



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Programa de Doctorado en Derecho

EL *RULE OF LAW* EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Un enfoque liberal clásico. Aplicaciones a Chile.

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho

FERNANDO ANDRÉS ARAYA JASMA

Director de la investigación: Dr. (juris) Enrique Barros Bourie

Santiago, Chile

2016

A Constanza, José Tomás y Simón

Agradecimientos

Muchas personas han contribuido a mi formación y a que me haya sido posible llegar a esta etapa del programa de doctorado en derecho. A todas ellas quiero agradecer.

El ejemplo de mis profesores en la Universidad de Concepción Dr. (juris) Ramón Domínguez Águila y Dr. (juris) Daniel Peñailillo Arévalo despertó mi interés en la actividad académica. Sus cartas de recomendación respaldaron mi admisión al programa.

Los cursos del ciclo habilitante me resultaron muy formativos, mérito de la generosidad de quienes los impartieron. Especial mención quiero hacer del profesor sr. Pablo Serra Banfi (PhD) de quien recibí mis primeros rudimentos sistemáticos en microeconomía. Iniciado el ciclo doctoral, la guía del profesor Enrique Barros fue determinante en la orientación de esta investigación. Agradezco especialmente su interés y apoyo en la dirección. Al sumergirme en las fuentes de la ilustración escocesa para brindar soporte a lo que este trabajo denomina *enfoque liberal clásico*, sin embargo, me habría ahogado fácilmente de no ser por la atenta lectura y versados comentarios a los borradores del proyecto de tesis que hiciera el profesor Leonidas Montes (PhD).

Una estadía de investigación en el Instituto Suizo de Derecho Comparado en el año 2007, financiada en parte con fondos del proyecto Mecesup administrado por el programa me fue fundamental en la primera recopilación bibliográfica para este trabajo. Agradezco la generosidad y dedicación de los destacados académicos que han estado a cargo de la dirección académica del programa. Valoro especialmente su razonabilidad y comprensión para con quienes hemos enfrentado dificultades en el camino. Mis agradecimientos especiales para los profesionales que se han desempeñado en la dirección ejecutiva del programa, sr. Jaime Valladares, sr. Joaquín Trujillo y, particularmente, a Bárbara Parada, por su permanente preocupación no solo por el buen funcionamiento de las actividades del programa, sino además por el bienestar de sus estudiantes.

Este trabajo también es fruto, en parte, de la oportunidad que tuve de desempeñarme en la Fiscalía Nacional Económica (FNE) por varios años, en diversas funciones. A las personas que sirvieron los cargos de Fiscal Nacional Económico, y otros directivos y profesionales de la FNE con quienes compartí, agradezco enormemente las discusiones sustantivas en las que participé.

Mi entorno más cercano, familia y amigos que me han acompañado en este camino, saben de mi gratitud para con ellos y de lo fundamentales que han sido. Finalmente, a todos quienes me han ayudado a dar pasos de gigante en ese otro sendero que me ha tocado transitar, vaya mi infinito agradecimiento.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN

I.1. Objetivo e hipótesis.....	1
I.2. Motivación y fundamentos.....	4
I.3. Una revisión de la literatura sobre liberalismo y derecho de la competencia.....	8
I.4. Plan.....	15
I.5. Cuestiones metodológicas.....	17
I.6. Principales Exclusiones.....	22

PRIMERA PARTE:

LIBERALISMO, DERECHO DE LA COMPETENCIA, PODER

Capítulo 1: ¿Qué liberalismo? ¿Qué derecho de la competencia? ¿Qué poder?

1.1. ¿Qué liberalismo?.....	27
1.1.1. Liberalismo y derecho de la competencia.....	27
1.1.2. ¿Satisface el Derecho de la Competencia un ideario liberal?.....	28
1.1.3. Liberalismo clásico vs. liberalismo moderno	31
1.2. ¿Qué derecho de la competencia?	35
1.2.1. Evolución de las ideas y rasgos comunes hoy en el derecho de la competencia	35
1.2.2. Rasgos comunes del derecho de la competencia hoy e inquietudes generales para un enfoque liberal clásico	53
1.3. ¿Qué poder?.....	65
1.3.1. El liberalismo y las amenazas del poder en sus distintas formas.....	65
1.3.2. ¿Qué poderes afectan negativamente la competencia en los mercados y qué poderes permiten ser puestos en la mira por un enfoque liberal clásico?.....	73

SEGUNDA PARTE:
ENFOQUE LIBERAL CLÁSICO Y *RULE OF LAW*

Capítulo 2: Pilares de un enfoque liberal clásico y la posibilidad de concebir un derecho de la competencia desde este enfoque

2.1. Pluralismo e individualismo metodológicos, interdisciplinariedad.....	85
2.1.1. Sobre el pluralismo metodológico	85
2.1.2. Sobre individualismo metodológico: un individualismo institucional	88
2.1.3. Sobre interdisciplinariedad: D. Hume y A. Smith	89
2.1.4. Concepciones científicas: objetivo de comprensión antes que de predicción; y, enfoque retrospectivo antes que prospectivo	93
2.1.5. Otras cuestiones metodológicas.....	97
2.2. La concepción liberal clásica de individuo	103
2.2.1. La compleja individualidad social del ser humano en D. Hume	104
2.2.2. La naturaleza humana compleja en A. Smith	107
2.3. La utilidad, el crecimiento y la redistribución en un enfoque liberal clásico y su función para una teoría de la justicia.....	119
2.3.1. Utilidad, crecimiento y redistribución en Hume.....	119
2.4. Teoría de la justicia y concepciones de derecho	123
2.4.1. Elementos de una teoría de la justicia en D. Hume	123
2.4.2. Teoría de la justicia y concepciones de derecho en A. Smith.....	134
2.5. Sobre la posibilidad de concebir un derecho de la competencia desde un enfoque liberal clásico.....	152
2.5.1. Elementos en el pensamiento de D. Hume	152
2.5.2. Elementos en el pensamiento de A. Smith	159
2.5.3. El derecho antimonopolios desde un enfoque liberal clásico: El rescate de la tradicción en el s. XX y una conjetura.....	180

Capítulo 3: La supremacía del derecho y el gobierno de las reglas: el “*rule of law*” en autores liberales clásicos y en teoría del derecho

3.1. Prevenciones y plan.....	185
3.2. Desarrollos sobre el “ <i>Rule of Law</i> ” en autores del enfoque liberal clásico.....	190
3.2.1 David Hume: la cadena indisoluble conducente al “ <i>Rule of Law</i> ”	190
3.2.2. Adam Smith: distinción entre justicia y otras virtudes, precisión de las reglas, hacia el “ <i>Rule of Law</i> ”	194
3.2.3. Ordoliberalismo y Escuela de Friburgo: orden y política orientada por reglas	206
3.2.4. F.A. Hayek : Confluencia de las tradiciones del orden espontáneo y del “ <i>Rule of Law</i> ”	215
3.3. El “ <i>Rule of Law</i> ” en estudios contemporáneos sobre teoría del derecho	223
3.3.1. Tom Bingham: Divulgación de una concepción sustantiva de <i>Rule of Law</i>	223
3.3.2. Jeremy Waldron: la reflexión teórica y la renovación del interés por el estudio del <i>rule of law</i>	228
3.4. Hacia una concepción liberal clásica del “ <i>Rule of Law</i> ”. Elementos	

TERCERA PARTE:

***RULE OF LAW* Y DERECHO DE LA COMPETENCIA**

Capítulo 4: Cuestiones y problemas de “*rule of law*” en el derecho de la competencia en el extranjero

4.1. Consideraciones de “ <i>Rule of Law</i> ” por el derecho y la política de competencia.....	245
4.2. Cuestiones y problemas de “ <i>Rule of Law</i> ” en el derecho de la competencia en el extranjero.....	256
4.2.1. Reglas y estándares. Teoría de la decisión	256
4.2.2. Discrecionalidad en promover la aplicación de la ley (<i>prosecutorial discretion</i>)	273

Capítulo 5: Cuestiones y problemas de “rule of law” en el derecho de la competencia en Chile

5.1. Particularidades del sistema chileno de derecho de la competencia	292
5.1.1. Breves referencias históricas, institucionales y a evaluaciones independientes	292
5.1.2. Normas sustantivas de responsabilidad	300
5.1.3. Ejercicio de potestades discrecionales por las autoridades de competencia.	303
5.1.4. Salidas alternativas: procedencia y estándar legal de autorización	305
5.2. Posibles cuestiones y problemas de <i>rule of law</i>	307
5.2.1. En el ámbito de atribuciones de la FNE:	307
5.2.2. En el ámbito de atribuciones del TDLC:	308
5.2.3. En el ámbito de atribuciones de la CS:	308
5.2.4. En el ámbito de atribuciones del legislador, considerar:	308

Capítulo 6: Identificación de cuestiones y problemas de “rule of law” en la práctica decisoria de autoridades y tribunales de competencia en Chile

6.1. Prevenciones y plan	310
6.2. Manifestaciones de la preocupación por el <i>rule of law</i> en autoridades y tribunales chilenos de competencia	312
6.2.1. La FNE	312
6.2.2. El TDLC	315
6.3. Anomalías en la utilización de reglas y estándares	317
6.3.1. Tratamiento <i>per se</i> a un caso que debió juzgarse de conformidad con un estándar o una regla menos objetiva	318

SÍNTESIS, CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES

Síntesis	321
Conclusiones	325

BIBLIOGRAFÍA.....331

RESUMEN

El trabajo identifica las principales cuestiones y problemas de *rule of law* en el derecho de la competencia, siguiendo una concepción inspirada en un enfoque liberal clásico. Efectúa aplicaciones de lo anterior a Chile.

La tesis busca demostrar que dada la aproximación consecuencialista e inspirada en la economía del bienestar del enfoque hoy predominante en derecho de la competencia y dadas las diferentes concepciones de *rule of law* que hoy compiten en el mercado de las ideas, es sólo anclando el discurso a un enfoque liberal clásico que se brinda coherencia a la pregunta por el *rule of law* en el derecho de la competencia y resulta posible la identificación de riesgos.

La **primera parte** del trabajo encamina un programa de investigación para los problemas de competencia en los mercados desde un prisma liberal clásico. La contribución central de un enfoque tal es la identificación de formas de poder –la influencia indebida de las empresas en la política y en la definición de las reglas del juego y, el poder tecnocrático– que no parecen tan evidentes en un análisis exclusivamente tecnocrático de la política y el derecho de la competencia. La investigación, no obstante, se restringe más adelante a explorar, en exclusiva, un mecanismo de contención, principalmente, del poder tecnocrático: el *rule of law* en una concepción formalista de inspiración liberal clásica.

La **segunda parte** precisa los conceptos ‘enfoque liberal clásico’ y ‘*rule of law*’, desde un punto de vista teórico, con revisión a planteamientos de autores liberales clásicos (D.Hume, A.Smith, autores ordoliberales y F.A. Hayek) y de autores en teoría del derecho (T. Bingham y, J. Waldron). Desarrolla una concepción propia de *rule of law*, operativa y formalista e independiente de cual sea el objetivo de la política de competencia.

La **tercera parte**, sitúa la concepción de ‘rule of law’, adoptada en la segunda, en el contexto del derecho de la competencia. Persigue un sustento de plausibilidad al enfrentarla con los principales problemas y cuestiones discutidos desde una perspectiva de *rule of law* en el extranjero. Se confronta a continuación con las particularidades del derecho de la libre competencia en Chile. Lo anterior, junto con la revisión de algunas situaciones de aplicación lleva a la identificación de cuestiones y problemas de *rule of law* en el derecho de la competencia en Chile.

INTRODUCCIÓN

I.1. Objetivo e hipótesis

El objetivo final de esta investigación es identificar, desde un enfoque liberal clásico, los riesgos para el *rule of law*¹ en el derecho de la competencia². Lo anterior, con el propósito de conciliar los aspectos formalistas de la concepción de *rule of law* que aquí se propone con el consecuencialismo predominante en derecho de la competencia, y efectuar algunas aplicaciones de estos desarrollos al sistema chileno.

Para lo anterior, previas aclaraciones conceptuales y de contexto, se trabaja en la reconstrucción de un enfoque liberal clásico –a partir de David Hume, Adam Smith, el pensamiento ordoliberal y F.A. Hayek– se arriba a una concepción de *rule of law* de inspiración liberal clásica y, a partir de ella y de los problemas y cuestiones de *rule of law* en el derecho de la competencia en el extranjero, se efectúan algunas aplicaciones a Chile consistentes en identificar problemas y cuestiones de *rule of law* en el derecho de la competencia nacional.

¹ El trabajo opta por no traducir la expresión anglosajona *rule of law*. Forzando una traducción, la expresión “supremacía del derecho y gobierno de las reglas” recoge, en opinión del autor, parte importante de la concepción de *rule of law* que se sigue en este trabajo. En el capítulo 3 se expone dicha concepción y sus antecedentes, arribando a una concepción formalista donde la creación de reglas que brinden predictibilidad en su aplicación, limiten la discrecionalidad de quien ostenta un poder y eviten dejar entregada la sobre-aplicación o sub-aplicación del derecho a la voluntad de individuos constituyen sus elementos centrales. En el texto se utilizan como sinónimas las expresiones “derecho de la competencia”, “derecho de la libre competencia” y “derecho antimonopolios”. En ocasiones bajo alguna de las anteriores podría encontrarse subsumido el concepto más amplio de “política de competencia” pero, en general, se ha buscado evitar dicha subsunción, distinguiendo las expresiones política y derecho de la competencia a lo largo del texto.

² En el texto se utilizan como sinónimas las expresiones “derecho de la competencia”, “derecho de la libre competencia” y “derecho antimonopolios”. En ocasiones bajo alguna de las anteriores podría encontrarse subsumido el concepto más amplio de “política de competencia” pero, en general, se ha buscado evitar dicha subsunción, distinguiendo las expresiones política y derecho de la competencia a lo largo del texto.

La investigación busca demostrar que dada la aproximación consecuencialista e inspirada en la economía del bienestar del enfoque hoy predominante en derecho de la competencia y dadas las diferentes concepciones de *rule of law* que hoy compiten en el mercado de las ideas, es sólo anclando el discurso a un enfoque liberal clásico que se brinda coherencia a la pregunta por el *rule of law* en derecho de la competencia y resulta posible la identificación de riesgos.

La exposición de algunos de estos riesgos con situaciones ilustrativas en Chile contribuye a evidenciar la relevancia del problema.

Varios postulados resultarán razonablemente fundados a partir de lo anterior. Como los más importantes, interesa anticipar estos tres:

(I) Si el liberalismo clásico es diferente tanto del libertarianismo como del pensamiento económico de Chicago de los años setenta, significa que existe una concepción de *rule of law* de inspiración liberal clásica que se preocupa no sólo de los excesos y desvíos del poder público sino también de aquellos del poder privado y que asegura un mínimo de formalismo frente a posibles excesos de instrumentalización del derecho;

(II) La política económica de libre competencia ha de estar orientada por reglas de general aplicación, su aplicación ha de estar sujeta a mecanismos de revisión judicial, y su propósito ha de ser identificar y disciplinar, sin discriminaciones a priori, las distintas formas de poder –privado o público– que afectan los procesos de competencia en los mercados;

(III) La idea de competencia en los mercados y el ideal jurídico-político del *rule of law* son tal vez las dos más importantes tecnologías sociales no bélicas y seculares que,

maduradas en el liberalismo anglosajón del siglo XVIII, han buscado disciplinar diferentes formas de poder. En el derecho de la competencia es necesario que tales ideas confluyan para que el ejercicio de disciplinar una forma de poder económico (el poder de mercado) se haga efectivamente y, en el proceso, no surjan ni queden sin disciplina o presión otros poderes (el tecnocrático y la influencia indebida en el proceso político).

Por medio de las materias que esta investigación aborda y de la tesis que se busca defender, se pretende aportar en la discusión en líneas de investigación tales como las implicancias jurídicas para hoy del ideario liberal clásico, con un especial énfasis en el ideal jurídico-político del *rule of law*, y las cuestiones y problemas asociados al *rule of law* en la política y el derecho de la competencia. En esta segunda línea, el hincapié está puesto en temas tales como el uso de reglas y estándares para la función de adjudicación o los eventuales excesos en la discrecionalidad que este derecho otorga a las autoridades de competencia y a los jueces. Una concepción de inspiración liberal clásica de *rule of law*, al imponer el establecimiento de reglas en un ámbito más amplio de aquel en el que ellas operan hoy, garantiza que este derecho sea una mecanismo de gobernanza jurídico y no del arbitrio de las personas que sirven los puestos de funcionarios y jueces en los órganos encargados de su aplicación.

El problema central de la manera tecnocrática en que se concibe hoy en día el derecho de la competencia, para un enfoque liberal clásico, es que tanto los amplios estándares de las disposiciones sustantivas de las leyes de competencia, como también el enfoque teleológico de las mismas normas, la práctica de promover una cultura de administración y adjudicación caso a caso, y los excesos en el uso de salidas alternativas, entre otros, ponen en riesgo el ideario liberal clásico de que el derecho es un sistema de gobernanza por medio de reglas de general aplicación, y no un control por el arbitrio de personas determinadas.

Un riesgo equivalente, con otro grupo de afectados, se produce cuando, por defectos de los mecanismos de aplicación pública y privada de este sector normativo, concebido como un disciplinante del poder económico privado, los individuos quedan sujetos, no a un control de reglas jurídicas establecidas democráticamente, sino que a las reglas de control que imponen los intereses económicos que dominan los mercados, ya sea estableciendo directamente una especie de regulación privada, o bien, influyendo indebidamente y sin apego a un proceso abierto, en el establecimiento de regulación pública.

I.2. Motivación y fundamentos

En una fase muy preliminar de esta investigación, el director de la misma, quien cursó sus estudios doctorales en Alemania, formuló a su autor un doble desafío intelectual.

Primero, en cuanto a la función del derecho de la competencia en el ordenamiento jurídico en su conjunto, la invitación fue la de aproximarse a la noción de ‘la sociedad de derecho privado’ de F. Böhm –uno de los fundadores del ordoliberalismo de Friburgo– y de entender el derecho de la competencia como un sector normativo orientado a disciplinar posiciones de poder en los mercados³.

El segundo desafío fue el de plantearse las relaciones entre derecho y economía de un modo diferente a como las aborda el análisis económico del derecho según la Escuela de Chicago, vale decir, evitando dejar al derecho como un mero instrumento al servicio de la economía. Sobre esto último, ya en 1991, Barros planteaba una crítica a la idea de ‘derecho como técnica’ según la cual “*lo que importa, en definitiva, es que este concepto*

³ V. *infra* referencias a ordoliberalismo

de derecho vinculado a la idea tecnológica de eficacia, termina minimizando el papel de la razón en el derecho. Es el costo de la instrumentalización total de la acción pública, que culmina en el predominio funcional de la economía sobre la política y de ésta sobre el derecho”. Agregaba, al efecto, que “esta manera radicalmente tecnocrática de mirar el derecho da vuelta la espalda a la otra gran tradición económica y filosófica del S. XVIII, que se remonta a Adam Smith y a Immanuel Kant. Para Adam Smith, el debido funcionamiento de los mercados, esto es, la mano invisible de la economía, requería como supuesto de ordenación de la muy necesaria mano visible del derecho. Nada más lejano a esa tradición económica que el laissez-faire absoluto, carente de reglas. Los contratos libres promueven el progreso a condición que haya un orden de derecho que haga posibles los intercambios justos y las relaciones sociales equitativas. [...] El derecho, según esta tradición que hoy se remonta hasta F. von Hayek, no tiene por tarea el logro de fines propuestos por el legislador, sino que es un orden de reglas y principios de justicia que hace posible intercambios libres, espontáneos e imprevisibles. / De igual modo, la perspectiva tecnocrática se opone a la tradición kantiana que ve en el predominio del derecho precisamente la principal garantía institucional para que la dignidad de la persona no sea un mero fin entre otros y, por consiguiente tenga un precio que la haga intercambiable por otros fines públicos”⁴.

Por lo tanto, la primera motivación fue la de intentar vencer el ya referido doble desafío intelectual, lo que no resultó fácil para quien, hasta entonces, había tenido una aproximación más bien práctica a un derecho de la competencia que recién comenzaba a ‘ponerse los pantalones largos’ en el país.

Los primeros estudios fueron brindando plausibilidad a la posibilidad de traducir tanto las ideas contenidas en dicho desafío como la tradición liberal clásica de la cual

⁴ BARROS (1991), p. 31, referencias omitidas.

ellas emanaban en un problema jurídico que ameritara investigación, en un trabajo que hiciera dialogar este enfoque menos ortodoxo con el lenguaje más corrientemente utilizado en la literatura contemporánea de derecho de la competencia.

Sin embargo, no fue sino hasta una etapa más avanzada de la investigación que se identificó en el ideal jurídico-político del *rule of law* el mejor mecanismo de vinculación intelectual entre problemas contingentes en derecho de la competencia y la tradición liberal clásica.

A la motivación original se fueron sumando fundamentos para perseverar en llevar a buen término el trabajo ya iniciado. Entre estos, parece importante mencionar cuatro:

(i) Un resurgimiento en los últimos años en el país de diversos movimientos con aspiraciones intelectuales y/o políticas que reivindican alguna forma de liberalismo en su ideario fundacional;

(ii) La necesidad de trazar deslindes y contrastes relevantes entre un enfoque liberal clásico, por una parte, y los idearios ‘neoliberales’ que se han manifestado y difundido en el país bajo el influjo del pensamiento económico de Chicago de los años setenta, del conservadurismo pro-empresa de ciertas órdenes religiosas, de posiciones próximas o equivalentes al libertarianismo y, en los últimos años, de diversas versiones de liberalismos igualitaristas. Lo anterior, con el fin de identificar las implicancias jurídicas de dicho enfoque y liberarlo de la mala prensa que podría tener de ser confundido con otros liberalismos;

(iii) El inminente inicio de un proceso constituyente en el país, donde la reflexión sobre la valoración del ideal de la competencia en los mercados y la consagración a nivel constitucional de una política de competencia serán muy probablemente parte del debate. Preguntas tales como ¿se valora la competencia como un medio para un fin o

como un fin en sí misma?; si es sólo un medio para un fin, ¿es dicha finalidad el crecimiento económico, como habitualmente defiende la economía, o es un mecanismo de disciplina y dispersión del poder?; ¿en qué ámbitos vamos a promover su valoración, sólo en los mercados de bienes y servicios o vamos a exigir también competencia en la política, en los medios informativos, en el debido proceso normativo, etc.?; ¿de qué modo las definiciones anteriores van a determinar las decisiones sobre diseño, implementación y fiscalización de la política de competencia?; ¿será ésta una política de estado o de gobierno y se entregará a la discrecionalidad de los gobernantes o estará sujeta a reglas vinculantes de general aplicación?; ¿cómo se conjugará el reparto de atribuciones del legislador, la administración y los jueces en la ejecución de esta política?; ¿cuánto tendrá ella de mecanismos regulatorios y cuánto de mecanismos de adjudicación?

(iv) Lo anterior, sumado a la contingencia nacional, fue conduciendo a la consecuente inquietud por identificar las cuestiones y problemas de *rule of law* en el derecho de la competencia en el extranjero y, a partir de ello, inferir algunas aplicaciones a Chile. Lo anterior, particularmente, en un sistema de aplicación pública y centralizada de la ley como es el chileno, con una tendencia a una mayor utilización de instrumentos regulatorios de implementación de la política, e importantes grados de discrecionalidad de las autoridades de competencia y de la Corte Suprema como máximo revisor⁵;

⁵ TAPIA y CORDERO (2015) pp. 51-52, resumen esto último así: “[E]n materia de libre competencia ... existe un amplio espacio para la interpretación discrecional, ya sea por parte” del decisor primario (el TDLC) o del órgano revisor (la CS). “Entre las razones centrales está el hecho que la descripción legal ... de las conductas relacionadas con la libre competencia se caracteriza por ser limitadamente reglada y abundante en conceptos jurídicos indeterminados [donde la] descripción es efectuada de forma abierta, sin objetivos claramente definidos y sobre la base de estándares amplios, no reglas específicas. De este modo...es posible desplegar un alto grado de discrecionalidad técnica, la cual, a su vez, incentiva la especialización”. (notas omitidas)

I.3. Una revisión de la literatura sobre liberalismo y derecho de la competencia

Si bien los trabajos que intentan abordar cuáles son las implicancias de un enfoque liberal para el derecho de la competencia son muy escasos, vale la pena referir algunos planteamientos, en tanto antecedentes de la línea de investigación que sirve de marco acá.

(i) En EE.UU., a mediados de los años noventa, y a propósito de las audiencias de confirmación del juez Stephen Breyer –calificado entonces por sus críticos como un conservador en materias antimonopolios– Correia se pregunta por cuál es la relación entre los valores políticos liberales y conservadores y el derecho antimonopolios a mediados de los años noventa⁶. Reconoce que, en el ámbito de la política antimonopolios, el liberalismo carece de algún sentido predeterminado, a diferencia de lo que ocurre con la Escuela de Chicago, el populismo, o los enfoques post-Chicago. Por lo anterior, sostiene, sería posible asociar el liberalismo con las decisiones antimonopolios del período del juez Warren en la presidencia de la Corte Suprema, o bien, efectuar el contraste entre la aplicación de la política antimonopolios por gobiernos liberales-demócratas vs. la aplicada por gobiernos conservadores-republicanos. Sin embargo, dado que lo que ha guiado primordialmente los desarrollos en derecho antimonopolios ha sido la mejor comprensión de cómo funcionan los mercados –con el auxilio de la teoría económica– sostiene que vale la pena distinguir entre el campo de la ciencia teórica y empírica aplicada de la que se nutre la evolución del derecho antimonopolios, por una parte, y los valores de filosofía política que trascienden lo anterior, por la otra. En otras palabras, para hablar de política y derecho antimonopolios en clave de filosofía política, hay que extraer de éstos su “*dimensión auténticamente política*”. Para él, los valores centrales del liberalismo sí configuran una perspectiva

⁶ CORREIA (1995), p. 99.

particular de la política antimonopolios, “*pero una que trata principalmente de cómo funciona el Estado y cómo debería funcionar*”⁷.

Correia desarrolla su concepción de liberalismo a partir de una serie de relaciones y contrastes: clásico/moderno, liberalismo/utilitarismo, liberalismo/principio mayoritario, liberalismo/neutralidad estatal, liberalismo y la vida buena, etc.⁸ La sintetiza en que, a pesar de los conflictos internos del liberalismo que impiden una declaración definitiva y consensuada sobre cuáles son los valores políticos liberales, resulta posible defender que “*los valores fundamentales de los primeros liberales británicos siguen siendo centrales para el liberalismo moderno –felicidad individual, libertad personal, una aproximación empírica al mundo real e, igualdad. Se confía en que sean los propios individuos quienes decidan lo que es mejor para sus vidas. Existe una apertura general a nuevas ideas y experiencias del mundo real en la búsqueda de la verdad. Por otra parte, el optimismo del primer liberalismo sobre un capitalismo desregulado (quizás promovido por quienes se enriquecieron con él), y la asociada creencia sobre la legitimidad de los derechos de propiedad existentes, han recibido el rechazo de los liberales modernos. En una comprensiva narrativa liberal contemporánea, se confía en el capitalismo para generar riqueza, y se confía en el estado de bienestar para redistribuirla de manera justa. La reasignación de recursos por el gobierno se encuentra legitimada por la equidad en el proceso político. La confianza en que los individuos pueden autogobernarse se extiende a un optimismo general sobre las instituciones de gobierno. De este modo, los tribunales y las agencias administrativas se consideran como suficientemente competentes e imparciales para adoptar decisiones complejas de modo racional y justo*”⁹.

⁷*Ibidem*, pp. 105-106.

⁸*Ibidem*, pp. 106-117.

⁹ *Ibidem*, pp. 117-118.

