las personas más capacitadas para descubrir las soluciones «correctas», alimenta las tensiones anti-formalistas (Greppi, 2017: 147). Así, bajo esta visión, el conocimiento, la competencia técnica en la resolución de problemas, y no la autoridad, es la clave del éxito (Greppi, 2017: 156). Es decir, lo inverso al *dictum* hobbesiano: *veritas non auctoritas facit legem*.

Esto es importante, pues la separación de poderes estatales depende de que nuestros operadores jurídicos estén dispuestos a aceptar que existe una delicada separación de competencias entre los organismos con legitimación democrática directa que crean las reglas (el poder legislativo o la administración) y organismos que las aplican (los jueces). Y esto se debe a que el derecho consiste en un intrincado sistema formal de delimitación y diferenciación de competencias. Por eso este necesita que los funcionarios encargados de aplicarlo reconozcan el valor superior de preservar esta compleja estructura de diferenciación de competencias no porque de este modo la solución va a ser más justa, sino porque solo de esta manera es posible el autogobierno de nosotros, los chilenos (Atria, 2003: 56-57). En otras palabras, la separación de poderes es parcialmente dependiente de convenciones sociales, y esto implica que las cortes deben cuidarse de no usurpar el poder legislativo al decidir cuál es el contenido del derecho (MacCormick, 2007: 43).

Las consideraciones institucionales recién esgrimidas evidentemente tienen relación con la cultura jurídica, con el canon interpretativo de quienes operan el sistema: solo si en su actuar del día a día los jueces muestran deferencia hacia el legislador, la idea de que la ley es la voluntad soberana tiene algo de realidad.²⁹ Por esto, por

28. Traducción del autor.

29. Y aquí juega un papel estelar el rol crítico y vigilante de la doctrina, pues si bien carece de *potestas*, si su opinión está suficientemente bien fundada debería tener algo de *auctoritas* con el que controlar el quehacer del tribunal.

ejemplo, existe la prohibición de analogía en el derecho penal: solo bajo tal constreñimiento interpretativo se hace probable que las leyes penales apliquen restrictivamente, y que los jueces tengan poco poder en comparación al poder legislativo. Y algo parecido puede ser dicho aquí, pues que los jueces de libre competencia hagan realidad la voluntad del legislador depende de que estos sean deferentes hacia él, de que se tomen en serio sus palabras, de que tomen en serio el tenor literal.³⁰

Con respecto a esto último, en el contexto de la discusión sobre posibles reformas a la ley de *antitrust* de Estados Unidos., Crane (2021b: 1.252) nos advierte que el patrón antitextualista de las cortes:

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.³¹

30. Y es por esto que, en el contexto de Estados Unidos., Oldham denuncia «mediante esta empresa de creación normativa de *common law* las cortes federales han abandonado sus obligaciones de interpretación estatutaria y han usurpado la prerrogativa legislativa de crear reglas, así poniendo en riesgo la separación de poderes» (Oldham, 2006: 55) (Traducción del autor.). Es decir, esto ya es denunciado en una tradición donde la innovación jurisprudencial es más aceptada, por lo que, en nuestro país, de tradición continental, esto debería ser bastante más problemático. Pero, como dice el mismo Oldham, «la sabiduría convencional alegremente hace vista gorda a estas fuentes de ilegitimidad» (Oldham, 2006: 22) (Traducción del autor).

Y además de lo anterior hay que considerar que, si los jueces no toman en serio la voluntad del legislador, los operadores jurídicos y sobre todo los jueces terminan operando como *free-riders*. Esto, pues si bien las instituciones autoritativas —como las judiciales— en principio tratan de persuadirnos con los fundamentos de sus decisiones, debido a nuestra propia obstinación, con frecuencia se ven forzadas a recordarnos que no es la corrección misma de sus decisiones la que nos obliga, sino su autoridad (Rosler, 2018: 12). En otras palabras, la existencia de los tribunales y la fuerza obligante de sus decisiones se basa en la misma ley que después ignoran. En este sentido, el antitextualista espera que el ciudadano se sienta obligado en cuanto a reconocer la existencia del tribunal y la fuerza de sus decisiones pues esto se basa en la ley, pero no admite que esa misma ley le guíe a él en sus decisiones. Esto es sumamente problemático, pues las consecuencias de entender que la vinculación institucional es puramente estratégica son claras: no tiene sentido pretender que la vinculación no es simétrica: si mi vinculación a la ley es estratégica, no puedo pretender que la tuya no lo sea (Atria, 2012: 100). En otras palabras, el que niega lealtad a la ley, esto es, a la expresión de nuestra comunidad, no puede pedir eso de vuelta. Y así, nuestros lazos se debilitan, pues se hace improbable la pretensión del derecho moderno de que «la desestabilización resultante del desacuerdo es evitada en virtud del hecho de que los destinatarios de las normas no pueden poner en cuestión la validez de las normas que deben seguir» (Habermas, 1996: 37) (Traducción del autor).