Más allá de las implicancias y críticas que podrían derivar de esta declaración de Correia, ella evidencia una concepción liberal contemporánea estadounidense, diferente de la liberal clásica que sigue este trabajo. Por eso, de su publicación es más importante relevar la nómina de valores liberales con incidencia antimonopolios que estudia. En éstos incluye: (i) el rol de los tribunales y en particular su función en la creación y aplicación de la política antimonopolios¹⁰; (ii) el contraste entre los valores liberales y populistas en temas tales como la dispersión del poder privado o la equidad en el mercado¹¹; (iii) el objetivo de la eficiente asignación de recursos en el derecho antimonopolios, las transferencias de riqueza, y los valores liberales¹²; (iv) las buenas instituciones para la definición de estándares y la aplicación de la política y el derecho en los ámbitos competentes de la actuación administrativa, judicial y política¹³;

(ii) Un trabajo del profesor escocés Barry J. Rodger del año 2000 establece un marco muy semejante a aquél que esta investigación desarrolla. En el contexto posterior al neoliberalismo de Thatcher/Reagan y su desmantelamiento del estado de bienestar, al momento de la búsqueda de una ‘tercera vía’, y en plena globalización de los mercados y de las políticas e ideas de competencia asociadas a ellos, Rodger se interroga por el posible *“impacto de una agenda liberal sobre el derecho y la política de competencia”* y *“la relevancia del rule of law liberal para la política de competencia”*¹⁴. Su enfoque, a diferencia del de Correia, se sitúa claramente desde el liberalismo clásico y, en él, el pensamiento ordoliberal y F.A. Hayek son dos de las fuentes principales a las que recurre: *“El pensamiento liberal claramente conlleva una forma de relación con modelos apropiados de mercado y competencia, y dos particulares desarrollos alemanes de la teoría liberal, tienen una resonancia especial para el derecho y la política de*

¹⁰ *Ibidem*, pp. 119-122.

¹¹ *Ibidem*, pp. 122-131, 150.

¹² *Ibidem*, pp. 131-138, 150.

¹³ *Ibidem*, pp. 138-149, 150-151.

¹⁴ RODGER (2000), p. 291.

competencia: El neo-liberalismo alemán, frecuentemente denominado ordoliberalismo, es una escuela de pensamiento relevante. Ella comparte con Adam Smith y David Hume, y más recientemente con F.A. Hayek, una economía política ‘clásica’ que se enfoca en las cuestiones del orden, las instituciones, el derecho y la ética...junto con Hayek, debiera ser un pilar esencial para todos quienes deseen revivir la economía política clásica, en la tradición de la Ilustración Escocesa”¹⁵.

Coincidente con lo que la literatura refiere, Rodger identifica como un problema de las ideas liberales el que no permiten trazar un deslinde claro que configure la apropiada mixtura institucional entre estado y mercado, permitiendo tanto ‘liberalismos’ próximos a un *laissez-faire*, como otros cercanos a una planificación estatal. Frente a este dilema, el autor afirma algo que bien podría resumir el contenido de la presente investigación: *“profundizar adicionalmente sobre [el] lugar [del liberalismo clásico¹⁶] entre esos dos extremos y sobre un concepto flexible del rule of law que sea apropiado para el derecho de la competencia”¹⁷.*

La apelación a un concepto ‘flexible’ que efectúa el autor tiene que ver con superar las *“versiones tradicionales del rule of law... basadas en una distinción radical entre derecho y política”* y avanzar hacia *“una narrativa actualizada y politizada del rule of law”¹⁸*. Lo que ocurre con el planteamiento de Rodger, es que introduce dentro de su concepción de *rule of law* la discusión sobre el objetivo de la política de competencia, lo que la hace una concepción sustantiva y no meramente formalista, estrategia

¹⁵ *Ibidem*, p. 292, (notas omitidas)

¹⁶ Rodger, en realidad, se está preguntando por la llamada ‘tercera vía’.

¹⁷ RODGER (2000), p. 296.

¹⁸ *Ibidem*, p. 301. En las conclusiones sostiene que su artículo defiende *“un derecho de la competencia materializado que no es laissez-faire sino una versión re-politizada del rule of law, que brinda un ámbito para políticas de competencia de intervención –una necesidad para países periféricos como Escocia en una economía global”*. *Ibidem*, p. 319.

completamente opuesta a la que se sigue en este trabajo¹⁹. Es decir, de sus ideas, este trabajo coincide con que un enfoque liberal clásico de la política y derecho de la competencia reintroduce al debate consideraciones políticas, en nuestra visión, para identificar diferentes formas de poder que afectan los procesos de competencia en los mercados que no quedan agotadas con la mirada tecnocrática centrada en el ejercicio o adquisición ilegítimos de poder de mercado sustancial²⁰. En lo que se discrepa con Rodger, es en la utilización del *rule of law* como vehículo para ello. Sin embargo, esta diferencia se basa en exclusiva en las razones metodológicas que condujeron esta investigación a optar por una concepción meramente formalista de *rule of law*²¹. Por el contrario, Rodger expresamente señala que no constituye objetivo de su trabajo evaluar la necesidad y validez del postulado que exige que las reglas de competencia guarden conformidad con el *rule of law* formal liberal²².

(iii) Es destacable también que sea en un trabajo de Stigler donde se puede encontrar una breve reconstrucción de la evolución de las concepciones sobre los monopolios en el período que va desde Adam Smith hasta la dictación de la Ley Sherman de *Antitrust* de 1890. Para Stigler, Smith dejó una herencia de tres importantes tradiciones en esta materia, “*fielmente seguidas en la economía inglesa durante casi cien años*”²³. La primera, la de no prestar atención a la teoría formal del monopolio. Ésta terminaría con los desarrollos en teoría de oligopolios por Cournot y Dupuit y la formalización de la teoría del monopolio por parte de los primeros economistas neoclásicos en la segunda mitad del siglo XIX. La segunda, la de identificar en los privilegios conferidos por el Estado, los monopolios más importantes de su época, tales como los gremios, y las

¹⁹ V. *infra* 3.4, 3.5.

²⁰ V. *infra* 1.3.

²¹ V. *infra* 3.4, 3.5.

²² RODGER (2000), p. 302, refiriendo los ataques al liberalismo legal, al formalismo y al *rule of law* que han provenido del movimiento *Critical Legal Studies*.

²³ STIGLER (1983), p. 3.

chartered corporations. Ésta concluiría con los cambios en los mercados producto de la segunda revolución industrial, a saber, el desarrollo de los ferrocarriles de propiedad privada y de otros servicios a gran escala a mediados del siglo XIX: ya no sólo estaban los monopolios de creación estatal, sino además los privados surgidos en industrias con economías de escala, muchas de ellas en áreas de servicios públicos. La tercera tradición sostiene que respecto de la prevención de reuniones entre personas del mismo negocio que terminan en acuerdos colusorios, no hay algo que la ley pueda hacer de un modo “*practicable o coherente con la libertad y la justicia*”²⁴. Esta, para Stigler, concluye a fines del siglo XIX con el auge de las ideas de que ya no basta con que el Estado se abstenga de la creación de privilegios monopólicos, sino que frente a los abusos del poder de los monopolios privados del período, cabía al Estado el rol de controlarlos: de allí el debate político y posterior promulgación de la Ley Sherman de *Antitrust* en 1890²⁵.

Sin duda, cada una de las tradiciones que identifica Stigler permite una lectura diversa de la que hace este destacado Premio Nobel de economía de 1982 –una interpretación atemporal de ellas y que por tanto no asocia suceso histórico alguno que les ponga fin. Así, en cuanto a la desatención a la teoría formal del monopolio, lo relevante de esta tradición quizás sea la exigencia metodológica de la obra de Smith en cuanto a la construcción de teorías y modelos con suficiente sustento empírico a partir de la observación del contexto específico, por oposición a teorías basadas en meras abstracciones y de pretensión universal. En cuanto a su foco en los privilegios monopólicos de origen estatal, lo que tal vez enseña esta tradición es la evolución dinámica de los diferentes tipos de poder que afectan la competencia en los mercados a través del tiempo, mercados que, por cierto, responden a la matriz productiva del momento y zona geográfica en cuestión. En otras palabras, a cada época y lugar,

²⁴ SMITH [1776], (1994), p. 191

²⁵ STIGLER (1983), pp. 3-7.

corresponde focalizarse en las específicas formas de poder que afectan la competencia en los mercados. Finalmente, en cuanto a la tradición que descartaría la intervención legal para evitar acuerdos colusorios por ser ‘impracticable o incoherente con la libertad y la justicia’, lectura que alimenta enfoques de *laissez-faire*²⁶, es cierto que Smith no llegó a plantearse un derecho antimonopolios como el que se conoce hoy²⁷. No obstante, según se mostrará, su obra contiene un conjunto de elementos que hacen plausible caracterizar una política y derecho antimonopolios desde un enfoque liberal clásico²⁸. En este sentido, esta tercera tradición puede leerse más que como una prohibición de intervención, como una advertencia de que no cualquier forma de intervención antimonopolios es consistente con el orden liberal, sino sólo aquellas que satisfacen los requerimientos del *rule of law*.

²⁶ Y que Stigler vincula con sus ineludibles aportes a la literatura sobre la inherente inestabilidad de los acuerdos colusorios. *Ibidem*. Para una lectura de *laissez-faire* de este pasaje, MEESE (1997) p. 144, n.2.

²⁷ Sobre esta carencia del liberalismo clásico, el propio Hayek ha reparado en los siguientes términos: “*La doctrina liberal tradicional, sin embargo, no sólo fracasó al tratar nuevos problemas, sino que tampoco desarrolló un programa suficientemente claro para diseñar un marco legal destinado a preservar un efectivo orden de mercado. Si se quiere que el sistema de libre empresa opere provechosamente, no basta con que las leyes satisfagan el criterio negativo esquematizado originalmente. Es también necesario que su contenido positivo sea tal que permita que el mecanismo de mercado opere satisfactoriamente. Esto requiere particularmente de normas que favorezcan y protejan la competencia e impidan lo más posible, el desarrollo de situaciones monopólicas. La doctrina liberal del siglo XIX descuidó en cierta forma estos problemas, siendo ellos examinados en forma sistemática sólo recientemente por algunos grupos ‘neoliberales’.*” Agrega que la política de aranceles a la importación, y algunos aspectos de las legislaciones sobre patentes y sobre sociedades anónimas siguen siendo importantes fuentes públicas de los problemas de monopolio en los mercados, para concluir señalando: “*Queda planteada la pregunta si, más allá de otorgar al marco legal un carácter tal que favorezca la competencia, son necesarias o deseables medidas específicas para combatir el monopolio. Si lo son, la antigua disposición de derecho consuetudinario que prohibía la concertación para entorpecer el comercio, habría aportado una base para tal desarrollo, pero ella permaneció, sin embargo, sin aplicación por mucho tiempo. Sólo comparativamente tarde, comenzando con la Ley Sherman de 1890 en los Estados Unidos, y en Europa principalmente sólo después de la Primera Guerra Mundial, hubo intentos de establecer una legislación deliberadamente antitrust y anticartel la cual, debido a los poderes discrecionales que habitualmente confería a las reparticiones administrativas, no era totalmente conciliable con los ideales liberales clásicos*”. HAYEK [1973] (1982), p. 146.

²⁸ V, *infra*, 2.8.

(iv) En esta revisión cabe incluir, finalmente, a los autores que integran el enfoque liberal clásico que guía este trabajo y que abordan problemas de competencia en los mercados. En esta categoría están, por una parte, los autores del ordoliberalismo de Friburgo y quienes escriben contemporáneamente desde esta tradición, autores como Eucken, Miksch, Böhm, Rüstow, Mestmäcker, Möschel, Drexl, Vatiero, Vanberg, Kerber, Mantzavinos, entre otros²⁹. Por otra parte, cabe incluir los trabajos sobre competencia y derecho de la competencia del propio Hayek y los de quienes se inspiran en su obra para elaborar propuestas normativas en derecho positivo de la competencia³⁰.

(v) A diferencia de la literatura más bien escasa que explícitamente y de modo general adopta un enfoque liberal clásico para abordar la política y el derecho de la competencia, los trabajos que abordan el estudio de los diversos valores que encarna el *rule of law* en teoría del derecho y en política y derecho de la competencia son numerosos. Los más pertinentes y relevantes a los objetivos de esta investigación sirven de base a los desarrollos en las secciones respectivas³¹.

I.4. Plan

²⁹ MAIER-RIGAUD (2012) *passim*, ha hecho hincapié en distinguir entre el enfoque ordoliberal original del derecho de la competencia, a saber, la preservación de una sociedad libre, y lo que denomina una ‘deformación’ posterior del mismo por el concepto neoliberal alemán de protección de la libertad para competir. Se estaría frente a líneas de pensamiento no sólo diferentes sino que incompatibles entre sí. Resume la actualidad de las inquietudes ordoliberales del siguiente modo: “*Aún cuando las respuestas ordoliberales puedan no seguir siendo convincentes, las preguntas ordoliberales subyacentes siguen siendo relevantes. En especial, la cuestión del impacto del poder económico en el cuerpo político en general y en el derecho de la competencia y en la política de competencia en particular, sigue siendo de alta relevancia hoy en que el análisis del poder económico y del poder de mercado suele disociarse*”. *Ibidem* p. 168.

³⁰ Del tiempo reciente, cabe destacar SCHREPEL (2014) quien rescata los aportes de Hayek para las conductas antimonopólicas unilaterales en los mercados con fuerte dependencia de la innovación tecnológica.

³¹ V.*infra* 3.3. “El “*Rule of Law*” en estudios contemporáneos sobre teoría del derecho”. V. *infra* Cap. 4 “Cuestiones y problemas de “*Rule of Law*” en derecho de la competencia en el extranjero”.

El trabajo se estructura en tres partes, respectivamente tituladas:

- Liberalismo, derecho de la competencia, poder
- Enfoque liberal clásico y *rule of law*; y,
- *Rule of law* y derecho de la competencia.

La primera parte está destinada a efectuar aclaraciones de conceptos y del contexto en que éstos son utilizados. De este modo, el capítulo 1 precisa qué se entiende aquí por liberalismo clásico, cuáles son las ideas o rasgos comunes en el derecho de la competencia que hoy en día resultan de especial interés para dicho enfoque liberal clásico y, termina dando cuenta de las formas de poder que, afectando negativamente los procesos de competencia en los mercados, permiten ser puestos en la mira por dicha perspectiva.

La segunda parte se dedica a brindar mayor precisión conceptual a lo que la investigación denomina enfoque liberal clásico y plantea de modo general la conjetura de que es posible concebir un derecho de la competencia desde tal enfoque (capítulo 2). Considerando que el *rule of law* constituye la implicancia prioritaria para el enfoque liberal clásico, los esfuerzos son posteriormente orientados a profundizar en dicha noción jurídico-política hasta el punto de arribar a una concepción propia de este trabajo y operativa a sus objetivos (capítulo 3).

La tercera parte se ocupa, en primer término, de fundamentar la plausibilidad de la concepción de *rule of law* adoptada cuando se pretende su aplicación en el derecho de la competencia. Para ello se apoya, primero, en el trabajo de autores extranjeros que han abordado cuestiones y problemas de *rule of law* en el derecho de la competencia. Dicho ejercicio brinda una primera confirmación de plausibilidad a la concepción de *rule of law* adoptada (capítulo 4). A continuación, al tratar de las cuestiones y problemas de *rule of law* en Chile (capítulo 5), se persiguen dos objetivos: brindar a la plausibilidad de la

concepción de *rule of law* adoptada un segundo nivel de sustento, de mayor solidez; y, empezar a identificar ya desde el marco jurídico general del derecho de la competencia en Chile y de los comentarios de la doctrina, posibles cuestiones y problemas de *rule of law*. Un último capítulo, con fines ilustrativos y sin pretensiones de exhaustividad, identifica cuestiones y problemas de *rule of law* en la práctica decisoria de las autoridades de competencia en Chile, fundamentando con algún detalle su carácter de tal (capítulo 6).

Una sección final contiene una síntesis y las conclusiones de la investigación. Un resumen de las recomendaciones vinculadas a las cuestiones y problemas de *rule of law* identificados se encuentra allí también.

I.5. Cuestiones metodológicas

Si el objetivo perseguido por la ciencia es la verdad y el perseguido por el derecho es la justicia, un trabajo científico que tiene por objeto conceptos, cuestiones y problemas jurídicos debiera proveer o contribuir a elaborar, en último término, una argumentación razonada en favor de alguna versión de la justicia más verosímil que otra.

Desde hace casi cuatro décadas, la verdad en la política y el derecho de la competencia viene siendo discutida, con pretensiones hegemónicas, con el lenguaje de la ciencia económica y el de la disciplina de la microeconomía aplicada conocida como organización industrial³². La utilización de métodos cuantitativos y de las regresiones

³² Como extensión del análisis económico a las diferentes ciencias sociales, el fenómeno del ‘imperialismo económico’ es incluso anterior a que Gordon Tullock plasmara dicha noción en el título de un célebre artículo de 1972. Un análisis reciente al concepto de imperialismo de la ciencia económica es provisto por MÄKI (2009), pp. 351-380, quien, desde la filosofía de las ciencias sociales y al margen de dogmatismos, redefine el concepto de imperialismo económico como: “*una forma de expansionismo de la ciencia económica donde los nuevos tipos de fenómenos a ser explicados (explanandum) se sitúan en territorios ocupados por disciplinas diversas a la economía y en donde la ciencia económica se presenta a sí misma*”

económicas en particular se ha sofisticado en la búsqueda por alcanzar mejores decisiones en los casos y orientaciones de política más acertadas y que se ajusten mejor a los hechos que determinan las conductas y los resultados en los mercados, siempre, bajo el prisma de la economía del bienestar.

Lo anterior pareciera tornar a la política y el derecho de la competencia en un ramo de economía aplicada, donde toda consideración estrictamente jurídica termina reformulada en términos económicos, y donde pareciera temerario intentar aproximarse al estudio de los problemas de la disciplina si no es utilizando la lengua franca.

Pero en efecto, a la fecha no parecen haber surgido desafiantes modernos para la posición hegemónica del pensamiento económico predominante en el análisis de la política y el derecho de la competencia.

Dado lo anterior, el enfoque de esta investigación se apoya en el supuesto metodológico de que al remontarse a ciertos autores respetados del pasado, insertos en una importante corriente liberal, muchas veces mal interpretados y que dedicaron tiempo a pensar sobre muchos problemas de derecho, de economía y del monopolio mucho antes de la estricta separación de las disciplinas científicas, resulta posible rescatar verdades y valores perdidos en la historia de las ideas, y que habrá más de alguna de esas verdades y valores que amerite ser revitalizada y actualizada a la realidad de hoy.

Lo anterior no equivale a forjar identidad mirando hacia atrás ni es recurrir a un tinte idealizador que pretenda editar el pasado y respecto del cual todo desarrollo contemporáneo resulte disminuido. Como expresara Robin P. Malloy en un intercambio

como poseedora hegemónica de teorías y métodos superiores y, por esa vía, excluye la consideración de teorías y enfoques rivales”.

epistolar con el autor de esta investigación: *“El desafío consiste en traer la teoría Liberal Clásica a la era de la globalización y sacarla del mundo británico del siglo XVIII que presenció Adam Smith. El liberalismo clásico no consiste en dejar a los individuos focalizarse sólo en la maximización auto-interesada de la riqueza o en la eficiencia (y Adam Smith entendió esto)... consiste en investir a los individuos de las capacidades para ser creativos, para decidir libremente, y para participar con sentido en un marco que se encuentra abierto al cambio y respaldado por el estado. El individuo necesita tener una esfera de espacio protegido para el intercambio, la participación, y para ser un ciudadano íntegramente respetado en nuestra compleja e integrada economía de mercado. De este modo, necesitamos comprender que el individuo es un participante social integrado a una comunidad más amplia, y que la acción individual casi siempre impone costos sociales que deben ser considerados por parte del marco jurídico.”*³³

En la perspectiva metodológica indicada, esta investigación ha implicado la revisión de fuentes primarias y secundarias de obras que caen dentro de la economía política clásica, la filosofía política y el pensamiento económico. Recurre también, en el aspecto puntual del *rule of law*, al estudio de autores que analizan el concepto desde la teoría del derecho. Finalmente, vincula lo anterior con fuentes primarias y secundarias más convencionales –extranjeras y chilenas– en el ámbito del derecho y la economía de la competencia.

El espectro de disciplinas en concurrencia ha obligado a cultivar un pluralismo metodológico y una interdisciplinariedad que, según se mostrará, constituye uno de los pilares centrales de los autores liberales clásicos³⁴.

³³ MALLOY (2007). En un sentido similar, BINMORE (2005) pp. 185 y ss., defendiendo el recurso al pensamiento *whig*.

³⁴ V. *infra* 2.1.

A pesar de la aproximación metodológica que se sigue y de la heterogeneidad de las fuentes a las que se recurre, el lector se enfrenta a una investigación jurídica. El carácter jurídico de la investigación no está forzosamente determinado por los métodos más tradicionales que utilizan las ciencias jurídicas como son el dogmático, el histórico-comparativo, el sociológico, o el análisis económico del derecho, sino más bien, por el tipo de conceptos, cuestiones y problemas que, en último término, constituyen el objeto de esta investigación. Nos referimos al *rule of law* en una determinada concepción y a las cuestiones y problemas que dicho concepto presenta en un área del derecho positivo como es el derecho de la competencia.

Con mayor precisión, parece posible afirmar que en la presente investigación se encuentran aspectos tanto de derecho formal como de derecho material o, en otras palabras, se vinculan aspectos de perspectivas internas y externas al derecho.

Max Weber utiliza la noción de formalismo jurídico para referirse al tratamiento especializado y autónomo de lo jurídico, al discurso basado exclusivamente en supuestos propios del derecho, a la especificidad de los instrumentos jurídicos que se definen independientemente de consideraciones exteriores de carácter ético, político, religioso o económico. Opone a lo anterior la noción de derecho material que hace referencia a aquél donde prevalecen las exigencias éticas, políticas, religiosas, económicas o de conveniencia³⁵.

De un modo similar, Barros identifica, por una parte, los estudios *de* derecho. Entiende éstos como aquellos circunscritos a los desarrollos propiamente jurídicos en una disciplina, cuyo propósito es el análisis interno de ellos y que apuntan a la

³⁵ WEBER [1922] (2014) pp. 725 y ss. MUNNÉ (2006), pp. 76-78.

comprensión y la exposición del sector normativo vigente, con el apoyo de las fuentes tradicionales (legislación, jurisprudencia y doctrina especializadas) y su interacción con ideas que resulta posible inferir a partir de los desarrollos históricos y las experiencias comparadas. Opone a dicha tradición científica los estudios *acerca* del derecho cuya perspectiva parte desde las teorías económicas y filosóficas con el propósito de determinar la justificación externa de un sistema de normas sin necesaria referencia al derecho vigente³⁶.

Afirmar que en esta investigación hay contenidos de derecho formal y de derecho material o perspectivas interna y externa simultáneamente, hace necesario hacer presente que la mirada predominante al derecho de la competencia hoy en día, es desde una perspectiva externa o de derecho material, esto es, desde la organización industrial³⁷. En este sentido, en lo que esta investigación coincide con el enfoque predominante, es en adoptar una perspectiva externa, si bien diferente a la predominante. No obstante, hace lo anterior precisamente para mostrar que en la perspectiva externa escogida encuentra un ideal jurídico-político como el *rule of law* cuyo contenido normativo requiere un estudio de derecho formal, vale decir, la adopción de una perspectiva interna. En este sentido, las partes primera y segunda del trabajo están más orientadas hacia el derecho material, mientras que la tercera parte hacia el derecho formal.

Si el lector aún mantuviere dudas sobre el carácter jurídico de esta investigación, existen dos razones adicionales que merecen ser expuestas. Primero, si bien la tradición liberal clásica es reconocida en la academia ante todo como una tradición política y de economía política, ella se encuentra íntimamente relacionada con un derecho natural de

³⁶ BARROS (2008), pp. 309-311.

³⁷ V. *infra*, 1.2.

tradición secular³⁸ que se proyectó y desarrolló por los autores a los que la investigación recurre. Segundo, los desarrollos teóricos son efectivamente aterrizados en una rama del derecho positivo, como lo es el derecho de la competencia.

I.6. Principales Exclusiones

El capítulo 1, junto con las precisiones conceptuales que formula en materia de liberalismo, de derecho de la competencia y de poder, plantea una idea que será mostrada con mayor precisión en el capítulo 2, a saber, que la pregunta por la competencia en los mercados desde un enfoque liberal clásico conduce a la identificación de diferentes formas de poder que inciden en las estructuras de los mercados, en las conductas de los agentes y en los resultados de los mercados. En este sentido, una política económica de libre competencia que siga este prisma debiera caracterizarse por estar orientada por reglas de general aplicación, cuya aplicación esté sujeta a mecanismos de revisión judicial, y cuyo propósito sea identificar y disciplinar, sin discriminaciones a priori, las distintas formas de poder –privado o público– que afectan los procesos de competencia en los mercados.

Lo anterior, evidentemente, abre un programa de investigación mayor que el abordable en un trabajo como éste, donde ni siquiera se buscará describir dicho programa. No obstante, con el propósito de deslindar el objeto del presente estudio, a continuación se enumera un conjunto de temas sobre influencia de formas de poder privado y público en los mercados, precisando, en cada caso, en qué medida ellos integran el objeto de esta investigación.

³⁸ ELTON (2009). En el encadenamiento intelectual liberal escogido, el ordoliberalismo tiene, relativamente, más rasgos positivistas y contractualistas que lo que se encuentra en los demás autores estudiados.

(i) El foco del estudio se dirige al poder privado en la forma de poder de mercado y al poder público de las autoridades de competencia, al encontrarse ambas formas de poder al centro de las discusiones en derecho de la competencia y en cuanto dan lugar a cuestiones y problemas de *rule of law*. En especial, lo que el trabajo desarrolla es una concepción formalista del *rule of law* de inspiración liberal clásica, como mecanismo de contención de aquello que en el capítulo 1 se denomina ‘poder de los tecnócratas’ en sus actuaciones con exceso o insuficientes³⁹. Se arriba a una concepción de *rule of law* independiente de cuál sea el ‘objetivo’ de la política de competencia⁴⁰ y se examina en qué materias y discusiones del derecho positivo de la competencia encuentra ella sustento en el extranjero⁴¹ y en Chile⁴².

(ii) Las interacciones entre los poderes privados y públicos tanto en la contratación con proveedores privados de bienes y servicios por parte de organismos de la administración del Estado (*el mercado público*) como en las asociaciones público privadas (*public private partnerships*) moldean los caracteres fundamentales de ciertos mercados. En este trabajo se encontrarán algunas referencias sólo en materia de competencia en las licitaciones para la contratación pública.

(iii) El *poder público en la promoción de un capitalismo de estado*, sólo se encontrará referido parcialmente como un instrumento posible a considerar en la disciplina del poder de los oligopolios, debiendo la participación estatal como oferente en dichos mercados ofrecer las garantías de cumplimiento con los principios de neutralidad competitiva y buena gobernanza de las empresas públicas.

³⁹ V. *infra*, 1.3.

⁴⁰ V. *infra*, 3.4, 3.5.

⁴¹ V. *infra*, capítulo 4.

⁴² V. *infra*, capítulo 5.

(iv) Acerca de cómo influye *la opinión de los expertos* en el desarrollo institucional y en la resolución de los casos, si bien no se encontrará un capítulo que analice en todos sus extremos las diferentes formas en las que se manifiesta el eventual poder que ostentan los expertos, una de las ideas constantes de este trabajo es que por sobre la especialidad técnica que pueda apuntar a la mejor solución del caso concreto han de primar los principios del *rule of law*.

(v) El poder privado, en cuanto promueve la *innovación en los mercados* en algunas ocasiones y la obstaculiza en otras mediante el uso y el abuso del sistema de patentes administrado por el poder público, no es objeto de particular estudio acá. Si bien las concepciones dinámicas de la competencia –más consistentes con un enfoque liberal clásico que con los modelos de equilibrio estático de la economía neoclásica– son las más idóneas para abordar la función e impacto de la innovación en los mercados, el estudio de estos temas se hace hoy con profundidad en el programa de investigación de las intersecciones entre derecho de la competencia y derecho de la propiedad intelectual o también bajo la noción de competencia e innovación.

(vi) El poder público del legislador y de otros reguladores y las *consideraciones de competencia en los mercados con ocasión del debido proceso normativo* integran hoy también uno de los capítulos de la política de competencia y es de la mayor importancia para un enfoque liberal clásico. Esta materia es abordada hoy con el instrumento de la evaluación de la regulación desde el punto de vista de la competencia (*Competition Assessment*). El tema, no obstante, no recibe atención detallada en este trabajo.

(vii) Sobre la *influencia indebida del poder económico privado en cómo el poder público determina las reglas del juego en los mercados* (predefiniendo sus estructuras, estableciendo u omitiendo establecer los desincentivos a las conductas que destruyen valor social, intentando predeterminar resultados), hace décadas que los riesgos de la concentración del poder económico para el buen funcionamiento de la democracia (y la

determinación democrática de las reglas en los mercados) abandonaron la nómina de las preocupaciones de los expertos en derecho antimonopolios. Estos problemas son canalizados hoy a través de la regulación de las contribuciones de empresas a campañas y partidos políticos y de las actividades de *lobby* y gestión de intereses. De importancia para una política de competencia en un enfoque liberal clásico, según se explicará⁴³, se trata no obstante de materias no profundizadas en este trabajo.

(viii) La *influencia del poder privado a través de los medios, la publicidad y la búsqueda de dominancia en el mercado de las ideas*, en la configuración de las preferencias individuales y, por tanto, en la demanda por bienes y servicios, no forma parte de las materias aquí abordadas.

(ix) Por último, la valoración de la idea de competencia en otros ámbitos como son la competencia regulatoria para promover la descentralización, la competencia entre partidos políticos y al interior de los partidos, la competencia en la adjudicación de fondos públicos, no recibe especial consideración aquí.

⁴³ V. *infra*, 1.3.

PRIMERA PARTE:
LIBERALISMO, DERECHO DE LA COMPETENCIA, PODER

CAPÍTULO 1

¿QUÉ LIBERALISMO? ¿QUÉ DERECHO DE LA COMPETENCIA? ¿QUÉ PODER?

1.1. ¿Qué liberalismo?

1.1.1. Liberalismo y derecho de la competencia

Una constante del liberalismo político, desde su surgimiento a fines del siglo XVII, ha sido su carácter defensivo. La historia del liberalismo, ha dicho un autor, es la preocupación por proteger la libertad individual en contra de sucesivas amenazas⁴⁴.

El moderno derecho de la competencia o antimonopolios⁴⁵, por su parte, empieza a ser introducido por vía legislativa a fines del siglo XIX en EE.UU., Canadá y otros países, a mediados del siglo XX en Europa, y a fines del siglo XX en gran parte de las restantes jurisdicciones del mundo, de la mano de la creación de organismos públicos encargados de su aplicación. La implementación de esta normativa estuvo generalmente acompañada de la esperanza compartida de que el derecho que se establecía por dicha legislación podía corregir los problemas derivados de los monopolios, oligopolios y de la excesiva concentración del poder económico en los mercados. La promulgación de estatutos específicos, por una parte, y la creación de organismos especiales encargados

⁴⁴ RYAN (2012), p. 9.

⁴⁵ En el texto se utilizan como sinónimas las expresiones “derecho de la competencia”, “derecho de la libre competencia” y “derecho antimonopolios”. En ocasiones bajo alguna de las anteriores podría encontrarse subsumido el concepto más amplio de “política de competencia” pero, en general, se ha buscado evitar dicha subsunción, distinguiendo las expresiones política y derecho de la competencia a lo largo del texto.

de su aplicación, por la otra, son las principales características que distinguen el surgimiento del moderno derecho de la libre competencia⁴⁶.

1.1.2. ¿Satisface el Derecho de la Competencia un ideario liberal?

Desde la constante ‘defensiva’ del liberalismo, entonces, la introducción del moderno derecho de la competencia bien puede ser entendida como la preocupación del buen legislador liberal por precaver las amenazas a la libertad (p. ej., la libre elección por los consumidores) que implican los monopolios, oligopolios y la excesiva concentración del poder económico en los mercados⁴⁷.

No obstante, el establecimiento de esta normativa también admite una lectura contraria al liberalismo en cuanto el poder público, en el ejercicio de sus atribuciones de aplicar el derecho de la competencia, por exceso o por defecto, podría tornarse en una amenaza adicional a la libertad individual (p. ej., aquella de una empresa, en la definición de sus políticas comerciales)⁴⁸.

⁴⁶ GERBER (1998), *passim*. PERITZ (2001), *passim*. En el caso de Chile, el sistema jurídico de libre competencia se establece en 1959 y ha tenido significativas reformas en los años 1963, 1973, 1979, 1996, 2003 y 2009. BERNEDO (2013). El estudio histórico de los desarrollos pre-modernos del derecho de la competencia puede consultarse, entre otros, en TREBILCOCK (1986), HOVENKAMP (1989), LANGHOLM (1998), DE ROOVER [1974] (1987).

⁴⁷ Así, p. ej., para EE.UU., Hovenkamp, ha explicado que, para fines del s. XIX, el *common law* sobre los contratos en restricción al comercio del siglo XVIII, aparecía como prácticamente irrelevante para los que eran percibidos como efectos nocivos de las grandes empresas. Y el derecho clásico sobre las limitaciones al soberano en el otorgamiento de monopolios, no tenía relación alguna con los modernos emergentes monopolios de facto. HOVENKAMP (1989)p. 141.

⁴⁸ Así, p. ej., para EE.UU., Handler nos recuerda que los economistas en 1890 unánimemente se opusieron a la ley Sherman de competencia, cuya política subyacente consideraban sin sentido: según Handler, los economistas creían abiertamente en que los *robber barons* tenían el derecho de explotar al pueblo estadounidense. HANDLER (1991), p. 1259. Stigler describe la evolución desde un escepticismo frente a la ley antimonopolios por parte de la mayoría de los economistas al tiempo de la ley Sherman (1890), hacia un aumento en la tolerancia en décadas posteriores, hasta un firme incremento de la popularidad de la política *antitrust* entre los economistas en la década de los 50s y 60s, período en el cual el testimonio experto de economistas comenzó a transformarse en una importante fuente de ingresos para dichos profesionales. STIGLER (1983) pp. 7-15. Hoy en día varios autores en la línea del liberatarianismo

Este dilema central en el derecho de la competencia, sobre dónde establecer el balance entre las esferas pública y privada, ha sido planteado recurrentemente por la literatura⁴⁹, y es uno de los que ha justificado intensos debates legislativos previos al establecimiento de las leyes de competencia en las distintas jurisdicciones, debate que se reanuda de manera periódica al momento de evaluar la aplicación efectiva de esta legislación en sede judicial o jurídico-administrativa, sea por iniciativa pública (administración central del Estado o agencia independiente), o por iniciativa privada (los particulares).

Una vinculación diferente entre el liberalismo y el derecho de la competencia permitiría sostener que las legislaciones antimonopolios constituyen, en la historia de los aspectos económicos del liberalismo, una evidencia del paso desde una concepción de liberalismo de *laissez-faire*, de competencia sin restricciones –predominantemente, siglo XIX– a un liberalismo moderno, un liberalismo de bienestar social fundado en el equilibrio general⁵⁰. Sin embargo, dejando de lado el caso de EE.UU. para el cual esta imagen podría tener algún sentido –si bien el concepto de liberalismo moderno es situado por buena parte de la literatura a partir del *New Deal*, vale decir, cerca de 40 años después de la ley Sherman de competencia– muchas de las experiencias de introducción de legislaciones antimonopolios a nivel comparado han tenido lugar con

estadounidense defienden la derogación del derecho de la competencia por su amenaza a la libre empresa V., p.ej., ARMENTANO (2007). V. *infra* 1.1.3

⁴⁹ “¿Pero de qué tiranía queremos liberar a la competencia? ¿Del poder del gobierno? ¿O del poder económico privado?” PERITZ (2001) p. 3. “¿Cómo puede evitarse que el poder privado se torne en una amenaza a las libertades de otros? Pero, al mismo tiempo, ¿cómo puede evitarse que el poder conferido a instituciones con este propósito se expanda al punto tal de destruir las mismas libertades que debe proteger?” AMATO (1997), p.3.

⁵⁰ Ideas que, serían formalizadas por ARROW y DEBREU (1954).

ocasión de la implementación de una economía de mercado desde cero, es decir, allí donde previamente existían grados importantes de dirigismo público en la economía⁵¹.

Lo expuesto hasta ahora lleva naturalmente a preguntarse si acaso el derecho de la competencia puede ser considerado como un producto de ideas liberales o si no es más bien contrario a ellas y, en el caso de conjugarse bien con el liberalismo, con qué concepto de liberalismo debemos asociarlo.

Abordar cualquier esfuerzo intelectual desde el prisma del liberalismo, en efecto, nos enfrenta a la dificultad de especificar a qué tipo de liberalismo nos referimos. Por una parte, el liberalismo es un concepto político cuya apropiación es disputada y, por la otra, y a pesar de ciertos valores constantes que son reconocibles, las preocupaciones liberales centrales han variado a través de los siglos y difieren significativamente entre los autores⁵².

Lo anterior quizás permita explicar la cautela y escepticismo que algunos académicos manifiestan frente a la técnica de recurrir a una idea de liberalismo para justificar

⁵¹ La historia económica del surgimiento de legislaciones antimonopolios en algunos países europeos como Austria, Alemania o Reino Unido dan cuenta de modelos de mercado pre-existentes a la legislación antimonopolios, o bien, de un fuerte control de la economía por grupos industriales previo a la introducción de políticas de competencia. Más allá de la significativa influencia de los dos grandes modelos de derecho de la libre competencia, que son el estadounidense y el europeo, si se considera el número de jurisdicciones que cuentan con legislación antimonopolios, el crecimiento exponencial se produce en el momento histórico (comienzos de los años noventa para gran parte) en que dichos países deciden sustituir modelos económicos con significativos grados de intervención estatal en la economía por modelos de mercados abiertos, procesos que suelen implicar liberalizaciones y desregulaciones de sectores económicos y privatizaciones de empresas estatales. La gestación del DL 211 de 1973 en Chile ilustra bien un proceso tal. V. BERNEDO (2013), pp. 59-70.

⁵² RYAN (2012), p. 22.

concepciones de teoría del derecho⁵³ y la escasa literatura que vincula un marco liberal con el derecho de la competencia⁵⁴.

A pesar de los obstáculos referidos, este trabajo se plantea desde lo que denomina un enfoque liberal clásico para abordar el estudio del rol que desempeña el ideal jurídico-político del *rule of law*⁵⁵ en el derecho de la competencia.

1.1.3. Liberalismo clásico vs. liberalismo moderno

Este trabajo defiende que la concepción del liberalismo clásico como liberalismo de *laissez-faire*, obedece a una lectura histórica y selectiva de los autores del siglo XVIII que en el siglo XIX se hizo por las élites industriales y algunos intelectuales⁵⁶. Los resultados efectivos de intervención mínima del Estado en la economía y de respeto casi absoluto de la propiedad privada y la libertad contractual, en ese período, fueron logros de grupos económicamente poderosos e influyentes los que, pregonando esta lectura sesgada de los ideales liberales clásicos, consiguieron inculcarla en gobernantes, jueces y legisladores⁵⁷. La reivindicación del liberalismo clásico, como algo distinto tanto de

⁵³ DWORKIN (1985), pp.183-203. CORREIA (1995), p. 105, 118-119. ROUSSEVA (2010), p. 31.

⁵⁴ CORREIA (1995) (v. *supra* I.3.) (quien más bien se posiciona desde un liberalismo moderno) y RODGER (2000) (v. *supra* I.3.). Cabe distinguir el recurso que hacen a un marco liberal autores como los anteriores, de aquel que hacen autores más próximos o derechamente libertarianistas como EPSTEIN (1995) o ARMENTANO (2007).

⁵⁵ El trabajo opta por no traducir la expresión anglosajona *rule of law*. Forzando una traducción, la expresión “supremacía del derecho y gobierno de las reglas” recoge, en opinión del autor, parte importante de la concepción de *rule of law* que se sigue en este trabajo. En el capítulo 3 se expone dicha concepción y sus antecedentes, arribando a una concepción formalista donde la creación de reglas que brinden predictibilidad en su aplicación, limiten la discrecionalidad de quien ostenta un poder y eviten dejar entregada la sobre-aplicación o sub-aplicación del derecho a la voluntad de individuos constituyen sus elementos centrales.

⁵⁶ CORREIA (1995) p. 107, n. 31.

⁵⁷ Algo semejante, con un éxito relativamente menor que sus ancestros en el siglo XIX, hacen hoy en día los partidarios del libertarianismo, filosofía política que promueve un estado mínimo, muchos de quienes se auto-definen como ‘liberales clásicos’. Sobre lo anterior, RYAN (2012), pp. 26-27, expresa: “*Los libertarianistas contemporáneos frecuentemente defienden que son liberales clásicos. Esto no es*

una concepción de liberalismo de *laissez-faire* como del libertarianismo contemporáneo, es manifiesta en la tradición ordoliberal⁵⁸ y también fue explícitamente buscada por F.A. Hayek:

“Ni Locke, ni Hume, ni Smith, ni Burke pudieron jamás haber argumentado, como sí hizo Bentham, que ‘toda ley es un mal ya que cualquier ley es una transgresión a la libertad’. La posición de los primeros nunca fue la de argumentar un completo laissez-faire lo que, según las propias palabras muestran, integra también la tradición racionalista francesa, y su sentido literal jamás fue defendido por alguno de los economistas clásicos ingleses. Ellos sabían mejor que la mayoría de sus críticos posteriores que lo que había encauzado exitosamente los esfuerzos individuales hacia objetivos socialmente beneficiosos no había sido una especie de magia, sino la evolución de “instituciones bien concebidas”, donde las “reglas y principios sobre los intereses en controversia y las ventajas transigidas” habían sido reconciliados. En efecto, su posición nunca fue categóricamente anti-estado o anarquista, lo que es el resultado lógico de la doctrina racionalista de laissez-faire; era una posición que tenía en

completamente cierto [...] La línea divisoria se sitúa entre el enfoque libertario según el cual el gobierno no es un mal necesario sino que en gran medida (y por ello son llamados anarco-capitalistas) un mal innecesario, y el enfoque liberal según el cual el poder del gobierno debe ser tratado con cautela pero, al igual que cualquier otro instrumento, puede ser utilizado para lograr buenos fines.”. Cabe reconocer, con todo, que la afirmación que aquí se hace sobre ‘lectura sesgada de los ideales liberales clásicos’, minimiza la influencia del darwinismo social del siglo XIX, en el sentido de ‘supervivencia del más fuerte’ promovido por autores como Herbet Spencer.

⁵⁸ Así, p.ej., Vanberg rescata el testimonio de Röpke sobre una división de posturas sobre la naturaleza del orden liberal de mercado y los roles del gobierno, el derecho y la política económica que tuvo lugar con ocasión de la reunión anual del año 1949 de la Sociedad Mont Pélérin, entre la posición de L. von Mises que defendía el concepto de ‘mercado sin interferencias’ y la concepción de W. Eucken que defendía el concepto de ‘mercado como un orden constitucional’. VANBERG (2004) p.3.

cuenta tanto las funciones propias del estado como también los límites de la acción estatal”⁵⁹.

En consecuencia, el enfoque liberal clásico que guía este trabajo, se funda en el pensamiento de David Hume y Adam Smith en la Ilustración Escocesa, y el de quienes retomaron dicha tradición en el siglo XX, fundamentalmente, autores como Franz Böhm y Walter Eucken –fundadores del ordoliberalismo de Friburgo– y de Friedrich A. Hayek. Los pilares de dicho enfoque, en lo pertinente a esta investigación, se describen en el capítulo 2, en muchos casos, en abierta contraposición al enfoque predominante en derecho de la competencia, e incluyen, entre otros, ciertos aspectos metodológicos, la concepción de la naturaleza humana, los conceptos de competencia y de mercado, el repudio a diversas formas de poder arbitrario y la limitación al poder discrecional, sea éste público o privado, el ideal de un gobierno limitado, pero a la vez efectivo y eficaz y, muy especialmente, la preservación de la supremacía del derecho y el gobierno de las reglas (*rule of law*). Un estudio particular sobre aproximaciones conceptuales al *rule of law* por autores liberales clásicos se efectúa en el capítulo 3⁶⁰.

Al liberalismo clásico se suele contraponer el liberalismo moderno, el de los últimos trabajos de John Stuart Mill, que inspiraron las primeras legislaciones sociales y, muy especialmente, el de las políticas del *New Deal* durante la administración del presidente Roosevelt en EE.UU. en el intento de superar la Gran Depresión. Éste también es liberalismo porque su base es igualmente la libertad, si bien se trata aquí de libertades

⁵⁹ HAYEK [1960], (2006), p. 54. Más que el *volumen* de actividad estatal, la inquietud de Hayek está dirigida a la *forma o carácter* de la actividad estatal. Reconoce, en efecto que el funcionamiento de una economía de mercado *presupone* ciertas actividades estatales y que hay otras actividades estatales que *apoyan* dicho funcionamiento, agregando: “y [*una economía de mercado funcional*] puede tolerar muchas más [*actividades estatales*] en la medida que ellas sean del tipo que las hace compatibles con un mercado funcional”. Para Hayek es la sujeción al principio del *rule of law* lo que brinda a la actividad estatal la forma o carácter que la hace compatible con una economía de mercado. *Ibidem*, pp. 194-195. V. *infra* 2.2.4.

⁶⁰ V. *infra*, 3.2.

positivas (a diferencia de los liberales clásicos que sólo reconocieron como libertades las negativas)⁶¹, esto es, libertades encaminadas a emancipar a los individuos de los miedos del hambre, el desempleo, la enfermedad, el desamparo en la vejez y a hacer florecer todo el potencial del individuo. Se trata de un enfoque que defiende el Estado de bienestar desde una perspectiva diferente a la del socialismo. A diferencia de este último, no tiene pretensiones confiscatorias sobre la propiedad privada, pero tampoco reconoce a ésta un carácter fuerte en extremo como sí tienden a hacer determinados autores ‘liberales clásicos’. El Estado de bienestar requiere una extensa burocracia a la cual se confiere amplios poderes discrecionales para la implementación de las diferentes políticas de bienestar, lo que de este modo pone en riesgo el *rule of law* de la concepción liberal clásica⁶². En el derecho, en efecto, estos cambios se traducen en que parte importante del ordenamiento jurídico pasa de un derecho esencialmente formalista orientado por reglas a un derecho predominantemente consecuencialista orientado a resultados, donde su función se instrumentaliza y se torna en un mero medio para un fin⁶³.

A riesgo de simplificar, pero con fines didácticos, mientras que al liberalismo clásico le son de asociación inmediata la economía clásica, el Estado de Derecho liberal, el formalismo y los argumentos deónticos, al liberalismo moderno o *welfarista* se le asocian más bien la economía neoclásica, el Estado de Derecho social y democrático, el consecuencialismo y los argumentos utilitaristas.

Finalmente, cabe detenerse brevemente para considerar que, históricamente, el enfoque liberal clásico que guía este trabajo tiene sus orígenes en desarrollos anteriores

⁶¹ BERLIN (1969)

⁶² HAYEK [1960], (2006), pp. 213-216.

⁶³ TAMANAHA (2006), *passim*. Esta evolución histórica del derecho, respondió en gran medida a los postulados lógicos del positivismo jurídico.

al auge del utilitarismo⁶⁴, previos a la segunda revolución industrial⁶⁵, previos a la revolución marginalista en economía⁶⁶ y, muy especialmente, previos al surgimiento del moderno derecho de la competencia a fines del siglo XIX.

1.2. ¿Qué derecho de la competencia?

1.2.1. Evolución de las ideas y rasgos comunes hoy en el derecho de la competencia

⁶⁴ La historia de la filosofía asocia el surgimiento del utilitarismo clásico con los trabajos de Jeremy Bentham (1748-1832) y John Stuart Mill (1806-1873) y su motivación fundamental de promover reformas a leyes y prácticas sociales inútiles y corruptas, dejando subsistir sólo aquellas que maximizaran la utilidad, entendida esta última en una óptica hedonista sobre la teoría del valor. En relación con la influencia del sistema ético utilitarista en la historia de la economía, George Stigler ha afirmado que el trabajo de Francis Edgeworth *Mathematical Psychics* de 1881 y Henry Sidgwick *The Methods of Ethics* de 1907 “representan el punto más alto de la ética utilitaria en la economía neoclásica”. STIGLER (1980), p.12

⁶⁵ El período denominado segunda revolución industrial o revolución tecnológica se inicia cerca de 1860 con el uso del procedimiento Bessemer para la fabricación en serie del acero fundido en lingotes, de buena calidad y a bajo costo y se prolonga hasta desarrollos previos a la primera guerra mundial en 1914 tales como la electrificación de fábricas, la producción en masa, y la línea de producción. Se caracterizó por la construcción de líneas ferroviarias, la producción de hierro y acero a gran escala, la progresivamente mayor utilización de maquinarias en los procesos de fabricación, el creciente uso del vapor en la generación de energía, la utilización del petróleo y el aceite, y los inicios de la electricidad y de las comunicaciones vía cables eléctricos. En la historia del derecho antimonopolios estadounidense, coincide con lo que los autores denominan la “era formativa”. V. MAY (1987), MEESE (1999).

⁶⁶ El marginalismo es un método de análisis que caracteriza a la economía neoclásica y que sostiene que los agentes económicos racionales no razonan respecto de cantidades globales sino sobre cantidades adicionales denominadas ‘marginales’. El principio de utilidad marginal, esto es, el grado de satisfacción que brinda la última unidad consumida (o por una unidad adicional), fue desarrollado, prácticamente de modo simultáneo, por Leon Walras en Suiza, Carl Menger en Austria y William Stanley Jevons en Reino Unido, en la segunda mitad del siglo XIX. El marginalismo y su triunfo metodológico frente a la economía clásica y frente a la escuela histórica, contribuyeron al surgimiento de la ciencia económica de fundamentos neoclásicos y al abandono de la economía política. A dicho proceso contribuyeron también la utilización en exclusiva del método deductivo y el proceso de razonamiento lógico-matemático, el cambio en el objeto de estudio, el énfasis en la maximización individual, y el concepto de equilibrio. El resultado fue una reducción del ámbito de la investigación económica, un formalismo matemático más sofisticado y mayores grados de abstracción respecto de la realidad, una ciencia construida emulando a las ciencias naturales, sin conexión de sentido con el contexto social o histórico. MILONAKIS y FINE (2009), p.109.

Durante el siglo XX, en el plano intelectual, tuvo lugar un intenso debate de ideas políticas que generaba en el liberalismo fuertes tensiones entre una concepción clásica y una moderna, no sin gran temor a la amenaza de la planificación centralizada de la economía defendida por modelos marxistas y socialistas. En paralelo, el moderno derecho de la competencia, en un plano más discreto, iniciaba a comienzos del siglo XX su período formativo en EE.UU. y, luego de él, una evolución jurídica alimentada principalmente por desarrollos económicos que no ha cesado hasta hoy. El derecho europeo de la competencia, por su parte, con influencias estadounidenses y de la elaboración intelectual alemana de un concepto de economía política de inspiración ordoliberal⁶⁷, estuvo desde un comienzo asociado con los diferentes instrumentos que promovían la integración de mercados en Europa.

Hoy es posible identificar ciertos rasgos comunes en el derecho de la competencia a nivel comparado. Una síntesis de la evolución de las ideas en los sistemas estadounidense y europeo y, la identificación de dichos rasgos comunes, permite plantear posibles inquietudes generales desde un enfoque liberal clásico.

(i) La evolución de las ideas en el derecho antitrust de EE.UU.

La era ‘formativa’ y los primeros sesenta años de la ley Sherman

La literatura sostiene que durante los primeros sesenta años de vigencia de la ley Sherman de competencia en EE.UU. no puede hablarse de una política de competencia propiamente tal –como se la entiende hoy, guiada por los desarrollos en economía, sino sólo de un período nutrido en debates ideológicos, en el cual, las distintas concepciones

⁶⁷ Para un estudio actual de la influencia ordoliberal en el origen del derecho germano y europeo de la competencia, v. MAIER-RIGAUD (2012).

de economía política que se identificaban a nivel legislativo o gubernamental se podían distinguir, en términos más o menos similares, en las decisiones de los tribunales al resolver casos concretos, en especial en la Corte Suprema de EE.UU.⁶⁸. Algunas orientaciones legislativas, de gobierno y judiciales en dicho período permiten distinguir los siguientes períodos: una primera fase de reforzamiento de una concepción republicana del individualismo, el recurso a fundamentos textualistas y la prohibición de las asociaciones de cualquier tipo (años 1890-1899); subsecuentemente, una tolerancia progresiva mayor a la gran empresa y su poder económico, y el establecimiento de límites a la regulación impuesta por mayorías parlamentarias (años 1895-1911); un período posterior en que la política económica promovió la competencia cooperativa y el asociativismo (años 1911-1933); y, finalmente, la economía política de la competencia en el *New Deal* y durante la segunda guerra mundial (años 1933-1948), caracterizada por favorecer el crecimiento empresarial y la consolidación industrial como herramientas para promover la recuperación económica y, con consecuente escasa aplicación del derecho antimonopolios⁶⁹.

La escuela estructuralista de Harvard

Es sólo con la escuela estructuralista de Harvard y su influencia en el derecho antimonopolios estadounidense (años 1948-1967) que se reconoce un esfuerzo por brindar un contenido teórico y sistemático a este sector normativo, a partir de los desarrollos en teoría económica. Las ideas de la escuela de Harvard empiezan a tomar forma en respuesta a los años de aplicación de la economía política del *New Deal*. Ya hacia fines de los años treinta la estrategia de recuperación comienza a ser puesta en entredicho. La concentración de poder económico en unos pocos comenzó a ser percibida como la razón de las dificultades en la entrada de nuevos emprendedores a los

⁶⁸ KOVACIC y SHAPIRO(2000), *passim*. BAKER (2005), *passim*.

⁶⁹ PERITZ (2001), *passim*.

mercados, de la disminución en la producción y en el empleo y, de los altos precios pagados por los consumidores. Parlamentarios en el Congreso y el Ejecutivo comenzaban a vociferar contra las consecuencias políticas y económicas de los monopolios y del poder privado, lo que motivó el trabajo académico.

El paradigma conocido como Estructura-Conducta-Desempeño (E-C-D) configuró uno de los principales instrumentos de análisis de la escuela de Harvard. Según este paradigma, resulta demostrable la existencia de vínculos entre una estructura de mercado, la conducta de las empresas que en él operan y los resultados asignativos y distributivos en el mismo. Supone que estructuras concentradas de industrias promueven conductas anticompetitivas que afectan negativamente el desempeño económico del respectivo mercado. La estructura se define por el número de empresas que interactúa en la industria, sus clientes, proveedores y, competidores reales y potenciales; y se caracteriza por el número de actores en la industria o grado de concentración de mercado, barreras a la entrada, diferenciación de productos y estructuras de costos de las empresas. La conducta se refiere al comportamiento de las empresas en una estructura de mercado dada, esto es, cómo determinan sus estrategias de precios, de productos, de publicidad, de investigación y desarrollo, política de inversiones y estrategia legal. El desempeño, finalmente, se refiere al aspecto de bienestar de las interacciones del referido mercado. Para Harvard, un buen desempeño sirve los intereses de la sociedad cuando implica: (i) eficiencia productiva (maximización de los factores de producción) y eficiencia asignativa (respuesta productiva cuantitativa y cualitativamente eficaz a la demanda de los consumidores); (ii) operación de producción atenta a la incorporación de nuevas tecnologías para mejorar los procesos productivos y para poder ofrecer nuevos y mejores productos a los consumidores, contribuyendo en el largo plazo al incremento del ingreso real per cápita; (iii) logro de pleno empleo y empleo estable; (iv) distribución

equitativa de los ingresos, en el sentido que la recompensa de los productores no se extiende más allá de lo necesario para atraer un adecuado grado de producción⁷⁰.