31. El carácter antidemocrático del *antitrust* tecnocrático se sostiene en que «la toma de decisiones está cada vez más libre de presiones políticas y se ha delegado a especialistas» (Crane, 2007b: 5) (Traducción

Crane dice que su tesis no es prescriptiva, sino que descriptiva (Crane, 2021b: 1250). Yo sí seré prescriptivo. Este patrón antitextualista no es nada menos que la insubordinación de las cortes a quienes tienen el legítimo poder de crear normas: la administración o el poder legislativo.

El fenómeno recién descrito empuja a que la política de competencia pase al control de un grupo socialmente homogéneo que domina qué tipo de argumentos son o no aceptables dentro de la sede de libre competencia. Esto es preocupante, pues en el quehacer político con ciudadanía universal hay problemas para todo tipo de política virtuosa si grandes grupos dentro del electorado son excluidos del involucramiento en la vida pública y, pasivamente, permiten que su marginal quehacer político sea manejado por elites (Crouch, 2004: prefacio X-XI).³²

Esto es lo que ocurre en sede de libre competencia, pues es bastante más probable que sea escuchada la voz del ciudadano común si es que la cuestión es planteada en el Congreso (pues allí la representatividad está asegurada o al menos es más probable), o ante la administración (donde la acción política no es velada, sino que es enjuiciada políticamente). Lo anterior no es así en sede judicial, donde incidir implica costos y, además, hay que aceptar el reductivo marco de los tecnócratas jurídicos de turno. Esto es importante, pues si la idea de autoridad democrática y, por tanto, legítima descansa en el hecho de que de alguna forma tomamos parte de las decisiones, entonces todas las voces deben ser oídas (Bankowski, 1999: 431). Por ello, como alguna vez afirmó Roscoe Pound criticando la creación judicial de normas en desmedro de la legislación:

Hoy reconocemos que la así llamada costumbre es una costumbre de decisión judicial, no una costumbre de acción popular. Reconocemos que la legislación es la verdaderamente democrática manera de tomar decisiones. Vemos en la legislación la más directa y precisa expresión de la voluntad general (Pound, 406).

¿El fin de la historia de la libre competencia?

Otra defensa que aún podría esgrimir el tecnócrata es que la fuerza de los hechos ha llevado al estado de cosas actual, pues el marcado carácter técnico de la disciplina implica necesariamente que cuestiones complejas no puedan ser tratadas adecuadamente por el poder legislativo, sino que deben ser tratadas por expertos.³³ Así, el

del autor) y en que la disciplina esté «capturada por abogados y economistas que avanzan sus objetivos libres de control político y económico» (First y Weber, 2013: 2544) (Traducción del autor).

32. Traducción del autor.

33. Pero dada la creciente complejidad social esto podría llegar a ser cierto con respecto a todas las áreas de la vida, por lo que este argumento eventualmente dejaría fuera de juego a la democracia si es llevado hasta sus últimas consecuencias.

desarrollo de una tecnocracia jurídica en libre competencia sería un desarrollo tan natural como irreversible.³⁴

Con todo, como dice Crane (2007b: 68), es ingenuo pensar que la tecnocracia representa el momento final e idílico del *antitrust*. Esto, pues si se dan ciertas condiciones de controversia política sería inevitable un nuevo conflicto sobre las normas de *antitrust* y su implementación (Crane, 2007b: 69).³⁵

Si dicha politización ocurre y a ella sumamos un canon antilateralista de interpretación, la aplicación de las normas de libre competencia será altamente impredecible, pues se volverá un conflicto el cómo plasmar diferentes visiones políticas sobre la libre competencia, sin que pueda ser mediado por decisiones legislativas. Así, quizás se repita la situación que Baxter denunciaba cuando aún no se consolidaba el paradigma actualmente hegemónico. Ahí, como resultado de la discusión sobre los fines del *antitrust*, había incertidumbre sobre la medida con la cual debía ser testeada la legalidad de varios tipos de conductas empresariales (Baxter, 1982: 671).