Junto con las ideas de Mason que dieron lugar al marco E-C-D, otro pilar de la escuela de Harvard lo constituye la concepción de Bain, relativamente amplia, de barreras a la entrada. Bain en 1956 las definió como “*una ventaja de las empresas en el mercado respecto de las potenciales entrantes, ventaja que se manifiesta en que las empresas en el mercado pueden elevar sus precios por sobre el nivel competitivo sin suscitar la entrada de nuevos competidores a la industria.*” Al haber establecido empíricamente correlaciones entre rentas anormales y diversos elementos estructurales del mercado, tales como economías de escala, inversiones necesarias significativas, y la diferenciación de productos con una fuerte fidelidad de marca, Bain concluyó que estas características estructurales constituían barreras a la entrada siguiendo su concepción⁷¹.

De este modo, a partir del paradigma E-C-D y de una concepción amplia de barreras a la entrada, la Escuela de Harvard postuló una sospecha generalizada contra los mercados concentrados y la conducta de las empresas con poder económico⁷², lo que se tradujo en ciertas prescripciones específicas⁷³, todo lo cual tuvo una amplia acogida por

⁷⁰ SCHERER (1980), p. 3. HILDEBRAND (2002), pp.126-130.

⁷¹ McAFEE y MIALON (2004)

⁷² Durante el auge de la Escuela de Harvard, en la década del cincuenta, la aplicación del derecho de la competencia en EE.UU. debió hacerse cargo de una disputa retórica entre una visión más restringida basada en el ‘poder de mercado’ –usualmente sobre la base de las participaciones de mercado y el análisis de barreras– y una visión más amplia basada en el ‘poder económico’ –concepto usualmente asociado al gran tamaño de una empresa, disputa que sólo hacia el año 1960 tendría a la primera visión como vencedora. V. PERITZ (2001), pp. 209-213.

⁷³ Así, p. ej., la predicción de que la concentración facilita la colusión, el desarrollo de la teoría del apalancamiento (*leverage*) según la cual el monopolista de un producto puede y buscará traspasar su monopolio a productos complementarios indispensables para multiplicar sus rentas anormales, o la consideración de una intención monopolista en el análisis de cualquier práctica comercial anormal o poco conocida.

los tribunales estadounidenses en el período indicado⁷⁴. Sólo estructuras integradas por muchos compradores y vendedores y reducidas barreras a la entrada podían alcanzar el desempeño económico deseado, no sólo en términos de eficiencia económica sino también de innovación tecnológica y justicia distributiva⁷⁵.

La moderna escuela de Harvard

Un nuevo desarrollo en esta evolución, conocido como Moderna Escuela de Harvard se gesta hacia fines de los años 1970 a partir de los trabajos de Areeda y Turner y mantiene una influencia importante hasta hoy. Este enfoque promovió una concepción más acotada de los objetivos de la política de competencia, se centró más en la conducta de las empresas que en la estructura de los mercados, planteó más escepticismo sobre los beneficios de la intervención judicial agresiva y buscó desarrollar estándares objetivos para evaluar las conductas, entre los cuales, el conocido test Areeda-Turner para evaluar la predación ha sido uno de los de mayor influencia⁷⁶. Se ha afirmado también que a la Moderna Escuela de Harvard se deben la cautela en relación con la administrabilidad de las reglas legales y la capacidad de los organismos encargados de aplicarlas⁷⁷.

La escuela de Chicago

⁷⁴ El caso más ilustrativo corresponde a la fusión de dos empresas en el mercado de la fabricación, distribución y comercialización de zapatos. En el año 1962, la Corte Suprema de EE.UU. presidida por el juez Warren, en el caso *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 US 294, dejó en claro que buscaba mantener estructuras de mercado con muchos competidores, aún cuando ello implicara sacrificar las eficiencias que las empresas buscaban con la fusión. “*Lo que la ley protege es la competencia, no los competidores. Pero no podemos dejar de reconocer el deseo del Congreso de promover la competencia por medio de la protección de empresas viables, pequeñas y de propiedad local. [...] No podemos soslayar el mandato del Congreso de que las tendencias hacia la concentración en las industrias tienen que ser controladas en su estado incipiente*”.

⁷⁵ ROUSSEVA (2010), pp. 32-35.

⁷⁶ HOVENKAMP (2007), p. 2. ROUSSEVA (2010), p. 36.

⁷⁷ KOVACIC (2007), p. 14.

Desde mediados de los años sesenta, sin embargo, la escuela estructuralista de Harvard y su implicancia de fuerte intervencionismo en los mercados ya venía siendo objeto de agudas críticas desde la academia por autores como Bork, Easterbrook y Posner, en lo que sería conocido más tarde como la escuela de Chicago de *antitrust*. Ésta defendió una intervención mínima del derecho antimonopolios, planteándose desde la teoría de precios neoclásica, el modelo de competencia perfecta y los supuestos a ellos vinculados⁷⁸. De influencia importante a partir de fines de la década de los setentas, primero en la jurisprudencia (1968-1980) y, con el gobierno de Reagan, también en la propia administración, la escuela de Chicago corrigió los excesos ‘populistas’ en la aplicación del derecho de la competencia⁷⁹ pero, en opinión de un número importante de autores, llevó la aplicación del derecho de la competencia hacia un minimalismo conservador que se extralimitó en su propósito⁸⁰.

La escuela de Chicago postuló, en síntesis, lo siguiente: (i) Un objetivo único para el derecho de la competencia, a saber, la maximización del ‘bienestar del consumidor’ entendido éste como la riqueza total de la nación, independientemente de cómo ésta fuera distribuida⁸¹: *“Toda la tarea del derecho antimonopolios puede resumirse en el*

⁷⁸ “No existe algún otro conjunto de conocimiento distinto a la teoría de precios convencional que pueda servir como guía sobre los efectos de las conductas de las empresas en el bienestar del consumidor. Abandonar la teoría económica es abandonar la posibilidad de un derecho antimonopolios racional” BORK (1978, 1993), p. 117.

⁷⁹ NACHBAR (2013), pp. 66-68, donde efectúa un contraste entre un derecho antimonopolios basado en una regla de eficiencia y uno que incluye consideraciones sociales, que la literatura también denomina ‘escuela populista moderna’. CORREIA (1995), pp. 122-131, donde efectúa un contraste entre los valores liberales y los valores populistas.

⁸⁰ PITOFSKY (2008), *passim*.

⁸¹ El concepto de ‘bienestar del consumidor’ que sostiene Chicago, de este modo, es similar y está muy vinculado con los conceptos microeconómicos de ‘excedente total’ (es decir, la suma del excedente del productor y del excedente del consumidor) y eficiencia asignativa, que es aquella que busca maximizar el excedente total. En cambio, es diferente del concepto microeconómico de ‘excedente del consumidor’ que se entiende como la diferencia entre lo que el consumidor está dispuesto a pagar por consumir y la suma inferior que paga al precio de equilibrio. *“El bienestar del consumidor es el mayor cuando los recursos económicos de la sociedad se encuentran asignados de un modo tal que los consumidores son capaces de satisfacer sus necesidades tanto como las restricciones tecnológicas lo permiten. El bienestar del*

*esfuerzo de mejorar la eficiencia asignativa sin afectar tanto la eficiencia productiva al punto de producir nulas ganancias o pérdidas netas en el bienestar del consumidor”⁸². De este modo, la intervención *antitrust* está justificada únicamente cuando la conducta en análisis es capaz de restringir la producción total en un mercado. A su turno, la idea de competencia no es más que un medio para satisfacer el fin de la maximización de la riqueza total pero que, ante mejores medios (p.ej. un planificador perfecto) perdería valor relativo. (ii) Una concepción de barreras a la entrada relativamente restringida en relación a aquella defendida por Bain, planteada por Stigler en 1968 en los siguientes términos: “*un costo de producción* (respecto al conjunto de niveles de producción posibles o respecto a un sub-conjunto de éste) *que debe ser soportado por las empresas que pretenden entrar a una industria pero que no es soportado por las firmas que se encuentran ya en el mercado*”. A partir de dicha concepción de barreras, se descartó entonces considerar como tales a ciertos elementos estructurales como las economías de escala, las inversiones necesarias para la producción, la diferenciación de productos, o la fidelidad de los consumidores a los productos disponibles en el mercado, toda vez que, para todos ellos, las empresas ya establecidas habían incurrido en costos de producción. Consecuentemente, para Chicago sólo los impedimentos de origen gubernamental a la*

consumidor, en este sentido, es meramente otro término para la riqueza de la nación. El derecho antimonopolios, de este modo, tiene una preferencia intrínseca por la prosperidad material, pero no tiene nada que decir sobre las maneras en que la prosperidad es distribuida o utilizada. Esas son cuestiones para otras leyes.” BORK (1978, 1993), pp. 90, 427.

⁸² BORK (1978, 1993), p. 91. La eficiencia productiva se refiere al uso de los recursos por parte de una empresa del modo técnico o tecnológico que permita, ya sea obtener la mayor cantidad de productos a partir de un conjunto dado de insumos, o bien, una cantidad constante de productos a partir de un conjunto relativamente menor de insumos. En cuanto la eficiencia productiva impacta en el excedente del productor (la diferencia entre lo que la empresa recibe al precio de equilibrio y la suma inferior que ella está dispuesta a recibir por su producción), la afirmación de Bork evoca el dilema de WILLIAMSON (1968), según el cual los sacrificios en el excedente del consumidor en el corto plazo son admisibles cuando son más que compensados por incrementos en el excedente del productor, y ello porque primero, lo anterior se traducirá en incrementos en el excedente total y, segundo, en condiciones competitivas los incrementos en el excedente del productor se terminarán traspasando a los consumidores. Parte de los aportes de Williamson a la evolución del derecho *antitrust* de EE.UU. permiten ser adscritos al enfoque de Chicago (p.ej., mínima intervención en restricciones verticales u operaciones de concentración verticales) y, otra parte, a las perspectivas Post-Chicago que más abajo se describen (p.ej., relativamente mayor intervención en las conductas de exclusión). KOVACIC (2007), p.14 n.36.

entrada a los mercados, los derechos de propiedad intelectual, y las estrategias deliberadamente orientadas a la exclusión de competencia podían ser considerados auténticamente como barreras a la entrada⁸³. (iii) Un estricto apego a la teoría de la elección racional que postula la concepción del individuo como un *homo œconomicus*, esto es, un individuo con racionalidad ilimitada, absoluta fuerza de voluntad y que actúa exclusivamente en su auto-interés, y que dispone de información completa para así maximizar su beneficio cuando es productor, o maximizar su satisfacción cuando es consumidor. El supuesto de que la maximización de la riqueza constituye la preferencia estable de los individuos completa el modelo. De este modo, se asume al individuo capaz de decidir con conocimiento de causa y de prever las consecuencias de cada una de sus decisiones. *“De este manera, muchos adherentes a la Escuela de Chicago adoptaron como preferencia estable universal para sus teorías descriptivas (en especial en aquellas referidas a organizaciones empresariales) la maximización de la riqueza y de otros fines personales materiales. El supuesto es que las personas responden de manera predecible y uniforme a incentivos y desincentivos financieros frente a una gran variedad de situaciones. Así, para Robert Bork y otros el supuesto de la maximización de beneficios fue ‘crucial’ para las teorías de la elección racional de la Escuela de Chicago”*⁸⁴. (iv) Finalmente, y a partir de todo lo anterior, una convicción en la capacidad de las propias fuerzas del mercado de auto-corregir los problemas transitorios de carácter monopólico, por la vía de defender que las rentas anormales de las industrias poco competitivas atraerán la entrada real o potencial de nuevos actores, amenaza que lleva a las empresas ya establecidas a auto-disciplinar sus conductas⁸⁵. De este modo, en ausencia de colusiones expresas, la concentración en los mercados no es un problema en sí misma⁸⁶.

⁸³ McAFEE y MIALON (2004). ROUSSEVA (2010), pp. 39-40. BORK (1978, 1993), pp. 310-329.

⁸⁴ STUCKE (2007), p. 521. POSNER (1979), pp. 925, 928. BORK (1978, 1993), pp. 119.

⁸⁵ BORK (1978, 1993) pp.120-121, 195-196. ROUSSEVA (2010), p. 39.

⁸⁶ HILDEBRAND (2002), pp. 143-150.

El enfoque de Chicago marcó un profundo cambio en las prioridades y el análisis de los casos antimonopolios en EE.UU. influyendo significativamente con una propuesta de menor intervención frente a las restricciones verticales y a conductas de exclusión tales como la venta atada y la predación, y recomendando orientar la aplicación de la política hacia las barreras gubernamentales, las colusiones entre competidores, las operaciones de concentración horizontal y no mucho más que eso. Las principales virtudes que se le reconocen son, por una parte, el haber enfatizado en la crucial distinción entre conductas eficientes y conductas ineficientes, reservando la intervención exclusivamente para estas últimas y, la simplicidad de los modelos propuestos, lo que facilitó su implementación por las autoridades de competencia y los tribunales al momento de aplicar el derecho⁸⁷.

Enfoques post-Chicago

Ya desde mediados de los años ochenta, la reacción de los críticos contra la escuela de Chicago no se hizo esperar, en cuanto veían dicho enfoque como extremadamente simple, meramente teórico y demasiado próximo a la derogación de buena parte del derecho de la competencia. Dichas críticas brindaron impulso a nuevos planteamientos en la economía de la competencia que buscaron apartarse del simplismo de la teoría de precios neoclásica que la escuela de Chicago promovía. Tales desarrollos estuvieron enfocados en la competencia como un proceso dinámico más que en la noción de mercados en equilibrio estático y buscaron hacerse cargo de las complejidades de la realidad fundándose en evidencia empírica disponible, no con meras teorizaciones. Otras miradas críticas, desde el derecho y la ciencia política, atacaron el objetivo exclusivo y la acotada definición de eficiencia económica que Chicago postulaba como la finalidad del derecho antimonopolios. Estas miradas críticas y la influencia de nuevas teorías económicas y conceptos económicos basados en la Teoría de Juegos, la Economía de los

⁸⁷ ROUSSEVA (2010), pp. 40-41. HILDEBRAND (2002), pp. 143-150.

Costos de Transacción, la Teoría de Agencia y, en términos generales, en lo que se denominó la Nueva Organización Industrial y, que conducirían a lo que pronto pasaría a denominarse ‘enfoques post-Chicago’ condujo al surgimiento de herramientas econométricas más poderosas, modelación matemática compleja y a un abundante recurso a métodos empíricos⁸⁸.

La última década

En materia de acuerdos graves entre competidores (colusión o carteles), en los años noventa, EE.UU. comenzó a tener experiencias exitosas en la persecución de estos ilícitos, particularmente a través del combate con penas privativas de libertad a individuos involucrados en carteles internacionales que afectaran mercados estadounidenses. En años posteriores, la prioridad en el combate contra los carteles duros no sólo se ha mantenido por parte de las autoridades estadounidenses, sino que – dada su gravedad⁸⁹– se ha exportado a todo el mundo la necesidad de atribuir la más alta prioridad al combate contra este tipo de ilícito, con la adopción de instrumentos eficaces

⁸⁸ BAKER (2003) pp. 60-75. STEINER (2007) pp. 67-68

⁸⁹ En diversas jurisdicciones hoy en día la aplicación de la ley de competencia a los carteles duros atribuye a dicha conducta la mayor gravedad, lo que sitúa su persecución a nivel de máxima prioridad. La colusión ha sido calificada como ‘*el mal supremo para el derecho antimonopolios*’ por la C.S. de EE.UU. (en el caso *Verizon Communications Inc. v Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 US 398, 2004); y como ‘*cánceres para las economías de mercado abiertas*’, como un ‘*pecado cardinal*’, como ‘*una práctica inmoral y socialmente irresponsable que daña a los consumidores, reduce los incentivos a innovar y coloca un freno a la economía*’ y que su combate ‘*es y seguirá siendo una prioridad*’ según han expresado diversos encargados de la política de competencia de la Comisión Europea durante los últimos 15 años.

La ICN ha manifestado que los carteles duros constituyen ‘*un asalto directo a los principios de la competencia*’ y la OCDE que ellos son ‘*las infracciones más escandalosas al derecho de la competencia*’. En Chile, desde que así lo hiciera la Excm. C.S. en el año 2010 (Rol. 1746-2010, c.12º, 29.12.10), la jurisprudencia del TDLC y de la C.S., reiteradamente, ha sostenido “*Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes.*”

(p.ej. delación compensada, facultades de allanamiento)⁹⁰ y mecanismos que aseguren la aplicación efectiva de la ley⁹¹.

En materia de análisis de operaciones de concentración, el desarrollo de nuevas metodologías orientadas a la determinación directa de efectos anticompetitivos unilaterales en mercados con productos diferenciados, llegó a poner en discusión la necesidad de definir los mercados relevantes en el análisis⁹², lo anterior, a partir de una nueva guía publicada en el año 2010 en conjunto por la FTC y el DOJ⁹³. En general, el sistema en vigencia asegura que las autoridades de competencia puedan revisar prácticamente todas las mayores operaciones de concentración, fusiones y adquisiciones que afecten a los consumidores estadounidenses, en forma previa a que ellas se hayan consumado⁹⁴.

Sobre conductas unilaterales de monopolización, en el año 2007, el profesor Kovacic sostuvo que el ‘ADN intelectual’ del derecho *antitrust* estadounidense para dicha materia se compone de una doble hélice de cadenas de ideas interrelacionadas provenientes tanto de la escuela de Chicago de Bork, Posner e Easterbrook, como de la escuela de Harvard de Areeda, Turner y Breyer. La cadena proveniente de Chicago impone atención a lo apropiado de las teorías sustantivas sobre la responsabilidad por infracción antimonopolios, cautela en la distinción entre conductas eficientes e ineficientes y, en último término, establece una verdadera presunción en cuanto a que los monopolios, en general, son eficientes y procompetencia y, por tanto, que debe actuarse con especial atención al regular su tamaño, estructura o conducta a fin de minimizar los

⁹⁰ La ley 20.361/2009 en Chile y parte importante del contenido del proyecto en actual discusión parlamentaria, no es sino reflejo de este consenso internacional.

⁹¹ OECD (1998), OECD (2005)

⁹² KAPLOW (2010), WERDEN (2014)

⁹³ DOJ & FTC (2010)

⁹⁴ RAMIREZ (2015)

falsos positivos. La cadena proveniente de Harvard aporta la atención sobre la administrabilidad de las reglas legales y la capacidad de los organismos encargados de aplicarlas, y adopta una posición crítica sobre el rol de los jurados (no-expertos) en los juicios antimonopolios⁹⁵.

La posición predominante que pareciera recoger bien el trabajo de Kovacic ha sido sucedida por un conjunto de enfoques alternativos que buscan desafiarla⁹⁶. Ninguno de éstos ha conseguido particular éxito, si bien las aplicaciones en derecho antimonopolios del enfoque de la economía del comportamiento parecieran recibir las consideraciones más serias⁹⁷. En paralelo, parte importante de la discusión no se ha centrado en enfoques teóricos y abstractos sino sobre las formas de abordar problemas antimonopolio que han ido surgiendo en áreas específicas, como los mercados financieros con ocasión de la crisis⁹⁸, las intersecciones entre propiedad intelectual y derecho antimonopolios en los

⁹⁵ KOVACIC (2007), *passim*.

⁹⁶ STUCKE (2013), a partir de la literatura económica sobre bienestar subjetivo, se interroga si acaso el derecho de la competencia debiese promover la felicidad. HORTON (2011), propone el marco teórico que concibe las economías como sistemas complejos y evolutivos y en donde el derecho antimonopolios debiera promover la diversidad como objetivo.

⁹⁷ En septiembre de 2015 el presidente Obama emitió una *Executive Order* que instruye a los reguladores en general a utilizar las aplicaciones de las ciencias cognitivas en mejora de las actuaciones regulatorias para '*servir mejor a los ciudadanos estadounidenses*'. V. HEINEMANN (2015) y, TOR (2014).

⁹⁸ MARKHAM (2011) defendía algún rol para el derecho antimonopolios, de ser aplicado con rigor, en prevenir el fenómeno del '*too-big-to-fail*' (TBTF). Desde la crisis financiera del 2008 se refiere con 'TBTF' a la externalidad que se asocia a las mayores empresas y conglomerados en los mercados financieros en cuanto a que, dados su tamaño, su complejidad y su interrelación con otras áreas de la economía, difícilmente logran una administración eficiente y, exponen a la economía a riesgos sistémicos en caso de insolvencia. Esto último fuerza la intervención pública para evitar la quiebra a toda costa. El tamaño de las entidades financieras 'TBTF', en este sentido, hace que los inversionistas las perciban como menos riesgosas, lo que permite que ellas puedan levantar capital y deuda a un costo menor, cuestión que les confiere una ventaja competitiva frente a entidades que sí pueden enfrentar el riesgo de incumplimientos o insolvencia. Permitir esta situación constituiría un subsidio implícito que afecta los mercados en términos de eficiencia asignativa. La solución al problema no ha estado en el ámbito del derecho de la competencia sino que en el de la regulación financiera que ha buscado internalizar este riesgo elevando las exigencias en capital o reservas y limitando la relación capital/deuda. FOER (2014), p. 33.

mercados farmacéuticos y tecnológicos⁹⁹ y el rol del derecho antimonopolios frente a modelos de negocios basados en el consumo colaborativo¹⁰⁰.

Expectativas importantes sobre una aplicación menos conservadora del derecho antimonopolios se generaron al asumir como presidente Barack Obama. Ha habido algunas respuestas a la pregunta de qué cambios en la política antimonopolios ha implicado la administración liberal¹⁰¹, pero ello corresponde a una evaluación aún pendiente¹⁰².

(ii) Evolución de las ideas en el derecho europeo de la competencia

Las ideas ordoliberales como antecedente

Los orígenes de la escuela ordoliberal se vinculan a la Universidad de Friburgo en Alemania en el período de entre-guerras y a los trabajos de sus fundadores, el economista Walter Eucken y los juristas Franz Böhm y Hans Grossmann-Doerth. Responde al contexto institucional caracterizado por los fracasos político-institucionales del gobierno de Weimar y del régimen Nazi. Para los ordoliberales, el surgimiento de gobiernos autoritarios y la Gran Depresión, pusieron en tela de juicio tanto el modelo de economía socialista como la ideología del *laissez-faire*. El objetivo del ordoliberalismo era entonces proveer a la sociedad de un marco constitucional jurídico-económico que, rescatando los valores del auténtico liberalismo clásico, asegurase a los individuos los mayores espacios de autonomía libres de interferencias públicas y privadas, con instituciones democráticas encargadas de asegurar la dispersión del poder político. Los

⁹⁹ CARRIER (2011) *passim*. HOVENKAMP (2008) *passim*.

¹⁰⁰ FTC Conference on The 'Sharing' Economy (2015)

¹⁰¹ CRANE (2012). BAKER y SHAPIRO (2012).

¹⁰² VOORHEES (2014), p. 565.

valores de la competencia y de la libertad económica aparecían, de este modo, como los fundamentos de un orden económico basado en una economía de mercado organizado por reglas de derecho. Dichos fundamentos se veían amenazados por riesgos provenientes tanto del poder público del gobierno como del poder económico privado. Pero frente a éstos, la recomendación de política no era la intervención directa en el proceso económico para asegurar determinados resultados, sino una acción indirecta, la reforma de las reglas que configuraban el orden jurídico-económico pre-establecido. De allí entonces que resultaba fundamental a esta escuela la interacción entre derecho y economía en el nivel constitucional¹⁰³ de las reglas que definen el proceso competitivo. Sólo con la adecuada definición de dichas reglas podía encaminarse la sociedad hacia el orden económico deseado por los ordoliberales: un orden de mercados competitivos bajo un orden constitucional que no tolerase privilegios ni discriminaciones arbitrarias, en el cual los individuos interactuasen en un plano de igualdad a través de intercambios voluntarios por medio de contratos. Y si bien en la realidad se reconocían como no realizables planos de igualdad completa ni intercambios enteramente voluntarios, se mantenían éstos como propósitos normativos que permitían calificar un orden económico dado y guiar las potenciales reformas¹⁰⁴.

En el programa intelectual ordoliberal el rol del Estado es ambivalente. Con su intervención en la economía el Estado puede afectar la competencia y la libertad económica pero, al mismo tiempo y por medio de reglas de derecho, crea la estructura básica del sistema económico. Por tanto, son tales reglas las que permiten introducir disciplina a los excesos del poder público del gobierno y a los abusos del poder económico privado. En esta línea, se identifica la política de brindar a la competencia el

¹⁰³ El pensamiento ordoliberal utiliza el concepto ‘constitucional’ en un sentido amplio y no necesariamente como sinónimo de la constitución política formal de un país, sino más bien, como el marco jurídico institucional efectivamente en vigor, independientemente de cual sea la ubicación de las normas jurídicas estructurales dentro de la jerarquía normativa.

¹⁰⁴ ROUSSEVA (2010), p. 26-27.

mayor ámbito de acción posible como el mejor antídoto para contrarrestar las estrategias del Estado y de los privados en la búsqueda de la monopolización de mercados. De este modo, la competencia y la libertad económica se protegen como valores en sí mismos, no por los resultados de bienestar económico que acarrearán. A este esfuerzo por comprender las relaciones entre libertad institucional en mercados abiertos y cautela de la competencia, se agrega un supuesto kantiano: la persona titular de la libertad económica no puede ser instrumentalizada como medio para alcanzar el bienestar general. De allí que en caso de conflicto entre crecimiento económico o eficiencia y libertad individual, esta última ha de prevalecer¹⁰⁵. El proceso competitivo en sí mismo es el que se busca proteger por medio de la política y el derecho de la competencia, para prevenir la concentración de poder que menoscaba el orden económico y político¹⁰⁶.

Las implicancias de las influencias ordoliberales en el derecho europeo de la competencia, si bien se discute su alcance¹⁰⁷, e importantes grados de burocratización y centralización en la aplicación del derecho de la competencia en Europa, se tradujeron por muchos años en una aplicación fuertemente regulatoria del derecho de la competencia y con un importante acento formalista. En tal contexto no fue fácil la penetración de las consideraciones económicas y consecuencialistas. Dicho escenario ha ido cambiando paulatinamente a partir de mediados de los años noventa.

Hacia un ‘enfoque más económico’ y las reformas del año 2004

¹⁰⁵ MAIER-RIGAUD (2012) *passim*, ha hecho hincapié en distinguir entre el enfoque ordoliberal original del derecho de la competencia, a saber, la preservación de una sociedad libre, y lo que denomina una ‘deformación’ posterior del mismo por el concepto neoliberal alemán de protección de la libertad para competir. Se estaría frente a líneas de pensamiento no sólo diferentes sino que incompatibles entre sí.

¹⁰⁶ ROUSSEVA (2010), p. 28-29.

¹⁰⁷ MAIER-RIGAUD (2012), *passim*. ROUSSEVA (2010), pp. 31-32.

A mediados de los años noventa la Comisión Europea comenzó a apartarse de sus influencias ordoliberales buscando en forma gradual alinear los objetivos de su política de competencia con el pensamiento económico moderno centrado en la eficiencia y el bienestar del consumidor. Esto se fue manifestando progresivamente en los discursos, publicaciones y lineamientos de la Comisión, en la creación del cargo de economista jefe en su Dirección General de Competencia, en un importante grado de recepción de los desarrollos post-Chicago en economía y, muy especialmente, en las reformas del año 2004 que buscaron sustituir el sistema de control preventivo de los acuerdos verticales por una evaluación ex – post de los mismos y una descentralización en la aplicación del derecho europeo de la competencia otorgando tanto a las autoridades nacionales como a los jueces de los países miembros las atribuciones de aplicación directa del mismo. El cambio en la orientación se ha manifestado en el contenido de los lineamientos en materia de exenciones en bloque, en materia de restricciones verticales y, muy especialmente, en el enfoque de análisis de los abusos de posición dominante de exclusión y de las operaciones de concentración. El nuevo enfoque se ha traducido en un mayor espacio para el análisis caso-a-caso fundado en los hechos y los efectos anticompetitivos en estas materias¹⁰⁸. No obstante, a nivel del TJUE el enfoque más económico no se ha cultivado con igual intensidad, ni en cuanto al objetivo exclusivo ni en cuanto a una sustitución radical del tradicional análisis basado en la estructura de mercados y forma de las conductas por uno basado primordialmente en sus efectos en la competencia¹⁰⁹.

¹⁰⁸ JONES & SUFRIN (2011), pp.44-47. STEINER (2007), p. 74.