Pero el problema de los tecnócratas no termina aquí, pues dichas condiciones de controversia política son promovidas por ellos mismos. Como explica Rockman, si bien hay varios factores detrás del populismo, todos tienden a mostrar que sus integrantes desafían lo que es percibido como un *statu quo* insatisfactorio que parece controlado por una elite (Rockman, 2019: 7). Así, el tecnócrata, al desdeñar toda discusión sustantiva, refuerza el sentimiento populista de que hay una elite totalmente desconectada de las presiones populares.³⁶

34. Creo que esta sería una conclusión apresurada, pues antes de llegar a ella habría que descartar toda solución posible, tal como tener un ente administrativo que crea y aplica reglas (como en la Unión Europea), o usar facultades actualmente existentes para promover una regulación más fina. Pero el problema es que, por descartar de antemano que exista un problema, entonces no se llega a ver si existe alguna solución. Por supuesto, es posible que no haya solución, creer lo contrario sería voluntarismo. Pero esa es una conclusión a la que solo podemos llegar después de agotar todas las opciones posibles.

35. Con respecto al caso chileno, no parece haber indicio alguno de esto, lo que quizás indica que nuestra cultura jurídica es bastante más «homogénea» que la cultura jurídica de países como Estados Unidos. Con todo, muchas demandas políticas con bastante arraigo en Chile pueden eventualmente ser transformadas y afectar el corazón de la libre competencia. Por ejemplo, la demanda por mayor igualdad podría plasmarse en cambios a la política de libre competencia que llevara a la persecución de dichos valores (en Estados Unidos. podemos ver como Tim Wu argumenta a favor de esto en: Wu, 2018). Asimismo, se podría intentar mayor dispersión del poder económico mediante una política de libre competencia distinta (argumento también presentado en: Wu, 2018). Hay muchas demandas generales que pueden ser potencialmente impuestas a la institucionalidad de la libre competencia. Con esto no busco afirmar que ello sería buena idea (tampoco intento afirmar que sería mala idea; hace falta una discusión aparte respecto de esto). Mi único punto es que es posible que, tal como en Estados Unidos., que la institucionalidad de libre competencia se vuelva el campo de batalla entre distintos idearios políticos.

36. Como dice Bellolio, «el populismo aparece también como una reacción ante un liberalismo antidemocrático que pone cada vez más decisiones en manos de órganos no electos» (Bellolio, 2020: 45).

De esta manera, el problema del tecnócrata es que se vuelve precisamente aquello que el populista tiene razón en denunciar: es parte de un grupo dirigente totalmente escindido de la vida política y de la necesidad de dar y recibir argumentos. Así, aun cuando estos persiguen neutralizar el conflicto político (Caramani, 2017: 55) ven, a fin de cuentas, sistemáticamente negada su pretensión de lograr un mundo despolitizado, pues no hay recetas mágicas en que, de una vez por siempre, se pueda negar todo tipo de politización. Y peor aún, el tecnócrata no da fuerza a una versión virtuosa de hacer política, sino que aviva justamente al populismo, que es su peor versión, al dar la razón al reclamo de que nuestras sociedades son gobernadas por tecnocracias que usurpan el poder soberano del pueblo (Bellolio, 2020: 50).

Por lo dicho hasta aquí, creo que el problema es la falta de una adecuada intermediación política. Pero si es así, la solución no está en abandonarla y unirse al bando de los tecnócratas o de los populistas. Antes bien, la solución va en la línea de colaborar con nuestras instituciones de intermediación política. Y lo anterior implica un esfuerzo de toda la comunidad política. Cuan bien funciona la democracia representativa y la intermediación institucional depende de todos nosotros, y eso también incluye a los operadores jurídicos. Pues vivir en democracia no se reduce solamente a participar de votaciones cada cierto tiempo, sino que también está relacionada con respetar sus decisiones, y aquí los juristas y abogados tienen un rol estelar (no por nada Dworkin decía que las escuelas de derecho son el quinto poder del Estado).³⁷ En otras palabras, el rol del ciudadano requiere de una disciplinada predisposición a aceptar decisiones a las que se oponía o que son contrarias a sus intereses. Los resultados aquí son pocas veces óptimos desde una perspectiva individual, pero esta falta de encuadre con lo que uno habría querido es compensada por la satisfacción cívica de que estas decisiones se lograron a través de un procedimiento democrático legítimo (Streeck, 2012: 41).

Antes de terminar me quiero enfrentar a la posible objeción de que el argumento de este texto es quijotesco. Podría entenderse que quien defiende estas ideas es una persona sobre ideologizada (¡que cree que la ley debiera ser la voluntad del pueblo!) y que se enfrenta a rivales imaginarios (como un supuesto conjunto de tecnócratas que dañan nuestras instituciones democráticas). Parecería ser como don Quijote, esto es, un viejo hidalgo que, inspirado por ideales ya pasados de moda, se bate contra molinos de viento. Pero creo que no merezco tan honrosa comparación. Por un lado, porque aquellas ideas que defiendo no las defiendo ingenuamente, pues reconozco que la democracia tiene problemas y que no está a la altura de sus promesas. Mi punto no consiste en defender una imagen tan halagadora como falsa de la democracia. Creo en ella a pesar de sus fallas, y creo que el riesgo de que muera a causa de

37. Lucas Sierra y Pablo Ruiz Tagle, «Ronald Dworkin: Las escuelas de derecho son el quinto poder del Estado», *www.cepchile.cl*, 5 de marzo de 1994, disponible en <https://bit.ly/3phVXox>.

nuestro cinismo colectivo es demasiado alto como para dejar de lado su defensa. Con respecto a que me enfrente contra rivales imaginarios,³⁸ creo que tampoco es cierto. Por un lado, como veíamos a propósito de Habermas, es común que diversas prácticas tengan supuestos implícitos que solo un análisis más abstracto puede reconocer y criticar. Ante esto, un potencial crítico podría simplemente responder *its not that deep*, pues la cuestión analizada no da para tanto: no hace falta conectar un análisis de la interpretación jurídica chilena de las normas de libre competencia con cuestiones como la importancia de la democracia, el valor de la verdad en la discusión, etcétera. A este respecto, pienso que sí hace falta dicho análisis. Como dice Donatella della Porta, usar teorías poco comprensivas tiene riesgos, pues se dificulta tener reflexiones acerca de fenómenos más amplios (cuestión que, a su vez, sirve para que diversas disciplinas se comuniquen entre sí). Por esto necesitamos abordar las grandes cuestiones con tal de conectar subcampos, entre diversas disciplinas, que tienden a estar cada vez más separadas entre sí (Crouch, della Porta, Streeck, 2016: 498).

Por ello en este artículo he intentado explicar —con un nivel mayor de generalidad— el canon interpretativo de nuestra doctrina de libre competencia, sus supuestos, sus posibles causas y las implicancias que tiene para nuestra vida en común.³⁹

Conclusión

En este artículo he intentado probar lo siguiente. Primero, que la cultura jurídica chilena de libre competencia es tecnocrática y, consecuentemente, antiliteralista. Segundo, que si bien los tecnócratas de libre competencia intentan pasar por personas lo más distintas posibles a los populistas, se parecen bastante a ellos. Tercero, que por su canon antiliteralista los tecnócratas dañan nuestras instituciones de intermediación política, pues hacen que la decisión de cuestiones fundamentales de nuestra vida en común pase de las manos de la ciudadanía a las de un reducido grupo de expertos que manejan un canon argumentativo particularmente estrecho.

38. Con esto, por supuesto, no me refiero a nada más que «personas con las que estoy en desacuerdo».

39. Sobre sus implicancias prácticas he dicho cosas más específicas. Creo que un canon literalista a) implica que todas las conductas sancionadas por el inciso segundo del artículo 3 del DL 211 se rigen de acuerdo con la regla *per se* (Peralta, 2022a: 172 y ss.); b) permite sostener a partir del tenor literal de la ley un equivalente funcional a la figura de un *single continuous infringement* (Peralta, 2022d: 60 y ss.); c) permite racionalizar el debate en torno al bien jurídico protegido por la colusión (Peralta, 2023a); d) permite distinguir efectivamente los acuerdos de las prácticas concertadas y así ampliar la punibilidad de la colusión y hacer efectiva la voluntad del legislador (Peralta, 2023b y 2023e) permite descartar que las garantías penales aplican en el procedimiento de libre competencia (Peralta, 2023c). Los anteriores artículos pueden ser entendidos como un intento de demostración de que el análisis literal es posible en libre competencia. Este artículo, al defender el valor del análisis literal es el prólogo (anteriormente) silencioso de dichos artículos.