¹⁰⁹ JONES & SUFRIN (2011), pp.49-54. Cfr. WILS (2014) quien analizando el caso Intel defiende que ni la Comisión ni el Tribunal General hayan seguido el ‘enfoque más económico’ sino que hayan sido consistentes con los precedentes en materia de abuso de dominancia en general y descuentos por exclusividad en particular. Por cierto, el dilema central que subyace a la disputa entre el ‘enfoque más económico’ y la tradición precedente de influencia ordoliberal, es entre una mirada consecuencialista centrada en los efectos económicos y el enfoque previo más aferrado a conceptos jurídicos y reglas de derecho.

Desarrollos de los últimos años en derecho europeo

Dejando de lado la evolución en el área de las ayudas estatales, capítulo particular del derecho europeo de la competencia que no se replica en otras jurisdicciones en tales términos¹¹⁰, los últimos años han estado marcados, entre otros, por desarrollos tales como la adopción de una Directiva en materia de daños y perjuicios¹¹¹ y la focalización en algunos mercados específicos. Entre éstos, cabe destacar las actuaciones en los mercados asociados a tecnologías de la información en miras a la creación de un mercado digital europeo único¹¹², en los mercados del sector energía, también con fines de integración¹¹³ y, diversas acciones en mercados del sector financiero y medios de pago. La aplicación de la ley en contra de los carteles duros sigue teniendo una prioridad muy alta y, se trabaja también en mejoras que brinden mayor efectividad a los procesos de control de operaciones de concentración¹¹⁴. La relativa mayor desconfianza de las autoridades europeas hacia empresas con super-dominancia en mercados tecnológicos, traducida en acciones de aplicación de la ley contra gigantes tecnológicos como Microsoft, Intel o Google, más severas que en otras jurisdicciones ha generado una controversia importante¹¹⁵.

¹¹⁰ El área se encuentra en un proceso de modernización encaminada a apoyar el crecimiento y el empleo y ha sido crucial en el control de las intervenciones públicas desde la crisis de la deuda en la Eurozona y, en el último tiempo, ha puesto atención a las planificaciones tributarias agresivas que son permitidas por los sistemas fiscales de algunos países miembros, todo ello encaminado a la integridad del mercado único y a asegurar una cancha pareja para las empresas, independientemente de la localización de su matriz.

¹¹¹ Con el objetivo de facilitar que las víctimas de infracciones al derecho de la competencia sean debidamente compensadas. PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE, Directiva 214/104/UE sobre Daños por infracciones al Derecho de la Competencia (2014).

¹¹² En este sector se identifican casos importantes en control de operaciones de concentración y abusos de posición dominante de exclusión, incluyendo algunas intervenciones bastante discutidas en los medios como fue la formulación de cargos contra la empresa Google, en 2015.

¹¹³ Sector en el que la Comisión Europea ha intervenido en miras a impedir que las empresas mantengan o vuelvan a erigir barreras a la competencia contrarias a un mercado europeo de la energía y de asegurar un acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura.

¹¹⁴ COMISIÓN EUROPEA, Informe Anual 2014 (2015).

¹¹⁵ Un análisis de estas diferencias entre jurisdicciones para el *caso Microsoft I*, ya en FOX (2002). PETIT (2015) ha propuesto abordar los mercados tecnológicos con empresas en super-dominancia, bajo el

1.2.2. Rasgos comunes del derecho de la competencia hoy e inquietudes generales para un enfoque liberal clásico

El estudio de la evolución del pensamiento predominante en los sistemas de derecho de la competencia en EE.UU. y en Europa lleva a detenerse en ciertos rasgos comunes relevantes para esta investigación.

(a) Materias de las que se hace cargo el derecho actual de la competencia, una referencia a cuatro áreas centrales:

(i) El combate contra los carteles duros ya sean éstos internacionales o locales es la materia donde parecen existir los mayores consensos. Hay una regla clara y estricta contra los carteles en EE.UU. y una regla equivalente se ha impuesto en Europa y extendido por otras jurisdicciones: ejecutivos y empresarios son cada vez más conscientes de la misma, que establece que para casos de acuerdos entre competidores sobre precios, volúmenes de producción, reparto de mercados, manipulación de licitaciones, etc. ellos arriesgan elevadas multas y, eventualmente, cárcel. Sucesivas reformas han buscado ampliar los mecanismos de detección e introducir esquemas sancionatorios efectivamente disuasivos. Se mantienen algunas diferencias como la preferencia por perseguir a personas naturales en EE.UU. vs. la persecución en exclusiva de empresas en el sistema europeo, pero no se cuestiona el amplio consenso en cuanto a atacar la adquisición ilegítima de poder de mercado que implican los carteles¹¹⁶.

concepto de “mologopolistas”, en cuanto se trata de industrias con empresas monopolistas en un mercado (Google en búsquedas en internet, Apple en *smartphones*, Facebook en redes sociales y, Amazon en comercio electrónico, Microsoft en sistemas operativos), pero que a la vez ejercen poder de mercado conjunto en otros mercados oligopólicos en los que participan. El análisis simultáneo de tales efectos en la competencia no sería posible con la mirada tradicional.

¹¹⁶ FOX (2014), p. 796.

(ii) La situación anterior contrasta con las limitadas acciones de intervención que suelen emprender las autoridades de competencia en contra de industrias oligopólicas donde no se ha verificado un acuerdo entre competidores y donde la falta de competencia efectiva es manifiesta. El problema central del oligopolio, denominado ‘colusión tácita’ por la economía, y que se traduce en una competencia no vigorosa (o ausencia de competencia) decidida como estrategia individual por cada uno de los oligopolistas a partir de su interacción observada, lleva a resultados muchas veces equivalentes a los de una colusión expresa. Constituye también una forma de poder de mercado conjunto que carece de disciplina sistemática por las autoridades de competencia (en especial en ausencia de operaciones de concentración que puedan ser revisadas) y representa para ellas uno de los mayores desafíos a nivel comparado¹¹⁷.

(iii) En lo referido a la evaluación prospectiva de los riesgos para la competencia de las operaciones de concentración, fusiones y adquisiciones, el análisis sustantivo de los casos no se rige por una regla precisa y clara, sino que por un estándar. En términos generales, dicho estándar busca establecer si acaso la operación en análisis crea riesgos anticompetitivos asociados al incremento de poder de mercado que ostentará la empresa resultante de la operación de concentración. La respuesta en el análisis caso-a-caso la brinda la economía de la competencia que, si bien pretende, está muy lejos de ser una ciencia exacta¹¹⁸. De allí que a través del análisis se cuelen los prejuicios, valores y preferencias de quienes intervienen en la resolución de los casos sobre materias tales como la capacidad de las propias fuerzas del mercado de disciplinar el poder de mercado resultante de la operación, la mayor o menor intervención del poder público en los mercados, la empatía o desconfianza que se pueda tener respecto del poder económico

¹¹⁷ El estudio de los mercados oligopólicos fue un tema central de la reunión del Comité de Competencia de la OCDE del mes de junio de 2015. OECD (2015)

¹¹⁸ FOX (2014), p. 796.

privado, y muchas otras motivaciones¹¹⁹. Las diferentes influencias económicas preponderantes y el distinto sentido en que se inclinan los referidos prejuicios, en EE.UU. y en Europa respectivamente, se correlacionan con grados de intervención antimonopolios aún discrepantes para operaciones equivalentes, en una y otra jurisdicción. Lo anterior termina traducándose en una menor aversión al libre desenvolvimiento del poder privado en EE.UU. y, en Europa, en la atribución de un mayor ámbito al poder público para prevenir los efectos anticompetitivos del poder privado con ocasión de operaciones de concentración.

(iv) En el caso de las conductas unilaterales –monopolización en EE.UU. y abuso de posición dominante en Europa– (y también en el caso de acuerdos verticales y horizontales con justificaciones de eficiencia), las discrepancias de su análisis entre una y otra jurisdicción son de mayor magnitud. Si bien, de modo preliminar, el bienestar del consumidor aparece como el objetivo frecuentemente invocado en ambos sistemas, las presunciones establecidas en uno y otro son diferentes, lo que hace que no pocas veces, a partir de un mismo conjunto de hechos, abogados, autoridades y jueces lleguen a soluciones contrapuestas. Como ha expresado la profesora Fox, *“lo que es ilegal y anticompetitivo en EE.UU. casi con toda seguridad será ilegal en la UE, pero lo que es ilegal y anticompetitivo en la UE bien podría ser legal en EEUU e incluso promoverse como algo pro-competencia”*¹²⁰. Dado que en diversas conductas y prácticas dentro de esta categoría, y en ambos sistemas, el derecho no ha brindado una solución definitiva, sino que se mantienen discrepancias y, en otras tantas, existe una evolución continua, la función de la jurisprudencia y el sistema de precedentes es aquí particularmente

¹¹⁹ LAO (2014), se ha referido a la incertidumbre de la teoría económica para los casos de monopolización, donde ella es aún mayor que en los casos de control de operaciones de concentración. Critica que la divergencia entre las ideologías políticas liberales y conservadoras a la hora de la aplicación del derecho no se haya transparentado.

¹²⁰ FOX (2014), p. 797.

relevante. La certeza legal sobre las formas de ejercicio de poder privado que se quiere reprochar es relativamente menor en estos casos.

(b) Concepción de la política y el derecho de la competencia o la aproximación al análisis sustantivo de los casos:

En la materia se pueden identificar seis rasgos comunes:

(i) En general se promueve un objetivo central, que se defiende como único por parte importante de los autores. Detrás de nociones más vagas tales como el bienestar del consumidor, la libertad económica, la efectividad del proceso competitivo, la primacía en la discusión la tiene el análisis de equilibrio parcial en los mercados y las consideraciones sobre eficiencias económicas en ellos, en especial, las afectaciones a la eficiencia asignativa. Las aplicaciones y aportes de la teoría de juegos, de la economía neoinstitucional y de la economía del comportamiento al desarrollo del derecho de la competencia, en general, no han buscado cuestionar tal objetivo central. Los dilemas no resueltos¹²¹ producto de plantear un objetivo único semejante tampoco parecen constituir un problema grave para quienes lo promueven.

(ii) Una concepción consecuencialista del derecho parece bastante extendida. El derecho u otros instrumentos regulatorios pro-competencia utilizados tienen que ser

¹²¹ La posición predominante frente a los dilemas más recurrentes es que (i) las ganancias en eficiencia productiva que generan un mayor excedente de productor a costa de sacrificios menores del excedente del consumidor, al incrementar el excedente total, no deberían merecer reproche; (ii) las reducciones en la competencia intra-marca, en cuanto pueden incrementar la competencia inter-marca, debieran permitirse; (iii) los mayores efectos pro-competencia de una fusión en un mercado de mayor tamaño, debieran bastar para justificar la no intervención, aún cuando ella conlleve efectos anti-competitivos menores en mercados más pequeños; (iv) los sacrificios en excedente de consumidor de corto plazo fruto de fusiones o restricciones debieran admitirse cuando las ganancias en innovación en el largo plazo son superiores, producto de las eficiencias dinámicas. V. STUCKE (2012) pp. 604-608.

eficaces para con la política económica de competencia que se busca implementar por medio de ellos. Cuando las consecuencias democráticamente definidas como pertinentes no van siendo progresivamente integradas a reglas de aplicación general que satisfagan los atributos del *rule of law*, la elección de los instrumentos y la interpretación de las normas jurídicas va teniendo lugar caso-a-caso y, no pocas veces, se recurre al ejercicio de contrapesar efectos. Ello brinda escasa predictibilidad a los destinatarios y beneficiarios de las normas y una excesiva discrecionalidad a los encargados de aplicarlas. El consecuencialismo es compatible con una concepción no instrumental del derecho cuando la consideración de las consecuencias va siendo incorporada en la definición de las reglas¹²². En cambio, el consecuencialismo rinde servicio a una concepción instrumental del derecho¹²³ cuando son las consecuencias de las conductas o prácticas sujetas a evaluación lo que determina su calificación y no una regla pre-establecida. De este modo, lo repudiable en la perspectiva del *rule of law* es la instrumentalización del derecho y no la oportuna consideración de las consecuencias en sí misma, según se expondrá.

¹²² Esta idea, que se vuelve a encontrar en distintos autores referidos en pasajes de este trabajo, recuerda la distinción en filosofía entre *utilitarismo de actos* (según el cual, siempre que decidamos qué hacer, debemos escoger aquella acción que genere la mayor utilidad neta, resolviendo caso a caso para alcanzar dicho resultado: la acción correcta en cualquier situación es la que produce mayor utilidad, mayor bienestar de entre las alternativas posibles); y, *utilitarismo de reglas* (según el cual, el análisis para determinar la acción correcta se efectúa en dos etapas y se destaca la importancia de las reglas morales: primero, una acción es moralmente correcta si se conforma con una regla moral y, segundo, una regla moral está justificada cuando su existencia crearía mayor utilidad que reglas alternativas o ausencia de reglas). El utilitarismo de reglas, en este sentido, se encontraría a medio camino entre el utilitarismo de actos o radical y el kantismo.

¹²³ Algunas distinciones parecen importantes aquí, siguiendo a Tamanaha. El funcionalismo propio del *common law* que con el fin de hacer calzar, adaptar y acomodar los principios y costumbres inmemoriales con los cambios sociales y el desarrollo comercial, impone al juez la consideración de las consecuencias de la aplicación de las reglas legales, no constituye propiamente tal una concepción instrumental del derecho que sea reprochable. En cambio, la generación o dirección del curso de los cambios sociales por medio del derecho y entender éste como una herramienta del cambio social, sí es una concepción instrumental del derecho que, desde el punto de vista del *rule of law*, merece reproche. TAMANAHA (2006) pp. 33-34. A la vez, esta concepción auténticamente instrumental del derecho, supone adscribir a un instrumentalismo jurídico, lo que, en su acepción más pertinente acá, constituye una *teoría sobre la naturaleza del derecho* de los operadores jurídicos y de otros actores sociales de que el derecho es un simple medio para un fin, un contenedor vacío desprovisto de todo principio inherente, de contenido obligatorio o de integridad consigo mismo. *Ibidem*, p. 7.

(iii) Frente al referido consecuencialismo y no pocos excesos de instrumentalización, la valoración del formalismo aparece como relativamente escasa. Ya desde el punto de vista de las normas sustantivas, una característica común en las diversas jurisdicciones de derecho de la competencia es la vaguedad de sus textos. Esta vaguedad ha hecho que el texto emanado del poder legislativo y la historia del proceso legislativo reduzcan en parte su fuerza normativa como fuente de derecho. Por otra parte, aquella diferenciación entre la tradición del derecho continental como un sistema de reglas jurídicas de origen legislativo y el derecho anglosajón como un sistema de precedentes de origen judicial tiende a relativizarse: en todas las jurisdicciones de derecho de la competencia son las actuaciones previas de las autoridades de competencia y de los jueces, esto es, la experiencia de aplicación reciente, lo que conforma en lo fundamental el cuerpo normativo en vigor. Tal experiencia muchas veces da cuenta de cambios abruptos, lo que no es consistente con el concepto de progresos incrementales del derecho. Siendo que en muchos casos la experiencia de aplicación se va moldeando a partir de los últimos desarrollos en economía o de los postulados ideológicos de quienes sirven los cargos administrativos o judiciales determinantes, no es de extrañar que la literatura de tiempo en tiempo advierta en el sistema un desapego de los valores formalistas del *rule of law*¹²⁴ y una base de legitimidad democrática deficitaria¹²⁵.

(iv) La disciplina atribuye un rol preponderante a los expertos, tiene un manifiesto tinte tecnocrático y en ella se puede percibir cierta subvaloración de lo político. Por una parte, el interés político en los problemas asociados a la falta de competencia en los mercados rebrota de tiempo en tiempo, en particular frente a casos de aplicación que resultan emblemáticos en las distintas jurisdicciones. No obstante, en buena medida, en todas ellas se ha buscado una paulatina independencia y cierto aislamiento de los

¹²⁴ ORBACH (2015a) y (2015b), STUCKE (2009) *passim*.

¹²⁵ FIRST y WALLER (2013), *passim*.

encargados de la política de competencia y de la aplicación del derecho respecto del gobierno y de las presiones de los grupos de interés propios de la democracia. En tal sentido, se ha buscado que sean especialistas en derecho y economía de la competencia – y no generalistas¹²⁶– quienes orienten la política y adopten las decisiones en los casos. El enfoque tecnocrático frente a los problemas de competencia en los mercados ha coincidido con décadas de influencia de un ideario político que promueve una intervención en los mercados relativamente menor que en el pasado. La mirada tecnocrática ha contribuido a una mejor comprensión de los mercados y, en muchos casos, ha facilitado su funcionamiento. Sin embargo, centrada en buscar aquella que considera la mejor solución para el caso concreto –por oposición a priorizar la inferencia de las características típicas del mismo que permitan su universalización como regla de derecho¹²⁷– no suele tener en consideración ciertos límites que a sus actuaciones imponen los principios del *rule of law*. Tal mirada tampoco parece percibir el déficit de legitimidad democrática de que podría adolecer el ejercicio de sus atribuciones. Y, frente a aquellos problemas de orden político que afectan la competencia en los mercados y que, por tanto, están fuera del ámbito de influencia para la tecnocracia, renuncia anticipadamente a promover una solución pro-competencia¹²⁸.

(v) Un corolario de los rasgos comunes anteriormente descritos es que los espacios de discrecionalidad de los encargados de adoptar decisiones en aplicación de la ley de competencia, ya sea en sede administrativa o judicial, parecieran relativamente mayores que en otras disciplinas. Esta discrecionalidad en sí misma no constituiría un problema si

¹²⁶ Para una revisión de la literatura, argumentos en pro y contra de la especialización judicial y las consecuencias de la misma para el ámbito de revisión judicial, TAPIA y CORDERO (2015), pp. 27-35 y n.20.

¹²⁷ Lo que WALDRON (2012) denomina la mirada prospectiva (*forward looking perspective*) de la doctrina de la *stare decisis*.

¹²⁸ CRANE (2008) plantea una opinión favorable sobre la orientación tecnocrática y el rol de los expertos en el derecho de la competencia. FIRST y WALLER (2013) sostienen una posición más crítica de la misma por su falta de legitimidad democrática y problemas de *rule of law*.

el sistema contemplase apropiados límites *ex – ante* (p. ej. criterios prefijados por el legislador, carácter vinculante de los precedentes con autoridad, reconocimiento de la doctrina de los actos propios, lineamientos vinculantes) o límites *ex – post* (revisión judicial) para el ejercicio de los aspectos discrecionales de dichas potestades, o bien, otros mecanismos de control y contrapeso propios del diseño institucional. Pero, en ausencia de control político-democrático, de control judicial o de auto-control y *accountability*, hay espacios importantes en que decisiones sobre la aplicación de la ley van quedando entregadas a la discrecionalidad ilimitada del experto que ejerce un cargo. Y, en cuanto lo anterior sea justicia administrada por el parecer de uno o más individuos y no por una regla de derecho pre-existente, amenaza con contravenir el *rule of law*. Por esta vía, en efecto, cuestiones tales como las definiciones sobre prioridades, sobre si investigar o no un caso, sobre si intervenir o no, sobre qué instrumento utilizar, sobre cuándo es procedente una salida alternativa, etc., pueden traducirse libremente ya sea en situaciones de sobre-aplicación o sub-aplicación de la política y el derecho de la competencia, exentas de alguno de los mecanismos de control referidos¹²⁹.

(vi) Una de las manifestaciones más ilustrativas del punto anterior es la práctica que ha tenido lugar en diferentes jurisdicciones que ha conducido a las autoridades de competencia a un relativo abandono de los mecanismos jurídicos de aplicación del derecho de la competencia y su sustitución por mecanismos regulatorios.

La distinción entre mecanismos jurídicos y regulatorios usualmente considera los siguientes factores: (a) En cuanto a la intensidad de la intervención, la regulación económica importa poderes amplios del regulador que comúnmente le autorizan determinar la estructura del mercado, asegurar resultados, o fiscalizar conductas, mientras que la aplicación del derecho de la competencia implica una intervención

¹²⁹ V. *infra* 4.2.2. y 4.2.3

comparativamente más acotada; (b) El ámbito de la regulación económica suele estar restringido a un sector o mercado específico, lo que se contrapone con la aplicación del derecho de la competencia que despliega su fuerza en los ámbitos más diversos y que, en definitiva, opera como mecanismo residual allí donde no existe regulación sectorial o ésta es deficiente; (c) Al confrontar la situación de los reguladores y de las autoridades de competencia, en el caso de los primeros, sus profesionales gozan de un nivel relativamente mayor de especialización o expertise en la industria regulada y basan sus decisiones en la información propia de dicha industria a diferencia de las autoridades de competencia que tienen una mirada técnica pero más bien general sobre el funcionamiento de los diversos mercados y carecen de flujos permanentes de información de industrias específicas; (d) En cuanto a la periodicidad de la supervisión o fiscalización, en el caso de los reguladores, éstas son actividades que desarrollan de modo continuo. Por el contrario, las autoridades de competencia actúan de manera selectiva y de modo ocasional, particularmente, frente a ilícitos anticompetitivos; (e) La perspectiva del análisis conlleva una diferencia también. Mientras que la acción regulatoria posee una naturaleza prospectiva, e implica que el regulador se posiciona *ex-ante* moldeando un marco regulatorio que satisfaga a futuro los objetivos perseguidos, la aplicación del derecho de la competencia es fundamentalmente retrospectiva toda vez que entra en juego una vez verificada la posible comisión de un ilícito anticompetitivo, escenario donde el encargado de la decisión se posiciona *ex-post*; (f) La regulación económica puede buscar satisfacer más de un objetivo, incluyendo explícitamente objetivos redistributivos. El derecho de la competencia, en la concepción predominante, suscribe un objetivo único vinculado a la eficiencia económica en los mercados y excluye específicamente una función redistributiva; (g) También se han destacado diferencias sobre el tipo de obligaciones que son impuestas en sede de regulación económica y aquellas que se establecen en sede de aplicación del derecho de la competencia. Los sistemas regulatorios imponen obligaciones de hacer y buscan con ello modificar los resultados del mercado. La aplicación del derecho de la competencia responde al incumplimiento de obligaciones de no hacer, de abstenerse de determinadas

categorías de conductas previamente determinadas como anticompetitivas y, más allá de los deslindes que ellas trazan, se confía en el buen funcionamiento del mercado; y, (h) Las diferencias anteriores se traducirían en un carácter relativamente más dinámico del derecho de la competencia, en el sentido de ser más consciente de la evolución que van experimentando los mercados. Lo anterior, frente a una naturaleza más estática de la regulación, de hacer descansar las soluciones en el regulador con el riesgo de dejar las regulaciones obsoletas frente a las evoluciones en los mercados¹³⁰.

Es claro que la referida distinción ha estado tradicionalmente difuminada en las leyes de competencia, en especial, en materia de control de operaciones de concentración¹³¹. Pero cuando por medio de instrumentos tales como ciertos tipos de salidas alternativas o la promoción de cambios regulatorios pro-competencia (en sustitución a la persecución de infracciones), la autoridad pretende solucionar casos conductuales, ello puede crear un importante dilema. Tal dilema contrapone, por una parte, el interés de las partes¹³² de brindar una solución pronta y costo-efectiva al problema de competencia identificado, con la necesidad, por la otra, de crear un bien público como es un sistema de reglas de general aplicación que hayan recibido aprobación judicial y que determinen con la mayor certeza posible cuál es el ámbito de ejercicio legítimo del poder de mercado. De este modo, la mejor solución para el caso concreto, puede hacer perder de vista la necesidad de velar por el *rule of law* en el largo plazo. Lo anterior es particularmente complejo en áreas de muy difícil aplicación del derecho (p.ej. abusos de posición

¹³⁰ V. p. ej., DUNNE (2014) pp.13-16.

¹³¹ Más allá de las operaciones de concentración, en el marco legal chileno habría que agregar las atribuciones del art. 18 N° 3 del TDLC para emitir instrucciones generales, del art. 18 N° 4 para efectuar recomendaciones de modificaciones normativas, ambas del D.L. 211; las leyes sectoriales que facultan al TDLC para determinar el carácter competitivo o no de los servicios para efectos de determinar la justificación o necesidad de regulación a su respecto; la aplicación relativamente amplia del derecho de la competencia a sectores regulados (con alguna evolución jurisprudencial restrictiva en el último tiempo); y, más recientemente, la práctica de la FNE de archivar investigaciones previas compromisos asumidos por las investigadas.

¹³² Muchas veces la autoridad de competencia y la o las empresas presuntamente infractoras únicamente, con exclusión de las víctimas afectadas.

dominante de explotación, acceso a infraestructura o insumos esenciales) o en donde no existen precedentes firmemente establecidos¹³³.

A partir de los rasgos descritos, es posible establecer dos líneas de diálogo con el enfoque liberal clásico que guía esta investigación.

Por una parte, parece sostenible que de entre los diversos desarrollos post-Chicago en economía de la competencia, muchos pueden encontrar mejores raíces en el liberalismo clásico y entenderse como continuadores de dicha tradición antes que sucesores de la Escuela de Chicago de los años setenta. Así, por ejemplo, pareciera ser que la observación de la realidad por el cientista social de la ilustración escocesa –sin llegar a identificarse– se asemeja más al empiricismo econométrico y al experimentalismo de la economía post-Chicago que a los ‘modelos de pizarrón’ de Chicago. Los sesgos cognitivos establecidos por la economía del comportamiento postulan un modelo de individuo más próximo a aquel que concibieron Hume o Smith que a aquel de la teoría de la elección racional. Y, de modo semejante, los desarrollos en teoría de juegos, sobre institucionalismo y sobre consideraciones dinámicas de los mercados que han tenido aplicación en economía post-Chicago parecen más tributarios de pensadores liberales clásicos que del atomismo, abstracción y modelos de equilibrio de la teoría de precios neoclásica. Con todo, es importante remarcar que los desarrollos post-Chicago se mantienen fieles al ideal normativo de la economía del bienestar, ideal que no resulta fácil de conjugar en un enfoque liberal clásico.

Por otra parte, a esta altura podrá ser evidente que los rasgos descritos generan inquietudes para un enfoque liberal clásico. En éste se desconfía de las diversas formas de poder, público y privado, se entiende que cualquiera de ellas puede afectar los

¹³³ V. *infra* 4.2.3, 6.7.

mercados y se deposita la confianza en una teoría de la justicia con determinados atributos y en una particular idea de competencia como mecanismos para contener las diversas formas de poder. De los rasgos comunes referidos se desprende que en el enfoque predominante en política y derecho de la competencia existe una relativa menor consideración de la influencia del poder político en el buen funcionamiento de los mercados¹³⁴ y de los riesgos de instrumentalización del poder público por el poder privado, que están subvalorados los criterios formalistas en la aplicación del derecho y de la política de competencia, como son los recogidos por el *rule of law*¹³⁵, y que se ha ido generando un importante poder público de la administración y justicia tecnocrática, en virtud de la mayor discrecionalidad que el legislador concede.

No obstante, en el estado del arte en derecho y economía de la competencia, el asunto no se plantea en términos de identificación de formas de poder que afectan los procesos de competencia en los mercados. Para la ortodoxia es la noción técnica de *poder de mercado sustancial*¹³⁶ la que ha pasado a ser el concepto operativo y falla de mercado por antonomasia que justifica la intervención en sede de libre competencia.

¹³⁴ En la conferencia Spring Meeting del año 2013 de la sección de derecho antitrust de la American Bar Association una pregunta central fue qué rol desempeña la política en el derecho antimonopolios estadounidense hoy en día. Como es de esperarse los panelistas arribaron a conclusiones variadas. Un resumen en VOORHEES (2014).

¹³⁵ V. p. ej., ORBACH (2015a) y (2015b), STUCKE (2009) *passim*.

¹³⁶ Se prefiere aquí hablar de ‘poder de mercado sustancial’ para contextualizar el concepto en política y derecho antimonopolios (la necesidad de un grado importante que justifique la intervención) y diferenciarlo del concepto puro en microeconomía (cualquier apartamiento de los supuestos de competencia perfecta). Puede definirse como la capacidad de una o más empresas para controlar individual o conjuntamente y, de modo significativo, los resultados en un mercado (precios, volúmenes de producción, variedad, calidad, innovación, número de actores), ello de manera rentable, por un período no meramente transitorio y, sin riesgo de gatillar disciplinantes capaces de disputar dicho control. Lo anterior, a partir de WHITE (2012), KRATTENMAKER *et al* (1987), ABA(2012). Como concepto operativo, admite graduaciones y actúa de modo diferenciado según el tipo de materia en análisis (acuerdos entre competidores, operaciones de concentración, abusos de posición dominante).

Pero, tal como se ha ido mostrando, no sólo hay diversas formas de poder de mercado sustancial que quedan al margen del control por la política de competencia, sino que en un enfoque liberal clásico pareciera recobrar legitimidad la pregunta por otras formas de poder que pueden afectar la competencia en los mercados.

En el marco de esta investigación, la circunstancia que sea exclusivamente una especial forma de poder (y no otra) la que se encuentra al centro de la intervención en libre competencia, hace oportuno examinar la relación entre el liberalismo y diversas formas de poder.

1.3. ¿Qué poder?

1.3.1. El liberalismo y las amenazas del poder en sus distintas formas

Al inicio, esta introducción apuntaba que el liberalismo ha tenido una constante ‘defensiva’, esto es, una permanente preocupación por proteger la libertad individual en contra de sucesivas amenazas. Estas amenazas, por lo general, han provenido de diferentes formas de poder.

Los autores del enfoque liberal clásico que se reconstruye en este trabajo –al considerarlos en su conjunto– no actuaron sesgadamente en su repudio contra los excesos del poder: independientemente de su origen, privado o público, buscaron frente a todos ellos mecanismos adecuados de control y contrapeso, con el propósito de contenerlos.

Según se mostrará, el repudio contra los excesos del poder público o privado y la identificación de mecanismos de control y contrapeso responde a diversas razones, momentos y constructos intelectuales. Su estudio contribuirá a confirmar la referida

‘constante defensiva’ como, asimismo, a evidenciar la no discriminación *a priori* entre las diversas formas de poder por parte del liberalismo clásico. Como afirmara Hayek – refiriéndose a un contexto más acotado– el asunto no es tanto el origen del poder como el establecimiento a su respecto de límites apropiados¹³⁷.

En este sentido, en estos autores se encontrarán ideas tales como el equilibrio de poderes en el contexto internacional; el refinamiento de las artes y oficios y el surgimiento de la sociedad comercial como presupuesto del buen gobierno; el desarrollo de las convenciones de justicia; los vicios morales y cognitivos de los gobernantes e idénticos vicios en quienes dirigen entidades intermedias como la iglesia, las corporaciones, los gremios; el espectador imparcial, guardián del derecho natural; el nivel constitucional donde se acuerda cuáles serán las reglas del juego y donde habrán de establecerse los límites tanto para el gobierno como para los monopolistas privados; la coerción del gobierno y la coerción de privados; la necesidad de reglas que permitan que el mecanismo de mercado opere satisfactoriamente, en especial, que favorezcan y protejan la competencia e impidan lo más posible, el desarrollo de situaciones monopólicas, etc.¹³⁸.

Con todo, si bien la revisión de estas ideas permitirá confirmar la referida ‘constante defensiva’ y evidenciar la ‘no discriminación *a priori*’, mejores teorizaciones sobre el poder como categoría científica se han hecho fuera de la tradición que aquí se sigue. Dado que este trabajo postula que un enfoque liberal clásico de la política y derecho de la competencia tendría bajo su foco diferentes formas de poder que afectan la competencia en los mercados, resulta oportuno tener a la vista algunos ejemplos de teorizaciones en torno al poder.

¹³⁷ HAYEK [1960], (2006), p. 198.

¹³⁸ V. desarrollo en *infra* 2.5.

Insoslayable en la materia es Max Weber. Entiende el poder como la probabilidad de imponer la propia voluntad al comportamiento de otro¹³⁹, pero al mismo tiempo y dada su generalidad, descarta que dicha definición sirva a la teorización. De allí que sea a partir del concepto de dominación, esto es, la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas¹⁴⁰, que formulará lo que se conoce como su sociología de la dominación. A nivel elemental, en todo tipo de dominación concurrirán: (i) un individuo o grupo que domina; (ii) un individuo o grupo dominado; (iii) la voluntad del dominador de influir en el dominado con la expresión (mandato) de esa voluntad; y (iv) expresión, directa o indirecta, de que los dominados obedecen el mandato.

El tipo de dominación que más interesó a Weber fue aquél que provenía del régimen burocrático administrativo –tanto en la consideración de sus principios de legitimidad como en la crítica al estancamiento burocrático a que podía conducir la justificación de la racionalidad instrumental¹⁴¹. Tales desarrollos podrán resultar de interés al abordar el estudio de la ‘dominación’ ejercida por parte de las autoridades de competencia o de aquella ejercida por otros reguladores administrativos sobre los diferentes actores que participan en los mercados. No obstante, queremos rescatar aquí, tres aspectos del pensamiento de Weber que nos parecen especialmente pertinentes: (i) la monopolización de mercados entendida como un tipo de dominación; (ii) la concepción de los mercados como relaciones asociativas racionales sujetas a la legalidad; y (iii) un temprano antecedente de la distinción entre monopolios justificados en eficiencia y monopolios que carecen de dicha justificación.

¹³⁹ WEBER [1922] (2014) p.183.

¹⁴⁰ *Ibidem* p. 184.

¹⁴¹ *Ibidem* pp. 103, 106.

En cuanto al primer punto, Weber entendía que el “*dominio monopolizador de un mercado*” es el tipo más puro de la forma de “*dominación mediante una constelación de intereses*” (forma que contrapone a la “*dominación mediante la autoridad*”). Tal dominación se basa “*principalmente en las influencias que, a causa de cualquier posesión (o de los precios fijados en el mercado), se ejercen sobre la acción formalmente ‘libre’ de los dominados que se inspiran en su propio interés*”¹⁴².

En segundo lugar, si bien Weber atribuye la explicación de los fenómenos del mercado a la ciencia económica, expone una dimensión sociológica de los mismos¹⁴³ con un necesario componente ético y de legalidad. Concibe los mercados como “*la relación práctica de vida más impersonal en la que los hombres pueden entrar [...] porque es específicamente objetiv[a], orientad[a] exclusivamente por el interés de los bienes de cambio. Cuando el mercado se abandona a su propia legalidad, no repara más que en la cosa, no en la persona, no conoce ninguna obligación de fraternidad ni de piedad, ninguna de las relaciones humanas originarias portadas por las comunidades de carácter personal*”¹⁴⁴ “[O]riginariamente el mercado es una relación asociativa entre individuos que no son compañeros, es decir, entre enemigos”¹⁴⁵. De allí que el mercado que “*no está sujeto a normas éticas, con su explotación de la constelación de intereses y de las situaciones de monopolio y su regateo, es considerado por toda ética como cosa abyecta entre hermanos*”¹⁴⁶. Y, consistentemente, afirma que un mercado “*puede estar sometido a un orden acordado autónomamente por los partícipes, o a un orden decretado –otorgado– por las más diferentes comunidades, principalmente políticas o religiosas*” orden que apunta a asegurar la “*paz del*

¹⁴² *Ibidem*, p. 1073.

¹⁴³ Acerca del surgimiento de la sociología como consecuencia del surgimiento de la ciencia económica como algo diferente de la economía política, MILONAKIS y FINE (2009), p. 109.

¹⁴⁴ WEBER [1922] (2014) p. 695.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 698.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 696.

mercado”, de modo equivalente a como el derecho de gentes asegura una relativa paz entre naciones¹⁴⁷.

En lo referente al tercer punto que rescatamos es lo que parece ser un temprano antecedente de la moderna distinción entre monopolios justificados en eficiencias y monopolios que carecen de dicha justificación. En la evolución desde el feudalismo al sistema capitalista, Weber constata la progresiva disolución de los monopolios estamentales, lo que conducirá a una situación de *“libre competencia”* que prevalecerá *“hasta que aparecen en su lugar otros monopolios, capitalistas, conquistados en el mercado por el poder de la propiedad”*¹⁴⁸. Desde el punto de vista de la *“formación racional de los precios en el mercado”*, los monopolios estamentales son *“los obstáculos, paulatinamente eliminados”*, en cambio, *“los monopolios condicionados en sentido puramente económico son su última consecuencia”*. Resume la distinción afirmando: *“Los monopolistas estamentales afirman su poder contra el mercado, lo restringen; el monopolista económico racional domina a través del mercado”*¹⁴⁹.

Más recientemente, y a partir de las relaciones jurídicas fundamentales contrapuestas entre sí que Hohfeld divulgó hacia 1917 y del institucionalismo de J.R. Commons de la primera mitad del siglo XX, Vatiéro ha formulado un marco teórico de derecho y economía para el análisis del poder¹⁵⁰. Su aproximación al tema se centra en el carácter intersubjetivo de las relaciones de poder, apartándose así del acento en relaciones objetivas entre insumos y productos que tiene la economía tradicional y que dificulta a ésta formular modelos generales referidos al poder. Para Vatiéro, la noción de poder se compone de cuatro elementos copulativos¹⁵¹: (i) Una restricción en una relación jurídica

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 698.

¹⁴⁹ *Ibidem.*

¹⁵⁰ VATIERO (2008), *passim*.

¹⁵¹ Respectivamente explicados en los capítulos 1, 2, 3 y 4 de su tesis doctoral.

intersubjetiva: el beneficio de quien ostenta un poder¹⁵² tiene siempre un vínculo con el costo que recae en quien soporta dicho poder¹⁵³, se trata de una restricción producto de su posición¹⁵⁴; (ii) Un intercambio (*transaction*) en la concepción de Commons, donde intervienen no menos de cinco partes: un agente, su competidor, su contraparte, su contraparte alternativa y un externo encargado de hacer cumplir la relación jurídica. Sería en el contexto de un intercambio el único modo de explicar el arreglo institucional vigente y de comprender las dinámicas pasado-dependientes del poder¹⁵⁵; (iii) Un proceso dinámico de competencia por posiciones de poder de carácter ‘no-modular’: el incremento en los esfuerzos de una parte puede afectar positiva o negativamente el valor de los esfuerzos de la contraparte. Cuando dicho incremento lleva a que todos eleven sus esfuerzos en la competencia el efecto es positivo en cuanto el poder posicional se disciplina por dicha competencia. Pero en cambio, una excesiva asimetría en las capacidades y recursos para competir conduce a la polarización del poder. De este modo, las relaciones de poder en dicho proceso dinámico pueden seguir ya sea un curso acumulativo o bien circular, dependiendo de las circunstancias. Es en este punto donde, para el autor, se manifestarían las diferencias entre un postulado liberal clásico (la espontánea competencia del poder privado disciplinará otras formas de poder) y un postulado ordoliberal (dada la asimetría en capacidades y recursos para competir, un tercero debe diseñar las reglas del juego para mantener el poder bajo control)¹⁵⁶; (iv) El carácter incompleto de los contratos: los problemas del poder (en general, la explotación –o la capacidad de alterar el reparto de beneficios y costos en una relación intersubjetiva– y, la exclusión –o la capacidad de alterar las posibilidades de acceso a alternativas) surgen y tienen importancia allí donde los contratos no pueden hacerse

¹⁵² En la taxonomía de Hohfeld: derecho, privilegio, potestad, inmunidad. Referencias en *ibidem* pp. 14-28.

¹⁵³ Los ‘correlativos’ en la taxonomía de Hohfeld: deber, no-derecho, responsabilidad, incapacidad. *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem* pp. 12-35.

¹⁵⁵ *Ibidem* pp. 36-47.

¹⁵⁶ *Ibidem* pp. 48-60.

cumplir de modo perfecto y por un agente exógeno¹⁵⁷. En su investigación, Vatierno aplica su marco conceptual sobre el poder para analizar el poder privado en los mercados (aspectos del derecho de la competencia en el análisis de la posición dominante individual y conjunta, con un prisma ordoliberal e institucional)¹⁵⁸, el derecho del trabajo como poder de contrapeso al poder del capital y, el poder público del gobierno (donde considera los principios liberales de la separación de poderes y derechos fundamentales)¹⁵⁹. Propone finalmente un esquema general para la búsqueda del equilibrio de poderes tanto en las situaciones de co-existencia de poderes públicos y privados, como de predominancia, ya sea de unos u otros¹⁶⁰.

¹⁵⁷ *Ibidem* pp. 61-83.

¹⁵⁸ Inspirado en el trabajo de Chamberlin de 1933, analiza tanto la posición dominante individual como conjunta desde la teoría de la competencia oligopolística (no desde la teoría del monopolio como suele hacerse en economía de la competencia sobre conductas unilaterales). En dicha mirada heterodoxa, el resultado de mercado es co-determinado por todos los agentes que en él participan, aún cuando el rol de algunos en ello sea marginal. Ello le permite, sostiene, tener una concepción más amplia del poder de mercado individual y conjunto. Haciendo presente la interrelación que existe entre conductas explotativas y de exclusión, su concepción le permite fundamentar las doctrinas de ‘*el intento de monopolizar*’ en EE.UU. y de la ‘*responsabilidad especial de la empresa dominante*’ en la U.E., como mecanismos para disuadir cursos acumulativos en el proceso dinámico de competencia por posiciones de poder. La responsabilidad especial recae en la empresa dominante en su carácter de tal y le obliga a adoptar comportamientos propios de una competencia normal. Y también puede ser explicada, entonces, como un privilegio de las contrapartes afectadas para evitar cursos acumulativos de poder conducentes a la monopolización de mercados. “*Esto claramente conduce a la idea ordo-liberal de la conveniencia de un orden designado...un poder de contrapeso no puede surgir espontáneamente, entonces el derecho provee un auxilio artificial. En este sentido, el ordoliberalismo es considerado un enfoque antimonopolios*”. *Ibidem*, pp. 86-91 (notas omitidas). Luego, tipificará distintas formas de abuso de posición dominante conjunta, horizontal y vertical e, incluso –con referencias al derecho italiano– una posición dominante conjunta apoyada en un regulador capturado o sujeto a un conflicto de intereses. *Ibidem*, pp. 91-95. Esto último es de especial interés para el poder identificado *infra* 1.3.2. (i)

¹⁵⁹ Considera la separación de poderes como fundamental para el control del poder estatal. A la clásica identificación en Montesquieu de poderes ‘*legislativo, jurisdiccional y administrativo con la existencia de tribunales fuertes pero sutiles*’ añade, como una de las características del Estado regulatorio, las agencias independientes del poder político y no sometidas a control democrático. Al efectuar un contrapeso recíproco de poderes, los propios titulares de poderes están sometidos a otros poderes, conjugación que minimiza las posibilidades de explotación del poder permitiendo así el surgimiento de las libertades *à la Commons*. Una función equivalente atribuye a los derechos fundamentales. *Ibidem*, pp. 124-127.

¹⁶⁰ Frente al dilema de demasiado poder público vs. demasiado poder privado, sostiene, cuando existe un adecuado sistema de contrapesos recíprocos, surge una suerte de proceso de destrucción creativa *à la Schumpeter*, donde el poder es meramente transitorio. Pero a falta de tales contrapesos que generen una suerte de competencia entre formas de poder siempre disputables, la prevalencia del poder privado nos lleva a una situación *de laissez-faire*, mientras que la predominancia del poder público nos conduce a una

Moisés Naim, quien recientemente ha dedicado una monografía al estudio de la degradación del poder, brinda la siguiente definición, sin un objetivo de teorización, sino práctico. Para el autor, poder es *“la capacidad de dirigir o impedir las acciones actuales o futuras de otros grupos e individuos...aquello con lo que logramos que otros tengan conductas que, de otro modo, no habrían adoptado”*¹⁶¹. Sostiene que lo importante es entender que existen diversos mecanismos (p.ej. influencia, persuasión, coacción) ya sea para adquirir el poder, para conservarlo o, en ausencia o debilidad de dichos mecanismos, perderlo. Su tesis es que lo anterior está cambiando.

Del planteamiento de Naim, interesa destacar que en su conceptualización del poder se inspira de cerca en los desarrollos en organización industrial sobre barreras a la entrada y sobre el concepto de poder de mercado y, de algún modo, su marco busca aplicar dichos conceptos a otras formas de poder no usualmente consideradas por la economía¹⁶². Pero, de modo más preciso, hay un pasaje particular de su trabajo que permite comprender mejor la pregunta con que finaliza esta sección y que la siguiente busca responder. Naim sostiene que la idea de ‘barreras al poder’ ayuda a diferenciar situaciones que a simple vista parecen similares y busca ilustrar su aserto con la situación de control por unas pocas empresas de la mayor parte de un mercado concreto. Sostiene que dicha situación puede deberse a *“cuatro tipos de ventajas muy diferentes entre sí, y cada una de ellas da lugar a un tipo diferente de poder”*¹⁶³. Las ventajas que refiere son, básicamente: (i) la titularidad de una tecnología innovadora protegida por patentes; (ii) el acceso o control sobre recursos de modo exclusivo al punto de poder

situación dictatorial. Para Vatierno, en abstracto, tanto los supuestos neoclásicos de competencia perfecta como los supuestos de la naturaleza bondadosa del individuo en el comunismo Marxista conducen (de manera utópica, agregamos), a la ausencia de poder público o privado. *Ibidem*, pp. 128-130.

¹⁶¹ NAIM (2013), p. 24.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 37-44.

¹⁶³ *Ibidem* p. 38.

excluir de ellos a rivales; (iii) la obtención de ventajas regulatorias por medio de actividades de *lobby* que permiten la exclusión de rivales o les hace más dificultosa la entrada; (iv) el soborno a políticos y funcionarios con idénticos resultados regulatorios. Con ello, Naim identifica entonces cuatro “*tipos diferentes de poder*”, en sus palabras. Se apreciará también que tienen en común el que todos ellos afectan los procesos de competencia en los mercados en que dichos poderes o barreras inciden (en los cuatro casos, la situación de control de gran parte de un mercado por unas pocas empresas, se repite). Finalmente, se podrá convenir también en que no todos los tipos de poder identificados calzan con el concepto de poder de mercado o, a lo menos, con el concepto de poder de mercado sustancial que haría justificable su consideración por la política o el derecho de la competencia en la mirada más tradicional y tecnocrática. Por tanto, surge la siguiente pregunta:

¿Acaso el poder de mercado es la única forma de poder de la que debiera hacerse cargo una política de competencia? ¿Es ella la única forma de poder que puede afectar negativamente la competencia en los mercados?

1.3.2. ¿Qué poderes afectan negativamente la competencia en los mercados y qué poderes permiten ser puestos en la mira por un enfoque liberal clásico?

Mientras el liberalismo clásico centró su preocupación, predominantemente, en el poder público en sí mismo y en los riesgos de instrumentalización de éste por el poder privado, el liberalismo moderno ha centrado su preocupación, predominantemente, en el poder privado y, nuevamente, en los riesgos de instrumentalización del poder público por el poder privado.

Este permanente repudio del liberalismo contra los excesos del poder, en sus diversas formas, permite establecer un punto de vinculación central entre el ideario liberal y el

derecho de la competencia, en especial cuando, más allá de los vaivenes de la evolución histórica en este derecho, se conviene en que la constante en éste ha sido la función de disciplinar posiciones de poder que afectan la competencia en los mercados.

Una de las razones por las cuales el liberalismo moderno es visto como una amenaza por quienes adscriben a una forma de liberalismo clásico es porque aquél, persiguiendo un ideal de bienestar general, hace descansar buena parte de los asuntos públicos en una burocracia tecnocrática, eventualmente dispuesta a instrumentalizar libertades individuales con el fin de alcanzar los objetivos de bienestar definidos. La idea la sintetiza Hayek para los primeros intentos en Europa de sistemas de derecho de la competencia: *“En Europa principalmente sólo después de la Primera Guerra Mundial, hubo intentos de establecer una legislación deliberadamente antitrust y anticartel la cual, debido a los poderes discrecionales que habitualmente confería a las reparticiones administrativas, no era totalmente conciliable con los ideales liberales clásicos”*¹⁶⁴.

Por otro lado, la intensificación de la división del trabajo en la sociedad y la pretensión científica de las disciplinas intelectuales alimentada por el positivismo condujeron, hasta hace poco, a una falta de consideración interdisciplinaria frente a los problemas por parte de los técnicos encargados de implementar las políticas públicas. Y así, por ejemplo, en el derecho de la competencia se dejó en un segundo plano, o bien, derechamente se excluyó de toda consideración a las distorsiones que la política y los procesos regulatorios generan en los procesos de competencia en los mercados.

De lo anterior, resulta posible identificar que la contribución central de un enfoque liberal clásico para la política y el derecho de la competencia consiste en permitir una

¹⁶⁴ HAYEK [1973] (1982), p. 146.

mirada más comprensiva de este sector normativo que aquella exclusivamente tecnocrática, dominante hoy en esta disciplina.

Dicha mirada más comprensiva coloca junto al ‘poder de mercado sustancial’ dos formas de poder ciertamente determinantes en el funcionamiento competitivo de los mercados: (i) el poder de quienes a nivel político y administrativo regulatorio definen las reglas que rigen en los mercados y el poder de quienes son capaces de ejercer influencia determinante en los primeros (las reglas político-regulatorias que rigen el debido proceso normativo); y (ii) el poder de las autoridades de competencia y jueces encargados de la aplicación de la política y el derecho de la competencia, quienes faltan a su deber de poner en movimiento de manera prudente y efectiva este disciplinante jurídico de los excesos del poder económico privado y estatal, tanto cuando actúan con exceso como cuando lo hacen de manera insuficiente.

(i) Influencia indebida del poder económico en la democracia liberal

Respecto de la primera forma de poder identificada, un enfoque liberal clásico promoverá el establecimiento dentro del diseño institucional –ya sea como atribución de las autoridades de competencia o no– de mecanismos de consideración sistemática de las distorsiones de la política y de los procesos regulatorios para la competencia en los mercados. Esto es, impondrá una necesaria consideración del debido proceso legislativo y reglamentario, en cuanto a competencia en los mercados se refiere. Así, serán preguntas para un enfoque liberal clásico, entre otras, ¿qué mecanismos garantizan que la política y los procesos legislativos y reglamentarios se orientan a una idea de bien común que trascienda la suma del bienestar individual de cada uno de los individuos?; ¿qué mecanismos aseguran que dichos procesos no sean objeto de captura por grupos de interés?; ¿qué mecanismos contribuyen a que las consideraciones de competencia en los

mercados sean efectiva y sistemáticamente consideradas en los procesos legislativos y reglamentarios?

Esta primera cuestión, referida al poder político-regulatorio tanto de quienes ejercen cargos públicos como al poder político que en los hechos llegan a alcanzar grandes empresas y conglomerados que ejercen influencia indebida en ellos, se vincula con el origen político de la legislación antimonopolios¹⁶⁵. La necesidad de mantener al margen de los procesos democráticos la influencia indebida de los grupos de interés corporativo no responde a un repudio contra el tamaño en sí, sino que busca prevenir la materialización del riesgo de manipulación de las reglas que regirán los mercados en favor de dichos grupos¹⁶⁶, uno de los principales peligros que deben sortear las democracias liberales¹⁶⁷. En el pasado a nivel comparado, consideraciones de este tipo estuvieron entre las justificaciones de las intervenciones de la política y el derecho antimonopolios, pero la generación de inmunidades por la jurisprudencia y el carácter tecnocrático que ha asumido la disciplina las fueron excluyendo progresivamente¹⁶⁸. Se entiende hoy que el derecho antimonopolios opera en los mercados económicos de bienes y servicios pero no en el mercado político de las ideas¹⁶⁹ y se asume que la reglamentación de las contribuciones a campañas políticas y de las acciones de *lobby* y

¹⁶⁵ AMATO (1997) pp. 2-4. PITOFSKY (1979) pp. 8-11. AYAL (2013) p. 25, expresa: “*El derecho antimonopolios se formó con el poder económico en mente. Las ramificaciones políticas y la amenaza a la democracia no eran de menor interés que el poder de mercado específico a un producto que permite a los productores elevar precios y reducir los volúmenes. El poder económico se encuentra en la raíz del apoyo ciudadano al derecho antimonopolios y, la mayoría de los legos al clamar por protección antimonopolios piensa en grandes empresas y en influencia política*”.

¹⁶⁶ AYAL (2013) pp. 25-26.

¹⁶⁷ AMATO (1997) pp. 2-4.

¹⁶⁸ En EE.UU., las peticiones de intervención al gobierno, incluidas aquellas que impliquen interferir con la competencia en los mercados, están exentas de la aplicación de la ley antimonopolios a partir de la doctrina establecida por la Corte Suprema en los casos *Noerr* (1961) y *Pennington* (1965) fundada en la primera enmienda constitucional sobre libertad de expresión y que incluye el derecho de petición. PERITZ (2001) pp. 205-209, SULLIVAN & GRIMES (2000) pp. 732-738. BAKER (2013) p. 2812, sobre cómo el estructuralismo de Harvard sí consideraba este riesgo político y la mirada tecnocrática de Chicago lo excluyó.

¹⁶⁹ PERITZ (2001) p. 206.

gestión de intereses constituirán mejores instrumentos en la prevención del referido riesgo.

No obstante, de tiempo en tiempo surgen voces respecto de la necesidad de reincorporar con vigor dichas consideraciones en la política y el derecho de la competencia¹⁷⁰ y, la presente tesis defiende que ello es consistente con un enfoque liberal clásico, particularmente, en un contexto donde las reglamentaciones que supuestamente deberían mitigar el referido riesgo adolecen de serias limitaciones. Diversas vías podrían evaluarse para una reconsideración de tales consideraciones en la política y el derecho de la competencia¹⁷¹ pero, no debería obviarse que, si bien aún limitados, ya existen instrumentos que se han consensuado a nivel de recomendaciones de buenas prácticas por la OCDE¹⁷². No cabe duda que la política de competencia debería jugar un rol, a lo menos complementario, frente al riesgo de la influencia indebida del poder económico en la democracia liberal por las razones expuestas y que bien ha resumido el profesor Zingales:

“Cuando una empresa alcanza un poder de mercado excesivo, que le permite incrementar sus precios de modo indiscriminado, los consumidores pueden buscar protección a través del proceso político. Pero cuando una empresa alcanza a la vez poder de mercado y poder político, la escapatoria se vuelve imposible. En estas

¹⁷⁰ AYAL (2013), para una defensa reciente y enfática. MAIER-RIGAUD (2012) p. 168 *“Las preguntas ordoliberales...en especial, la cuestión del impacto del poder económico en el cuerpo político en general y en el derecho de la competencia y en la política de competencia en particular, sigue siendo de alta relevancia hoy en que el análisis del poder económico y del poder de mercado suele disociarse”*.

¹⁷¹ PITOFISKY (1979) pp.12-19. AYAL (2013) p. 24 ejemplifica, entre otros: criterios de control más estricto para las operaciones de concentración de conglomerados y asesores expertos de la autoridad de competencia en cargos de organismos legislativos y regulatorios.

¹⁷² OCDE (2009) Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Evaluación de la Competencia, en donde recomienda a los países, en lo central: *“introducir un proceso adecuado para identificar las políticas públicas (regulaciones, reglas o legislación) existentes o propuestas que restrinjan indebidamente la competencia y desarrollar criterios específicos y transparentes para realizar evaluaciones de la competencia, incluyendo la preparación de dispositivos de monitoreo”*.

circunstancias, el sistema empieza a parecerse a una economía socialista y no a una de libre mercado. En una economía socialista, el sistema político controla a las empresas; en un sistema capitalista del amiguismo (crony capitalism), las empresas controlan el proceso político. La diferencia es sutil: en cualquiera de los casos, no existe competencia y la libertad se reduce. Sin competencia, la vida económica se torna injusta, y resultan favorecidos quienes tienen conexiones dentro del sistema. [...] El problema no es la ventaja temporal que las compañías consiguen por medio de la innovación, sino el poder político más duradero que pueden conseguir por su tamaño e influencia con acciones de lobby [...] El argumento más poderoso en favor del derecho antimonopolios es uno que raramente se formula: el derecho antimonopolios reduce el poder político de las empresas. La mayoría de los economistas (incluido Greenspan) coincide con la afirmación de que la peor y más resistente forma de monopolio es aquella aprobada por el poder estatal. Sin embargo, la capacidad para conseguir este respaldo estatal es directamente proporcional al tamaño de una empresa (o un cartel) – mientras más grande la empresa, más fácil es para ella cubrir los costos fijos de acciones de lobby, y mayores serán sus retornos por semejante inversión. También, mientras más grande la empresa, es más probable que ella sea capaz de conseguir que el poder estatal sea ejercido en su propio beneficio. Por todas estas razones, los costos del monopolio que tradicionalmente se menciona no son los únicos ni tampoco los más importantes. [...] Si el análisis antimonopolios considerara [el incremento en el poder político que una operación de concentración puede conferir] muchas operaciones de concentración que hoy se considera que incrementan el bienestar, aparecerían, por el contrario, como que lo reducen. Dichas operaciones serían bloqueadas o sometidas a restricciones. Por ejemplo, las fusiones que resulten en entidades excesivamente poderosas políticamente podrían quedar sujetas a limitaciones sobre los montos que

pueden invertir en lobby. Lo anterior constituiría una desviación radical respecto del status quo”¹⁷³.