Por lo menos creo haber demostrado que aun si un canon funcionalista es superior, su implementación no viene sin costos. Antes bien, viene de la mano con costos de legitimidad (aun si se cree que estos no son tan relevantes). Con todo, no podemos saber cuáles son los límites de un canon literalista antes de implementarlo. Y una vez descubiertos dichos límites, aún queda la pregunta sobre qué hacer con respecto a ellos, como, por ejemplo, desarrollar reglamentación infralegal vía el TDLC⁴⁰ o incluso optar por otro sistema (uno enteramente administrativo, como el de las super intendencias). Por supuesto, no hay respuestas fáciles, pero esto no niega que la discusión en torno a estos asuntos sea necesaria. Con todo, lamentablemente todo esto en Chile es pasado por alto y nos contentamos con ver estos debates como una especie de cuestión puramente ociosa de países más desarrollados que el nuestro. Este artículo ha intentado aportar a esta discusión.

Referencias

- ATRIA, Fernando (2002). *On law and legal reasoning*. Oxford: Hart Publishing.
- . (2003). «La hora del derecho». *Estudios Públicos*, 91: 45-89.
- . (2004). «Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo». *Revista de Estudios de la Justicia*, 5: 119-141.
- . (2012). «La idea de teología política». *Revista Derecho y Humanidades*, 20: 93-125.
- . (2016). *La forma del derecho*. Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons.
- BANKOWSKI, Zenon (1999). «Transparency and the particular». *Cultural Values*, 3 (4): 427-444.
- BAXTER, William (1982). «Separation of powers, prosecutorial discretion, and the common law nature of antitrust law». *Texas Law Review*, 60: 661-703.
- BELLOLIO, Cristobal (2020). «El pueblo contra la ciencia, un conflicto discursivo». *Revista Átomo*, 3: 42-57.
- BICKERTON, Christopher y Carlo Invernizzi Accetti (2015). «Populism and technocracy: opposites or complements?». *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 20 (2): 186-206.
- BLAIR, Roger y Daniel Sokol (2012). «The rule of reason and the goals of antitrust: An economic approach». *Antitrust Law Journal*, 78: 471-504.
- CARAMANI, Danielle (2017). «Will vs. Reason: The populist and technocratic forms of political representation and their critique to party government». *American Political Science Review*, 111 (1): 54-67.
- CRANE, Daniel (2007a). «Rules versus standards in antitrust adjudication». *Washington and Lee Law Review*, 64 (1): 49-110.

40. Algo de esto he intentado explicar en Peralta (2022b: 144 y ss.).

- . (2007b). «Technocracy and antitrust». *Benjamin N. Cardozo School of Law, Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Working Paper*, 208: 1-68.
- . (2011). *Institutional structure of antitrust enforcement*. Oxford: Oxford University Press.
- . (2016). «Formalism and functionalism in antitrust treatment of loyalty rebates: A comparative perspective». *Antitrust Law Journal*, 81: 209-221.
- . (2021a). «Antitrust and democracy». *Investigaciones CeCo*.
- . (2021b). «Antitrust antitextualism». *Notre Dame Law Review*, 96 (3): 1205-1256.
- CROUCH, Colin (2004). *Post-Democracy*. Londres: Polity.
- . (2019). «Post-Democracy and populism». *The Political Quarterly*, 90 (1): 124-137.
- CROUCH, Colin, Donatella della Porta y Wolfgang Streeck (2016). «Democracy in neo-liberalism». *Anthropological Theory*, 16 (4): 497-512.
- DWORKIN, Ronald (2011). *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FIRST, Harry y Spencer Weber (2013). «Antitrust's democracy deficit». *Fordham Law Review*, 81 (5): 2543-2574.
- GALSTON, William (2018). «The populist challenge to liberal democracy». *Journal of Democracy*, 29 (2): 5-19.
- GONZÁLEZ, Aldo (2020). «Antitrust bajo ataque». *Investigaciones CeCo*.
- GREPPI, Andrea (2017). «Tecnocracia (y cultura jurídica)». *Eumonía, Revista en la cultura de la legalidad*, 12: 147-162.
- GRUNBERG, Jorge (2020). «Regla *per se* para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente». *Investigaciones CeCo*.
- GRUNBERG, Jorge y Santiago Montt (2017). «La prueba de la colusión». En Felipe Belmar y otros (editores), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*. Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.
- HABERMAS, Jürgen (1996). *Between facts and norms*. Cambridge Massachusetts: MIT Press.
- HAYEK, Friedrich (1989). «The pretence of knowledge». *The American Economic Review*, 79 (6): 3-7.
- HOBBS, Thomas (1996). *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HONNETH, Axel (2003). «Redistribution as recognition: A response to Nancy Fraser». En Axel Honneth y Nancy Fraser, *Redistribution and Recognition* (pp. 110-197). Londres: Verso.
- HOVENKAMP, Herbet (2018). «Whatever did happen to the antitrust movement?». *Notre Dame Law Review*, 94 (2): 583-638.
- KATZ, Ariel (2020). «The Chicago School and the forgotten political dimension of antitrust law». *University of Chicago Law Review*, 87 (2): 413-458.