(ii) *El poder de los tecnócratas*

En relación con la segunda forma de poder identificada, un enfoque liberal clásico del derecho antimonopolios invita a poner atención especial en el poder que estas legislaciones asignan a los encargados de gatillar su aplicación, esto es, principalmente, el poder de las autoridades de competencia y los jueces competentes, quienes –por exceso o por defecto– podrían faltar a su deber de poner en movimiento este disciplinante jurídico de los excesos del poder económico privado y estatal. De este modo, serán preguntas de un enfoque liberal clásico, entre otras, ¿qué mecanismos actúan como disciplinantes de las eventuales faltas que, por exceso o por defecto, cometen los órganos de policía de la competencia? ¿qué elementos aseguran un carácter *jurídico* al tipo de control del poder económico privado y estatal que es ejercido por la policía de la competencia en virtud de esta normativa y evitan que dicho control pierda dicho carácter para transformarse en un control por el mero arbitrio, excesivamente dependiente de la discrecionalidad del policía de turno? A su vez, ¿cuáles son los disciplinantes de un débil desempeño del órgano de policía de la competencia?

Se sostiene que por no estar vinculados a ninguna industria en específico, las autoridades de competencia y quienes sirven cargos directivos en ellas no estarían afectados a los riesgos de captura regulatoria que afectan a otros reguladores. No obstante, ellos podrían ser víctimas de un fenómeno muy semejante que se ha denominado ‘captura por la especialidad técnica’ (*capture by expertise*) y, en todo caso, la estructura

¹⁷³ ZINGALES (2012) pp. 29, 38-39, 157.

de incentivos a la que están sujetos se asemeja bastante a la que enfrentan otros expertos y reguladores.

La ‘captura por la especialidad técnica’ ha sido descrita en los siguientes términos: *“Lo que alguna vez fue un intento eminentemente político de restringir el poder económico ha perdido la mayor parte de su impulso político y, en efecto, la atención e interés del público en general. Lo que ha surgido es una conversación altamente técnica entre expertos que utilizan un lenguaje especial tan complejo que un intento para ingresar a la cerrada comunidad de expertos antimonopolios tiene tan elevados costos de transacción que la mayoría no lo intenta o, si logra dominar el lenguaje antimonopolios, termina adhiriendo al status quo. [...] Como resultado, los tribunales y el Congreso han dejado de desempeñar un rol dominante en establecer, respectivamente, el derecho y la política para este aspecto vital de la economía política. De modo aún más pernicioso, esta conversación usualmente consigue evitar una discusión pública, abierta o informada, sobre los aspectos más amplios de la política de competencia y cuestiones fundamentales de justicia”*¹⁷⁴.

La existencia de expertos en derecho y política de la competencia¹⁷⁵, como en otras áreas, responde a la división del trabajo que ha incrementado la especialización en todos

¹⁷⁴ WALLER (1998) pp. 1383-1449, pp. 1429-1430.

¹⁷⁵ Sobre la creación de tribunales integrados por especialistas, con y sin formación jurídica, existen argumentos en contra y a favor. Sobre ello TAPIA y CORDERO (2015), pp. 27-35 y n. 20. Para estos autores, la justificación y explicación de los tribunales especialistas responde a una doble desconfianza del legislador: frente a la administración y frente a los jueces generalistas del poder judicial: *“la especialización judicial técnica refleja una doble desconfianza: en el actuar de la Administración y su capacidad de dar un uso adecuado a los espacios de discrecionalidad (el problema revolucionario del siglo XVIII), frente a lo cual la judicatura proveería la independencia necesaria que actúa como contrapeso; y también en las capacidades técnicas de los jueces tradicionales, generalistas, para controlar las capacidades supuestamente “exorbitantes” que dicha Administración habría adquirido producto de la complejización de las relaciones económicas (el problema “revolucionario” del siglo XX), frente a lo cual la judicatura especializada proveería un resguardo técnico adecuado para lidiar con los problemas derivados de ella. Siendo así, las raíces de la especialización judicial técnica son —podría sostenerse— eminentemente políticas.”* *Ibidem*, pp. 29-30.

los ámbitos y ha permitido ganancias en productividad. No obstante, cabe considerar que los intereses de cualquier élite técnicamente competente difieren de los intereses de la gran mayoría de la población¹⁷⁶ y, por el contrario, es más probable que estén alineados con intereses no divulgados sobre lo que los miembros de dicha élite esperan como carrera o ingresos futuros, ya sea en el mundo privado o en el mundo político y que, lo anterior, termine instrumentalizando el ejercicio de su cargo en miras a dichos fines.

Además, un experto es una persona que ha acumulado una gran cantidad de capital humano altamente específico, que tiene lo que los economistas denominan un ‘costo hundido’ y, dado lo anterior, tiene un interés oculto en el éxito del área donde ha desarrollado su especialidad¹⁷⁷. Para el experto, el éxito puede consistir en elevar artificialmente la complejidad de su especialidad con el fin de disuadir la formación y entrada de nuevos expertos y encarecer así los servicios de su especialidad¹⁷⁸.

Si a lo anteriormente descrito se suman los importantes grados de discrecionalidad que el legislador ha entregado a las autoridades de competencia y el impacto que el ejercicio de sus atribuciones –o la falta del mismo– puede llegar a tener en el funcionamiento competitivo de los mercados, aparecen con bastante claridad los argumentos en favor de una política y derecho de la competencia sujeto a reglas simples de general aplicación.

¹⁷⁶ ZINGALES (2012) p. 106.

¹⁷⁷ *Ibidem* p. 102.

¹⁷⁸ Un comportamiento semejante ya fue identificado por Adam Smith para abogados y funcionarios judiciales: “En la Europa moderna la costumbre ha sido en la mayoría de los casos regular el pago de los abogados y empleados de la justicia según el número de páginas que escribiesen; y el tribunal determinaba que cada página debía contener tantas líneas y cada línea tantas palabras. Para aumentar su retribución, los abogados y funcionarios judiciales han procurado multiplicar las palabras por encima de cualquier necesidad, y han corrompido así el lenguaje legal de todos los tribunales de justicia de Europa.” SMITH [1776], (1994), p. 684.

Mediante reglas simples de general aplicación se limitarían los incentivos a su manipulación para satisfacer intereses privados o públicos, se disminuirían los costos de interpretación y aplicación de dichas reglas, y se abriría la observación y discusión sobre su implementación y aplicación efectiva a un mayor número de ciudadanos¹⁷⁹.

Por las razones expuestas y otras que se refiere a lo largo de este trabajo, la reintroducción de atributos formalistas por medio de las consideraciones de *rule of law* aparece como una implicancia principal de un enfoque liberal clásico de la política y el derecho de la competencia¹⁸⁰.

En definitiva, mientras que en el enfoque dominante en el derecho antimonopolios hoy en día se sigue una perspectiva desde arriba hacia abajo y el foco está puesto en los mercados y en los resultados en el desempeño de las variables económicas de éstos, un enfoque liberal clásico sigue una perspectiva desde abajo hacia arriba, el foco está en los individuos y en las instituciones al servicio de éstos –en especial las instituciones disciplinantes de las diversas formas de poder que afectan la competencia en los mercados en los que ellos participan– y no lo está en los imprevisibles resultados del mercado, sino que es el proceso de la competencia en ellos, sujeto a reglas claras, y la configuración del marco institucional legal/reglamentario que la hace posible, lo que importa primordialmente.

¹⁷⁹ ZINGALES (2012) p. XXV.

¹⁸⁰ V. *infra* 2.8, 3.1., 3.3., capítulo 4. El apartarse de normas con forma de estándares desestructurados y avanzar hacia reglas (ya sean reglas *per se*, presunciones o puertos seguros), para diversas materias del derecho de la competencia, es una preocupación importante en la literatura extranjera (v. *infra* 4.2.1.). En Chile, un progreso en tal sentido ha sido abogado, entre otros, por MONTT (2010): regla *per se* para los carteles duros; TAPIA (2010) pp.151-152: en sentido y ámbito similar que Montt; ARAYA (2012) pp.225-241: ilicitud por el objeto para colusión entre oferentes en licitaciones; IRARRÁZABAL (2013): v. *infra* 6.2.: ‘incluso para conductas sometidas a regla de la razón’; TAPIA (2014) pp.47-119: para los abusos de dominancia.

En este sentido, un enfoque liberal clásico abre un programa de investigación más amplio que aquel que será abordado en este trabajo. Las dos formas de poder que aquí se ha identificado –por sobre la mirada tecnocrática– parecen centrales, pero no agotan la constante defensiva liberal que implica la permanente identificación de formas de poder –independientemente de su origen– que impliquen amenazas a las libertades individuales y, en esta área en particular, que afecten negativamente los procesos de competencia en los mercados.

En otras palabras, una política económica de libre competencia, desde un enfoque liberal clásico y tal como se muestra en el capítulo 2 de este trabajo, será aquella que esté orientada por reglas de general aplicación, cuya aplicación esté sujeta a mecanismos de revisión judicial, y cuyo propósito sea identificar y disciplinar, sin discriminaciones a priori, las distintas formas de poder –privado o público– que afectan los procesos de competencia en los mercados¹⁸¹.

Cabe recordar que, de entre los distintos medios y constructos intelectuales al servicio de una política de competencia definida en los términos expuestos, este trabajo estudiará, en exclusiva, las cuestiones y problemas de *rule of law* en tanto ideal jurídico-político que, en la concepción del capítulo 3¹⁸², revalora aspectos formales, y con ello contribuye a contener, principalmente, la segunda forma de poder identificada en esta sección.

¹⁸¹ V. *infra*, 2.8.

¹⁸² V. *infra*, 3.4, 3.5.

SEGUNDA PARTE:
ENFOQUE LIBERAL CLÁSICO Y *RULE OF LAW*

CAPÍTULO 2

PILARES DE UN ENFOQUE LIBERAL CLÁSICO

Y

**LA POSIBILIDAD DE CONCEBIR UN DERECHO DE LA
COMPETENCIA DESDE ESTE ENFOQUE**

El presente capítulo persigue brindar precisión conceptual a lo que la investigación denomina ‘enfoque liberal clásico’, mediante el estudio de lo que entendemos son siete pilares pertinentes a esta investigación (2.1. - 2.7). Adicionalmente, plantea de modo general la conjetura de que es posible concebir un derecho de la competencia desde tal enfoque (2.8).

2.1. Pluralismo e individualismo metodológicos, interdisciplinariedad

La aproximación al estudio de las ciencias sociales por parte de los autores liberales clásicos en cuyo pensamiento se basa este trabajo, se caracteriza por un pluralismo metodológico, una particular concepción del individualismo metodológico y un carácter interdisciplinario. Lo anterior se traduce en una función diferente que se atribuye a las concepciones científicas, con un particular acento retrospectivo y otros elementos metodológicos que diferencian este enfoque de la metodología tradicional fundada en la economía del bienestar con la que hoy se abordan los problemas de derecho de la competencia.

2.1.1. Sobre el pluralismo metodológico

En Hume, los elementos experimental, psicológico e histórico se combinan a la hora de abordar las cuestiones jurídico-económicas. Tales elementos configuran los pilares metodológicos de su obra. Para Hume, la única manera de desarrollar una comprensión acerca de cuestiones de hecho es por medio de la observación empírica, la que conducirá sólo a probabilidades pero jamás a una total certeza. Es en la abundancia de evidencia donde Hume fundará sus principios de la naturaleza humana. No obstante, reconociendo lo complejo de las interrelaciones entre la naturaleza humana y su entorno, admite la enorme dificultad en la tarea de proponer leyes generalmente válidas sobre el comportamiento humano. Hume afirma que en las ciencias sociales ‘*toda máxima de alcance general...debe ser establecida con mucha precaución*’ y que el mundo es ‘*aún muy joven para fijar muchas verdades generales [en el área de las ciencias sociales] que vayan a seguir siendo valederas por toda la posteridad*’¹⁸³.

En el caso de Smith, su aproximación al fenómeno económico se diferencia del enfoque que seguirá más tarde la economía neoclásica en los aspectos metodológicos. Se ha afirmado que su metodología era ecléctica, donde lo empírico, lo teórico, lo institucional, lo estático y lo dinámico estaba entremezclado¹⁸⁴. Milonakis y Fine identifican tres dualismos metodológicos en la obra de Smith¹⁸⁵, por oposición al monismo metodológico que se adoptaría en economía después del fin del debate intelectual conocido como *Methodenstreit*. El primer dualismo tiene que ver con que Smith yuxtapone en un único trabajo, como es RN, un análisis macro-dinámico referido

¹⁸³ Con todo, Hume parece ver en el estudio del crecimiento y demás aspectos económicos un campo fértil para identificar uniformidades en el comportamiento humano, no afectas a las imperceptibles e impredecibles influencias de las pasiones de los miembros de pequeñas comunidades o grupos de personas. En este sentido, formulará la oposición entre el potencial de estudio científico que tienen los aspectos económicos versus la dificultad que estos tienen en el caso de la diplomacia exterior. ROTWEIN (1998) p. 692 § 4, 5.

¹⁸⁴ SOWELL (1994) pp. 112-113.

¹⁸⁵ MILONAKIS y FINE (2009), pp. 16-19.

al desarrollo económico, con una teoría micro del intercambio económico¹⁸⁶. Un segundo dualismo metodológico está referido a cuál es el objeto de estudio y reflexión en Smith: se combinan en su obra un individualismo metodológico con un holismo¹⁸⁷. El tercer dualismo metodológico se refiere a su modo de razonamiento. Se combinan en la economía política de Smith el razonamiento deductivo a partir de modelos abstractos, con el razonamiento inductivo a partir de elementos históricos y de la directa observación¹⁸⁸. Esta combinación parece evidente en la exposición de su teoría sobre el desarrollo económico que se compone de “*supuestos acerca de la naturaleza humana para la deducción...pero ... también... de un uso extensivo de material empírico e histórico ... con fines ilustrativos*”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ El primer tipo de análisis se consigna en los tres primeros capítulos del libro I de RN y está referido a la división del trabajo que, por una parte es una consecuencia no intencionada de la acción humana y, por la otra, se encuentra limitada por la extensión del mercado. Se trata, en definitiva, de una breve descripción de los elementos esenciales del sistema económico capitalista. Junto a lo anterior, Smith expone en los capítulos 6 y 7 del libro I de RN su teoría micro del intercambio económico que es la sección de RN que más se asemeja a lo que más tarde sería la teoría de precios neoclásica, donde Smith distingue entre el precio natural y el precio de mercado de los bienes e identificará las distintas partes que componen dichos precios. Estas secciones vienen precedidas por una teoría del valor objetiva, en que Smith busca distinguir entre el valor real y el valor nominal de los bienes.

¹⁸⁷ El individualismo metodológico se refiere al enfoque según el cual el todo es explicado en términos de las propiedades de sus partes individuales o miembros. En palabras de Jon Elster, es ‘*la doctrina según la cual todos los fenómenos sociales (su estructura y su cambio) en principio sólo pueden explicarse en términos de los individuos –sus atributos, propósitos y creencias*’. En el holismo metodológico, en cambio, se privilegia el estudio del todo social, lo que implica que éste y las colectividades –tales como las instituciones, las clases, la economía nacional y la sociedad como un todo– en lugar de ser explicadas como el producto de la acción de los individuos, tienen existencia autónoma y, de ese modo, moldean e influyen el comportamiento individual de sus miembros. MILONAKIS y FINE (2009), pp. 13-14.

Smith transita desde un enfoque individualista en los primeros capítulos del libro I, marcados por la naturaleza humana propensa al intercambio y movida principalmente por el auto-interés, hacia un enfoque cada vez más agregativo, estructural y holista en los últimos capítulos de dicho libro dedicados a identificar las rentas de las diferentes clases (de los capitalistas, de los trabajadores y de los dueños de la tierra).

¹⁸⁸ Su presentación, en efecto, abstrae un modelo de individuo humano a partir del cual deduce su comportamiento en la interacción en diferentes roles y situaciones en sociedades específicas. Al ilustrar tales situaciones con elementos históricos, induce ciertos patrones de relación de los individuos en las sociedades, lo que le permite configurar ciertos principios de actuación como modelos más abstractos que, a su vez, serán ilustrados con elementos históricos y de observación. En su relato, por tanto, Smith muestra cuán inseparable resultan la inducción y la deducción. ‘*Fue siempre inductivo, pero nunca meramente inductivo*’ en palabras de Marshall. MILONAKIS y FINE (2009), p. 18.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 18.

2.1.2. Sobre individualismo metodológico: un individualismo institucional

Los autores liberales clásicos entendieron el individualismo metodológico de un modo particular.

Para Hume, el ser humano forma parte de un contexto social que es producto de una ‘historia natural’¹⁹⁰ y sus múltiples motivaciones se despliegan en dicho contexto. Se trata de un individualismo a medio camino entre el atomismo y el holismo, que ha sido denominado ‘individualismo institucional’: “[E]l individualismo de la Ilustración Escocesa fue muy diferente al individualismo de la teoría del contrato social. Para nada reconoce individuos a-sociales en un estado de naturaleza. Los individuos son vistos como seres socioculturales delineados por instituciones sociales y por la historia de la sociedad [...], sugiero que podemos denominar al individualismo de la Ilustración Escocesa como ‘individualismo institucional’”¹⁹¹.

¹⁹⁰ El fundarse en una historia ‘natural’ o historia de la sociedad civil, es uno de los rasgos característicos del pensamiento de la Ilustración Escocesa. El método ha sido entendido como la ‘búsqueda de los orígenes y del desarrollo de la sociedad civil desde lo rústico hacia el refinamiento por medio de una forma de historia en que los principios psicológicos universales y las circunstancias socio-económicas desempeñan roles de iluminación gemelos’ Winch, D., citado por SKINNER (2007) p. 178. En el caso de Hume, en específico, su aproximación a la historia en los Ensayos difiere de la historiografía convencional (focalizada en sucesos particulares únicos) que es la que predomina en su Historia de Inglaterra. Ya que para escribir como un ‘científico moral’, Hume debe reducir las secuencias históricas a generalizaciones que expliquen cómo se producen transformaciones en el comportamiento humano como consecuencia del impacto de circunstancias históricas en la ‘naturaleza humana’. En este sentido lo ‘natural’ del enfoque histórico de Hume está precisamente en identificar lo recurrente, probable o sustancial en las leyes del comportamiento humano y este enfoque es fundamental en sus escritos económicos. ROTWEIN (1998), p. 692 § 6. El enfoque de ‘historia natural’ en Hume considera un aspecto estático (referido a la comparación y contraste de la operación de ciertas relaciones económicas en diferentes contextos institucionales) y un aspecto dinámico (identificación y descripción de los cambios en los hábitos de los individuos), SKINNER (2007), pp.180-184.

¹⁹¹ UDEHN (2002), pp.479-507, p.482. SKINNER (2007), p. 180, expresa: “Si bien Hume defendió que los principios de la naturaleza humana son constantes, él apreció también que la manera en que estos se manifestaban sería profundamente afectada por el entorno socio-económico que llegase a existir, y también por los hábitos, costumbres y carácter.”

Del mismo modo, tampoco sería correcto calificar a Smith ni como un individualista atomista ni como un holista metodológico. Es cierto que en su explicación sobre la teoría del intercambio y las rentas de cada clase pudo ser influido por los fisiócratas franceses a quienes admiraba, propensos a la formalización y a los modelos abstractos y agregativos. Pero Smith, como parte de la Ilustración Escocesa también, cultivó el mismo tipo de individualismo que Hume. El objeto de estudio no es un individuo abstracto y aislado, sino el individuo concreto y socializado a un contexto específico, cuya libertad de comportamiento y elección se encuentra enmarcada por instituciones y normas sociales. El individuo *“no sólo opera dentro de un marco moral y legal sino que es además un individuo socializado o moralizado”*¹⁹².

La distinción entre un individualismo ‘verdadero’ y uno ‘falso’ será retomada en un clásico artículo de F.A. Hayek a mediados del siglo XX¹⁹³.

2.1.3. Sobre interdisciplinariedad: D. Hume y A. Smith

A la fecha en que escriben los autores liberales clásicos estudiados, en la historia de las ciencias sociales no se ha producido una estricta división entre disciplinas científicas.

(i) El propio **Adam Smith** inició su carrera brindando clases públicas de retórica y *belles lettres* en la Universidad de Edimburgo en 1748. El reconocimiento obtenido lo

¹⁹² SAMUELS (1977), p. 199. La distinción entre un individualismo institucional y un individualismo atomista, se vincula también con la distinción entre el utilitarismo hedonista de Bentham y el utilitarismo ético de Mill. Para este último el individuo es un animal social cuyo cálculo utilitarista no considera sólo factores hedonistas como pensaba Bentham, sino además factores éticos y morales no innatos sino que culturales como la esperanza de ser apreciados y el miedo a ser despreciados por nuestros semejantes y por el creador del Universo, y el puro sentido del deber, la empatía, el amor, el miedo, motivos religiosos, auto-estima, deseo de ser estimados por otros, etc. El individualismo atomista o psicológico, no consideraría estos factores, a menos que pudiera reconducirlos a factores hedonistas. MILONAKIS y FINE (2009), pp. 28-29.

¹⁹³ HAYEK [1948] (1986a).

condujo en 1751 a hacerse cargo, sucesivamente, de las cátedras de lógica y luego de filosofía moral en la Universidad de Glasgow. Los contenidos de su cátedra de filosofía moral cimentaron las bases de lo que llegarían a ser sus principales obras publicadas. En dicha cátedra enseñaba teología natural, ética, teoría del derecho (*jurisprudence*), y economía. Las materias eran tratadas en el orden indicado. Sus lecciones de ética formarían la base de su Teoría de los Sentimientos Morales (TSM) (1759), obra que gatilló definitivamente su prestigio intelectual y concitó la admiración de sus pares. En sus enseñanzas de economía (*'expediency'* o moral práctica según se la denominaba entonces) se encontraba el germen de la Riqueza de las Naciones (RN), que vería la luz recién en 1776. Finalmente, sobre sus enseñanzas en teoría del derecho, encontramos ya en TSM el anuncio de una obra sobre teoría del derecho que nunca llegaría a concretar. Los investigadores han buscado inferir su contenido a partir de dos colecciones de apuntes de sus clases de Glasgow de los años 1762-63 y 1766 que fueron publicadas por primera vez a fines del siglo XIX.

Incluso, de considerar sólo su RN de 1776, se desprenden de ella varias hebras del pensamiento económico contemporáneo que hacen que Smith sea considerado como un teórico central en la tradición escocesa de pensamiento económico¹⁹⁴, pero también como un eslabón fundamental en el desarrollo de la economía política¹⁹⁵, dentro de los economistas clásicos¹⁹⁶, como fundador de la economía como disciplina¹⁹⁷ y, también,

¹⁹⁴ BROADIE (2003), pp. 178-179, 200. MILONAKIS y FINE (2009), pp. 18, 49.

¹⁹⁵ Smith definió la economía política como “una rama de la ciencia del hombre de estado o legislador [que] se plantea dos objetivos distintos: en primer lugar, conseguir un ingreso o una subsistencia abundante para el pueblo, o más precisamente que el pueblo pueda conseguir ese ingreso o esa subsistencia por sí mismo; y en segundo lugar, proporcionar al estado o comunidad un ingreso suficiente para pagar los servicios públicos.” SMITH [1776], (1994), p. 539. Según Milonakis y Fine, RN constituye un rico y multifacético edificio teórico que comprende elementos filosóficos, psicológicos, sociales, históricos y económicos, constituyendo el primer intento comprensivo de aproximarse a la economía política como una ciencia social unificada, o como parte de las Ciencias Morales como un todo, sin un apego a una neutralidad ética o práctica. MILONAKIS y FINE (2009), p. 19.

¹⁹⁶ MILONAKIS y FINE (2009), p. 13.

como un pionero de la organización industrial¹⁹⁸. Sin embargo, lo que cada una de estas visiones rescata suele ser diferente, es decir, Smith no integra las diferentes líneas de pensamiento enunciadas por un mismo y único elemento de su obra. Lo anterior ha llevado a sostener que el aspecto principal de Smith y de RN reside en *toda la matriz de interpretaciones y críticas mutuas, no en una sola, por más atractiva, útil, completa o precisa que ella pueda ser. Ninguna interpretación puede capturar por sí misma la compleja y fecunda mente de Smith o el significado social de su obra*¹⁹⁹.

(ii) Otro tanto podría decirse de **Hume**. Considerando sólo su primer trabajo, el Tratado de la Naturaleza Humana (TNH) de 1739-1740²⁰⁰, ya había ofrecido elementos que sirven de fuente a lo que hoy son diferentes disciplinas del saber. Los tres libros que componen el TNH bien podrían dissociarse hoy en textos –preponderantemente– de epistemología²⁰¹ (Libro I, sobre el conocimiento), de psicología²⁰² (Libro II, sobre las

¹⁹⁷ De todas las afirmaciones, esta parece ser la más cuestionable. Primero, porque si bien en su obra se identifican gérmenes de lo que sería después de Dilthey la separación entre disciplinas científicas (p.ej. cuando afirma “*como cualquier otra labor [la filosofía] se subdivide en un gran número de ramas distintas, cada una de las cuales ocupa a una tribu o clase particular de filósofos; y esta subdivisión de la tarea en filosofía, tanto como en cualquier otra actividad, mejora la destreza y ahorra tiempo*” SMITH [1776], (1994), p. 41 v. también pp. 709 y ss.), Smith nunca llegó a afirmar de modo explícito la distinción entre ciencias del hombre y ciencias de la naturaleza, por lo que sus aportes en lo que hoy son ‘ciencias sociales’ bien podrían responder a sus concepciones sobre la ciencia en general. FLEISCHACKER (2005), p. 34. Segundo, porque la economía neoclásica es fruto, fundamentalmente, de desarrollos cronológicamente posteriores asociados a la formalización, los modelos de equilibrio, la revolución marginalista, la teoría subjetiva del valor. Y, si bien la obra de Smith fue antecedente de lo anterior, ello nunca estuvo entre sus propósitos y, por tanto, como ha dicho Skinner, su obra se sometió al principio de las consecuencias no intencionadas de la acción humana. SKINNER (2007) pp. 193, 201-202.

¹⁹⁸ DE JONG y SHEPHERD (ed.) (2007) pp. 25-26.

¹⁹⁹ SAMUELS, W. (1977), p. 191.

²⁰⁰ HUME [1739-1740] (2001)

²⁰¹ “*La epistemología, o filosofía de la ciencia, es la rama de la filosofía que estudia la investigación científica y su producto, el conocimiento científico*”, BUNGE (2004) p.21.

²⁰² “*En sus orígenes, considerada como una ciencia del alma de inspiración filosófica, la psicología devino, a fines del siglo XIX, una disciplina científica que tiene por objeto determinar las leyes que regulan los estados psíquicos de los individuos observados a través de sus manifestaciones conductuales. La psicología general estudia fenómenos como la percepción o la memoria, desde una perspectiva abstracta y general*”, D’AGOSTINO, Serge, et ál., “Dictionnaire de Sciences économiques & sociales”, ed. Bréal, Rosny, 2002.

pasiones) y, de ética²⁰³ (Libro III, sobre la moral). No obstante, en Hume deben ser todos ellos comprendidos como capítulos en el desarrollo de su ciencia de la naturaleza humana.