- KHAN, Lina. (2020). «The end of antitrust history revisited». *Harvard Law Review*, 133: 1655-1682.
- MACCORMICK, Neil (2007). *Institutions of law*. Oxford: Oxford University Press.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2018). «El principalismo político criminal como fetiche». *Revista de Estudios de Justicia*, 29: 59-71. Disponible en <https://bit.ly/3uStpB7>.
- MONTT, Santiago (2010). «El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: Una mirada desde las políticas públicas». *Documentos de Trabajo núm. 1*, Centro de Regulación y Competencia - Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- MUDDE, Cass (2004). «The populist Zeitgeist». *Government and Opposition*, 39 (4): 541-563.
- OLDHAM, Andrew (2006): «Sherman's march (in) to the sea». *Tennessee Law Review*, 74: 319-379. Disponible en <https://bit.ly/3a9OEr4>.
- ORBACH, Barack (2017). «Antitrust Populism». *New York University Journal of Law and Business*, 14 (1): 1-25.
- PERALTA, Ignacio (2022a). «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*, 36: 159-184.
- . (2022b) «La arbitrariedad de la regla de la razón y por qué el TDLC debería dictar instrucciones generales de manera intensiva». *Revista de Derecho Económico*, 79 (2): 127-152.
- . (2022c). «Los tecnócratas y su monopolio sobre la libre competencia». *Latin American Legal Studies*, 10 (2): 416-469.
- . (2022d). «Un análisis dogmático penal de la colusión en su forma de acuerdo único y continuo (*single continuous infringement*). ¿Delito de organización, delito continuado o unidad típica de acción?». *Revista de Estudios de la Justicia*, 37: 39-70.
- . (2023a). «El bien jurídico protegido por la legislación chilena de libre competencia». *Revista Derecho y Sociedad*. Aceptado para su publicación.
- . (2023b). «La distinción entre acuerdos y prácticas concertadas (un análisis a partir del “caso supermercados”)». *Revista Ius et Praxis*, 29 (1): 145-164.
- . (2023c). «Por qué las garantías penales no aplican al procedimiento de libre competencia». *Revista de Derecho Económico*, 80 (1). Aceptado para su publicación.
- POUND, Roscoe (1908). «Common law and legislation». *Harvard Law Review*, 21 (6): 383-407. Disponible en <https://bit.ly/3YTBNOq>.
- ROCKMAN, Bert (2019). «Bureaucracy between populism and technocracy». *Administration & Society*, 51 (10): 1546-1575.

ROSLER, Andrés. (2018). «Hermes o la continuación de Antígona por otros medios: Una crítica del interpretativismo». *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, (6): 21-55.

STREECK, Wolfgang (2012). «Citizens as consumers». *New Left Review*, 76: 27-47.

TAPIA, Javier y Santiago Montt (2012). «Judicial scrutiny and competition authorities: The institutional limits of antitrust». En Daniel Sokol y Ioannis Lianos (editores), *The Global Limits of Competition Law* (pp. 141-157). Stanford: Stanford University Press.

WALDRON, Jeremy (1996). *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press.

WU, Tim (2018). *The curse of bigness*. Columbia Global Reports.

Agradecimientos

Agradezco a Francisco Agüero, León Ferrada, a los y las integrantes del Centro de Regulación y Competencia, y a dos revisores anónimos por sus comentarios realizados a este texto.

Sobre el autor

IGNACIO PERALTA FIERRO es egresado de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante *ad honorem* de Filosofía de la Moral, Justicia Social y Teoría de la Justicia, Derecho Penal y del Centro de Regulación y Competencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es iperaltaf@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0003-2873-3145>.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

(www.tipografica.io)