En definitiva, tanto Hume como Smith se encontraron inmersos en el contexto intelectual de la Ilustración Escocesa donde se promovió la discusión e intercambio de ideas en distintos ámbitos de manera ajena a dogmatismos. Como ha afirmado Skinner: *“Si bien es posible distinguir diferentes disciplinas o ámbitos investigados durante la Ilustración Escocesa, en la práctica ningún intento fue hecho para mantener las diferentes disciplinas en sus compartimientos separadas. Un enfoque holístico frente a los problemas intelectuales caracterizaba a los literati [Hombres escoceses letrados que valoraban el cultivo y aprendizaje de valores humanos y humanistas tales como el carácter cosmopolita, la tolerancia religiosa, la convivencia social y el desarrollo moral y económico]”*²⁰⁴.

Precisando, entonces, sólo puede hablarse de ‘interdisciplinariedad’ al adoptar el prisma actual de la separación entre disciplinas, fruto de la progresiva evolución iniciada recién a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Pero, previo a ello, lo natural era la reflexión filosófica en lo que hoy son diferentes áreas del saber y que aún no surgían como disciplinas técnicas y profesionales, en el sentido moderno. Así por ejemplo, hacia 1836, aún se sostenía que la principal diferencia entre el derecho y la economía política no radicaba en los problemas estudiados –que eran los mismos– sino en que el primero

²⁰³ *“También llamada filosofía moral, la ética es una rama de la filosofía que busca determinar la exacta aplicación de nociones morales tales como bueno y malo, correcto e incorrecto o una teoría sobre la aplicación o naturaleza de dichas nociones”*, Britannica Concise Encyclopedia, “Ethics”.

²⁰⁴ BROADIE (2007), p. 5. No obstante la falta de dogmatismos, ello no impidió que Hume, cuyo escepticismo fuera percibido como amenaza para la cristiandad y para la filosofía del sentido común y como provocación para la idea tradicional de justicia natural, fuera mantenido alejado de las aulas universitarias. *Ibidem*, pp. 21, 48 n.41, 211 n.13, y 217 *in fine*.

era positivo, enseñaba el derecho vigente y era de interés de los abogados, mientras que, la segunda, era normativa y era de interés del legislador²⁰⁵.

2.1.4. Concepciones científicas: objetivo de comprensión antes que de predicción; y, enfoque retrospectivo antes que prospectivo

La ciencia, según los liberales clásicos, busca explicar para mejor comprender los fenómenos de la realidad, aspira al realismo. No apunta a establecer predicciones.

La vocación de la teoría de Hume por el realismo admite la simplificación y la generalización, pero no la creación de modelos fundados en supuestos totalmente falsos o inventados²⁰⁶. Si bien sería anacrónico atribuir a Hume posición alguna en los debates metodológicos en economía del siglo XX, Rotwein, uno de los principales estudiosos de su pensamiento económico, sí tomó partido en contra de la idea de que el poder de un modelo deriva sólo de su capacidad predictiva²⁰⁷. Así, es plausible conjeturar que Hume no adscribiría a una estrategia argumentativa poco realista, basada en modelos carentes de fuerza, vivacidad y poder persuasivo suficiente para inspirar confianza²⁰⁸.

La concepción de la ciencia en Adam Smith contribuye a confirmar lo anterior y brinda extensiones. Smith poseyó auténticas aspiraciones científicas. Cada una de las partes de su obra, esto es, sus componentes éticos, de teoría del derecho y de economía

²⁰⁵ HOVENKAMP (1989), pp. 137-138, con referencia a Theodore Sedgwick III.

²⁰⁶ VELK (2004), pp.3, 20-21.

²⁰⁷ ROTWEIN (1959), pp. 554-575.

²⁰⁸ VELK (2004), pp.21-27. En efecto, a un modelo, teoría o marco teórico cabe exigirle algo más que su capacidad predictiva: primero, que el argumento sea comprendido por el lector; segundo, que sea creíble por parte de colegas desinteresados; tercero, que sea persuasivo frente a los diseñadores de políticas; cuarto, que las acciones adoptadas conforme al argumento, por personas hasta entonces dubitativas sobre cuál sería la mejor decisión, produzcan los resultados deseados. Además, la recepción y la crítica de pares sobre una teoría es otro de los pilares de soporte metodológico en Hume. *Ibidem*, pp. 19-20, 26.

política, y la interdependencia entre todas ellas, han de entenderse como los diferentes elementos de un sistema que representa un trabajo científico al estilo de Newton²⁰⁹. Smith sostenía que el trabajo científico podía tener uno de los siguientes objetivos: (i) formular una proposición y probarla, mediante diferentes argumentos que condujeran a la conclusión; o, (ii) producir un sistema en cualquier ciencia. El método de Newton tiene aplicación para el segundo tipo de objetivo: al inicio se formulan ciertos principios conocidos o probados, a partir de los cuales se da cuenta de los distintos fenómenos y se conectan todos ellos por la misma cadena²¹⁰. Los sistemas son especies de máquinas inventadas para conectar imaginariamente aquellos diferentes movimientos y efectos que se han producido en la realidad, su objetivo es introducir orden dentro del caos de la realidad y, tal como las máquinas, tienen la capacidad de juntar partes complejas en un todo en funcionamiento²¹¹: “*Al contemplar la sociedad humana en una perspectiva abstracta y filosófica, ella aparece como una gran, una inmensa máquina*”²¹². Siendo todo sistema científico una creación de la imaginación, un intento imaginario de conectar los objetos que percibimos con los sentidos, ningún sistema será jamás exactamente idéntico a los objetos que describe²¹³. Esta distancia entre la realidad y los sistemas o teorías, y la consecuente falibilidad de estos últimos, nos conduce a consignar cuáles son los criterios para evaluar un sistema o teoría y qué hace que un sistema sea mejor que otro. Para Smith, los sistemas buscan asistir el funcionamiento de nuestra imaginación y se evalúan por su novedad, belleza y simplicidad, por la capacidad de cada nuevo sistema de satisfacer la imaginación mejor que el sistema que lo antecedió. Su evaluación se hace, de este modo, en el contexto histórico de la disciplina y su éxito no se mide con parámetros absolutos y atemporales, sino en relación a la capacidad de superar los problemas de anteriores explicaciones, tales como su falta de claridad o

²⁰⁹ SKINNER (1998), p. 373.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 373.

²¹¹ *Ibidem*, p. 374. FLEISCHACKER (2005), p. 32.

²¹² SMITH [1759](1997), pp. 372-373.

²¹³ FLEISCHACKER (2005), p. 27.

coherencia, o las incoherencias y tensiones entre dichas explicaciones y la realidad observada²¹⁴. Este ‘sistema de sistemas científicos’ entonces, es escéptico frente a la posibilidad que alguna vez algún sistema científico, en cualquier materia, vaya a brindar la última palabra. “*No hay nada en el análisis que sugiera que el sistema de Newton (o de Smith) contenga alguna verdad final*”²¹⁵.

Como corolario de la referida concepción que Smith tiene sobre la ciencia y los sistemas científicos, ella impone una mirada retrospectiva de los fenómenos antes que prospectiva. El objetivo prioritario es la belleza, claridad y simplicidad con la que una nueva explicación resuelve los problemas de anteriores sistemas. La capacidad predictiva y la mejora tecnológica podrán también ser frutos del sistema científico que se propone, particularmente en la medida en que el nuevo sistema solucione problemas de sistemas anteriores. Pero en ningún caso las predicciones y las invenciones son los objetivos centrales de la ciencia ni los principales criterios de valoración de las teorías científicas²¹⁶. Es este enfoque retrospectivo el que permite entender el programa de investigación de Smith en su conjunto –encaminado a elaborar un sistema²¹⁷– y el que

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 32-33.

²¹⁵ SKINNER (1998), p. 374. FLEISCHACKER (2005), p. 33, resume del siguiente modo la aplicación de estas concepciones científicas de Smith al plan y contenido de RN: “...*Smith presenta su ‘sistema de la libertad natural’ en RN en relación con los sistemas de economía política que le precedieron, argumentando que sus méritos están demostrados por el hecho de que puede explicar lo que está mal con el mercantilismo y la Fisiocracia...Esto significa que el sistema de Smith ‘conforta la imaginación’ en su relación con los hechos económicos, de mejor manera que los otros sistemas a disposición de las personas en su tiempo. Ello no sugiere que el sistema de Smith sea la última palabra en economía política, que sus principios vayan a perdurar, o que su autor siquiera esperara que así fuera, para cualquier época, respecto de los hechos económicos que enfrenta cada generación. Quienes se dedican a mostrar cómo los principios de Smith pueden explicar cada fenómeno económico contemporáneo, podrían entonces estar utilizando la obra de Smith de un modo diferente a aquel que el propio Smith hubiera esperado de sus futuros lectores. Podrían estar traicionando el legado metodológico de su maestro en lugar de preservarlo.*”

²¹⁶ FLEISCHACKER (2005), pp. 33-34.

²¹⁷ Todo el legado de Smith, indica uno de sus estudiosos contemporáneos, se resume en el análisis, la promoción y su defensa de ‘el plan liberal de la igualdad, libertad y justicia’. Su gran tarea es la formación de una sociedad mejor y, su aproximación a los fenómenos sociales –principalmente desde las

permite además conjugar su plan con la principal doctrina de Smith en economía política, a saber, la de las consecuencias no intencionadas de la acción humana. La aplicación de esta doctrina a las ciencias sociales pone en evidencia las limitaciones en la capacidad predictiva de cualquier teoría²¹⁸ y, consecuentemente, descarta que dicha capacidad predictiva sea el único o principal criterio de valoración, según llegaría a sostener más tarde el positivismo²¹⁹. La posibilidad misma de la empresa científica descansa entonces en dicha mirada retrospectiva y es este enfoque el que sigue Smith a través de RN, buscando poner en evidencia, con datos históricos y no abstractos, las consecuencias insospechadas de haber creído –como los mercantilistas y en menor medida los fisiócratas– que es posible mediante la acción humana predecir y controlar la economía²²⁰. De este modo, RN está lejos de perseguir el propósito de generar un modelo de elevada capacidad predictiva. *“Con esta orientación retrospectiva, es sin duda posible explicar las consecuencias de acciones pasadas que no fueron previstas al ejecutarse estas acciones, pero ello no implica que el sistema de Smith podrá predecir adecuadamente las consecuencias de acciones que se adopten ahora”*²²¹.

perspectivas de la economía política, de la teoría del derecho y de la ética– responde a su gran proyecto de construir una ‘ciencia social’ multidisciplinaria e interdisciplinaria. MONTES (2006), p. 6.

²¹⁸ FLEISCHACKER (2005), pp. 34-35.

²¹⁹ El contraste entre lo descrito y el positivismo metodológico –para el cual el carácter científico de una teoría no está determinado por la validez empírica de sus supuestos, sino que por su capacidad de producir predicciones precisas– resulta manifiesto de la siguiente cita de Milton Friedman en su célebre texto de 1953: *“El objetivo último de una ciencia positiva es el desarrollo de una ‘teoría’ o ‘hipótesis’ que conlleve predicciones válidas y con sentido (no una verdad obvia) sobre fenómenos aún no observados ... Vista como un conjunto de hipótesis sustantivas, una teoría ha de ser juzgada por su poder predictivo para la clase de fenómenos que ella pretende ‘explicar’. Sólo la evidencia fáctica puede mostrar si acaso ella es ‘correcta’ o ‘errónea’ o, mejor aún, tentativamente ‘aceptada’ como válida o ‘rechazada’ ... El único test relevante sobre la validez de una hipótesis es la comparación de sus predicciones con la experiencia”*. Para el positivismo metodológico las teorías constituyen instrumentos predictivos en lugar de mecanismos de explicación, de allí que se lo califique de ‘instrumental’. MILONAKIS y FINE (2009), p. 234.

²²⁰ FLEISCHACKER (2005), p. 35.

²²¹ *Ibidem*, p. 35.

2.1.5. Otras cuestiones metodológicas

De Adam Smith, finalmente, a continuación son descritos otros tres aspectos metodológicos.

(i) Smith elabora sus teorías a partir del sistema de creencias y percepciones generalmente compartidos por la comunidad y no desde un púlpito intelectual, lo que se traduce en la presentación de sus teorías de un modo tal de hacerlas de fácil comprensión para el hombre común²²². Este enfoque científico desde el sentido común no es obstáculo para formular críticas al sistema de creencias establecido. Es precisamente a este ejercicio crítico que Smith vuelca buena parte de su trabajo²²³. Lo que este enfoque sí implica, en particular cuando se le conjuga con una alerta respecto de las motivaciones vedadas y la racionalidad limitada del hombre de gobierno²²⁴, es una cierta modestia y un relativo escepticismo con que corresponde aproximarse a los diferentes problemas y proponer reformas que por ello han de ser moderadas y paulatinas. En esto último, el enfoque contrasta con la arrogancia, presumida certeza y espíritu revolucionario que

²²² *Ibidem*, pp. 22-23, 24. “Parece razonable ver a Smith como un precursor de la ‘filosofía del sentido común’ y, en relación con esto, como uno de los primeros filósofos modernos en sospechar de la filosofía en sí misma –a lo menos, de la filosofía dirigida desde un enfoque fundacional, desde una posición externa a los modos de pensamiento y práctica que examina”. Sobre esto, cabe consignar la existencia de una controversia entre los partidarios de una filosofía del sentido común, como Reid, y el escepticismo moderado de Hume, ambas posturas invitando, por distintos caminos, a alejarse de un racionalismo exacerbado cultivado en forma de claustro por una élite intelectual. KLEMMME (2007) pp. 117 y ss. Si bien Smith no adscribe explícitamente a ninguno de los caminos propuestos por sus contemporáneos, su trabajo se muestra más próximo a una filosofía del sentido común.

²²³ “Sostener que Smith brinda al sentido común, o a la experiencia ordinaria, prioridad sobre los principios filosóficos, por tanto, no es sostener que Smith se limita a enumerar las creencias del sentido común, o a ordenarlas de una manera atractiva. Una importante objeción a cualquier tipo de filosofía del sentido común es que puede dejarnos sin espacio para criticar nuestras concepciones comunes, que puede devenir en una fe acrítica en cualesquiera dogmas ampliamente difundidos en nuestra sociedad. Una objeción semejante no puede sostenerse contra Smith, quien critica diferentes aspectos de nuestras actitudes morales comunes en TSM y que dedica RN a formular una acabada crítica a las concepciones estándar de la economía política de su tiempo. [...] Y, en efecto, el sentido común, considerado como [...] Smith lo consideró, es en sí mismo un modo crítico de razonamiento, no una colección de dogmas.” FLEISCHACKER (2005), p. 25.

²²⁴ V. *infra*, 1.5.

parece guiar los postulados de ciertos enfoques ‘expertos’ frente a los mismos problemas²²⁵. El referido enfoque científico y la necesidad de producir, por medio de la crítica a concepciones ampliamente difundidas en la comunidad, reflexiones del hombre común respecto de su propio comportamiento y propuestas prácticas, llevan a Smith a reducir las diferencias de discurso entre el experto y el lego²²⁶. De modo consecuente también, conducen a desconocer toda distinción tajante entre hechos y valores, distinción que no puede asociarse a la práctica en el discurso común de los individuos y que, por el contrario, sí fue abogada por Hume, entre otros, y más tarde por el positivismo. “*Si Smith está tratando de construir una ciencia social como una extensión de la conversación común, de la manera en que personas libres e iguales conversan normalmente entre sí, entonces debe evitar la distinción tajante entre hechos y valores que Hume propuso, y combinar, a través de su trabajo, los comentarios normativos con la descripción*”²²⁷.

(ii) Antes que racionalista o empirista obsesionado con el cálculo estadístico, Smith es metodológicamente más cercano a otro tipo de empirismo, el empirismo histórico. Esto se manifiesta, primero, en que para sostener sus argumentos en teoría moral y en economía política evidencia un profundo interés hacia las observaciones científicas y los experimentos, y hacia respaldar sus fundamentos en hechos, acerca de la mente, la sociedad o la historia, antes que en principios *a priori*. Smith “*valora la ‘imaginación’ (empírica) por sobre la ‘comprensión’ (a priori) [“understanding”], como Hume y a diferencia de Descartes, lo que es probablemente en buena medida parte de la razón del por qué evita modelos matemáticos en economía política*”²²⁸. Su idea de privilegiar un

²²⁵ FLEISCHACKER (2005), pp. 35-36.

²²⁶ Así, el hombre común es una contraparte equivalente al experto en la conversación práctica y éste último solo es superior al primero en cuanto ha extendido su propio modo de razonamiento a un rango más amplio de hechos que le son directamente conocidos y a una mirada más amplia de cómo los hechos pueden agruparse. *Ibidem*, p. 36.

²²⁷ *Ibidem*, pp. 36, 54.

²²⁸ *Ibidem*, p. 28.

conocimiento contextual por sobre un conocimiento sistemático también tiene estos aspectos metodológicos entre sus antecedentes y hay implicancias políticas en esto²²⁹. Lo que somos capaces de conocer con mayores grados de certeza son casos específicos, con todas sus particularidades y detalles. Las generalizaciones que podrán inferirse de ellos serán más o menos uniformes en la medida que puedan abstraerse de dichas particularidades y detalles²³⁰. Esto es de la mayor importancia en el enfoque con que se abordan las ciencias sociales.

En segundo lugar, su empirismo, no obstante, no descansa en cálculos aritméticos o estadísticos. En efecto, para acreditar sus afirmaciones, privilegia aquello que es conocido por todos, por sobre lo que el experto dice conocer, y privilegia la observación por sobre el cálculo. Lo anterior se traduce en admitir y respetar la complejidad de los casos particulares, y en ilustrar las teorías que se derivan de ellos con evidencia histórica y dando cuenta de su propia observación, teniendo cuidado, en todo caso, de interpretar o evaluar las fuentes que consignan hechos antes de incorporarlos en sus análisis²³¹. Es un trabajo de interpretación de hechos reportados por las fuentes, antes que una mera recopilación de hechos. Smith rehúye de las limitaciones de un empirismo estadístico asociadas con el riesgo de una excesiva simplificación: todo intento de arribar a conclusiones aritméticas a partir de hechos exige otorgar cierta regularidad al conjunto de hechos recopilados, minimizando o ignorando las diferencias entre ellos y abstrayéndose de las dificultades de su interpretación o juicio²³².

²²⁹ “[C]ada persona, dadas sus circunstancias, puede evidentemente juzgar mucho mejor que cualquier político o legislador”. SMITH [1776], (2008), p. 554 (IV.ii.9)

²³⁰ FLEISCHACKER (2005), p. 28.

²³¹ *Ibidem*, pp. 37-42.

²³² *Ibidem*, pp. 43-44, Fleischacker lo resume así: “Los hechos relativos a actividades humanas vienen envueltos en narrativas, respecto de las cuales sólo pueden ser extraídos con mucho cuidado. No se prestan para la regularización; requieren una atención individual, para que las peculiaridades de cada uno puedan ser apreciadas. En cada caso individual uno requiere también hacerse cargo de la naturaleza de la fuente que testifica el hecho, trátase de un escritor o de los propios sentidos, y determinar si acaso las debilidades en la fuente exigen o no que uno suspenda la convicción en el hecho. A través de su obra,

(iii) Teniendo en cuenta que RN ofrece una propuesta de explicación científica sobre la *naturaleza* y las *causas* de la prosperidad de las naciones, otro aspecto metodológico que merece detención, es la descripción del alcance que tienen en Smith el naturalismo y el causalismo. Su concepción sobre causalidad es cercana a la de Hume, en cuanto a que es la imaginación la que crea conexiones entre impresiones comúnmente asociadas. La causalidad, por tanto, no es mucho más que ‘conjunciones’ de eventos, conjunciones que pueden variar en su frecuencia desde las regularidades sin excepciones –como en la física– hasta un amplio espectro de regularidades menos necesarias. Este concepto amplio de causalidad permite sostener que existe un solo tipo de causa que rige en todo tipo de eventos, tanto naturales como humanos: entre una causa física y un efecto físico (p. ej. el desprendimiento de una roca desde lo alto de la montaña, producto de la gravedad), existe el mismo tipo de causalidad que entre las motivaciones y las acciones humanas. Si una tarea de la ciencia es la búsqueda de las causas de los fenómenos, es posible entonces hacer ciencia de los eventos humanos, en que las generalizaciones podrán resultar más vagas que aquellas de las ciencias naturales, y estar fundadas en regularidades con más excepciones, pero no por lo anterior menos científicas, en la medida que nos fundamos en un mismo concepto de causalidad²³³. Si bien se trata de un concepto de causalidad que no esconde mucho más que una propensión psicológica a asociar impresiones conjuntas, Smith en algunas ocasiones parece recurrir a una noción más precisa de causalidad, en pasajes centrales de su crítica al mercantilismo. Con ellos busca remarcar la distinción entre conjunciones de eventos meramente naturales o accidentales, por una parte, y eventos dirigidos por el gobernante y el derecho, por la

Smith intenta inculcar en su lector estos hábitos de examinar cuidadosamente la evidencia y le hacen un flaco favor quienes usan su nombre para promover modelos de ciencia social en los cuales el cálculo y la reducción de los eventos humanos a ‘datos duros’ se sitúan en el corazón del programa.”

²³³ *Ibidem*, p. 28.

otra²³⁴. Una concepción amplia de causalidad en Hume y en Smith sirve de fundamento para su aproximación naturalista al estudio de la historia, de la sociedad, de la política y de la economía. De esto último y del título de RN emana la pregunta por el alcance del naturalismo en Smith. El constructo argumentativo ‘sistema de la libertad natural’ tiene un importante componente institucional y se vincula con lo expuesto sobre el individualismo metodológico institucional, a medio camino entre el atomismo y el holismo. Hayek brinda al mismo una lectura en el sentido de la tradición de la ‘libertad sometida el derecho’, esto es, ejercida en el contexto de instituciones que han evolucionado para garantizar la vida, la libertad y la propiedad, y no una lectura de absoluta libertad individual en un estado de naturaleza pre-social²³⁵. El ‘sistema de la libertad natural’ constituye además el núcleo central de la propuesta de Smith en economía política, contrapuesta a lo planteado tanto por los mercantilistas como por los fisiócratas, a pesar de reconocerse más cercano a lo que proponen estos últimos²³⁶. Sin embargo, el adjetivo ‘natural’ en RN es utilizado en diversos contextos, con diversas acepciones. Primero, para calificar de ‘natural’ aquello que ocurre en la mayoría de las situaciones semejantes²³⁷. Segundo –quizás la acepción más difundida– asociando la idea de natural con la ausencia de intervención humana, principalmente con ausencia de

²³⁴ Así, cuando distingue entre mera coincidencia temporal y secuencia causal: “*El aumento de la cantidad de oro y plata en Europa, y la expansión de su industria y su agricultura, son dos acontecimientos que aunque han casi coincidido en el tiempo, derivan de causas muy diversas, y virtualmente no tienen conexión entre sí.*” Mientras que el primero era producto de un mero accidente, el segundo derivaba de “*la decadencia del sistema feudal y del establecimiento de un gobierno que ha otorgado a la actividad económica el único estímulo que necesita: una tolerable seguridad de que va a disfrutar del fruto de su propio esfuerzo.*” SMITH [1776], (2008), p. 328 (I.xi.229). O cuando critica a los hombres de estado que confunden efectos con causas en materia de comercio de exportación. *Ibidem*, p. 477 (II.v.35). FLEISCHACKER (2005), p. 29.

²³⁵ HAYEK [1960], (2006), p. 54 y n. 26.

²³⁶ SMITH [1776], (2008), p. 657, (IV.9.38). FLEISCHACKER (2005), p. 33.

²³⁷ Así, cuando afirma que “*Este orden [que el capital se dirija primero a la agricultura, luego a la industria y finalmente al comercio exterior] es algo tan natural que se ha cumplido en cierto grado en todas las sociedades que han poseído algún territorio.*” SMITH [1776], (2008), p. 488.

intervención del poder político en el curso del orden económico²³⁸. Finalmente, lo utiliza para dar cuenta de la causalidad amplia que hemos identificado anteriormente, esto es, una idea de ocurrencia ordinaria o normal de los fenómenos, según un patrón más o menos predecible, que corresponde a la acepción que Smith recoge cuando se refiere al “*curso natural de las cosas*”²³⁹. Por otra parte, la atribución del calificativo natural a determinado evento o conjunto de eventos con esta amplia vinculación de causalidad no es producto de la repetición de algún dogma abstracto sobre qué ordenes son naturales, sino que fruto tanto de la observación y experiencias procesadas por la mente humana como de los acontecimientos del mundo exterior. De allí que lo que resulta natural para un determinado observador puede legítimamente no serlo para otro cuyas experiencias son diversas. La tarea del filósofo, que Smith entiende como la de “*no hacer nada pero observarlo todo*”²⁴⁰, será entonces agrupar y conjugar las experiencias que ordinariamente tienen distintos grupos de personas y reservar el calificativo de ‘natural’ sólo para aquellos eventos o cursos de eventos que sean naturales para el universo más amplio posible de individuos²⁴¹.

A esta altura aparecerá evidente entonces que, por las razones metodológicas y de concepciones científicas expuestas, el enfoque liberal clásico se diferencia en importantes aspectos de la mirada más convencional en derecho y economía de la competencia. Otro sustento de la economía neoclásica es el *homo æconomicus*²⁴², lo que hace oportuno revisar la concepción de individuo en los autores liberales clásicos.

²³⁸ Así, cuando expresa que “[A]unque este orden natural de las cosas debe haber regido en cierto grado en todas las sociedades, ha sido en muchos aspectos radicalmente invertido en los modernos estados de Europa” SMITH [1776], (2008), p. 489.

²³⁹ SMITH [1776], (2008), p. 488.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 40

²⁴¹ FLEISCHACKER (2005), pp. 30-31.

²⁴² V. *supra* 1.2.1.(i), ‘La Escuela de Chicago’.

2.2. La concepción liberal clásica de individuo

En toda filosofía moral o política se encuentra con mayor o menor elaboración alguna teoría de la naturaleza humana. Algunas de ellas ponen el acento en la racionalidad, otras en las emociones. Algunas establecen diferencias entre la naturaleza del hombre y la de otros animales, otras no. Unas establecen un vínculo entre la naturaleza humana con alguna divinidad, otras con el placer, otras con la autonomía individual. Dichas teorías, en un sistema filosófico específico, cumplen básicamente dos funciones: (i) Fijan límites a lo que se puede esperar de los individuos entre sí (filosofía moral) o del gobernante hacia el pueblo (filosofía política), ya que sobre lo que está más allá de la naturaleza humana no pueden generarse expectativas; y (ii) A partir de lo anterior, contribuyen a establecer objetivos morales y políticos²⁴³.

Los autores liberales clásicos, a diferencia de muchos filósofos que les precedieron, no se interrogaron por la esencia de la naturaleza humana. Por el contrario, buscaron descubrir cuáles son nuestros verdaderos deseos más profundos, aquellos que incluso nosotros mismos puede que ignoremos, y qué motivaciones los hace surgir. ¿Qué disciplinantes de la naturaleza humana impiden que frente a motivaciones accidentales los deseos se transformen en acciones? La cuestión de la naturaleza humana no es meramente descriptiva (¿cuáles son nuestros deseos?), sino además normativa (¿qué deseos son contrarios a las virtudes del sistema filosófico?). Y, para la indagatoria sobre cuáles son los deseos, no parece suficiente descansar en evidencia empírica: no interesa únicamente aquello que los seres humanos desean o manifiestan desear en los hechos, información que podría adolecer de sesgos. Interesa saber también aquello que son capaces de desear en su contexto y qué desearían en un contexto más favorable o menos. Por ello la evidencia empírica requiere de alguna calificación o complemento²⁴⁴.

²⁴³ FLEISCHACKER (2005), p. 61.

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 61-63.

Según se apreciará, estos desarrollos se contraponen con el *homo œconomicus* y las preferencias reveladas, dos de los supuestos con los que trabaja la economía neoclásica. En lo que sigue se presentan el modelo de individuo humano en Hume y luego en Smith.

2.2.1. La compleja individualidad social del ser humano en D. Hume

Para Hume toda ciencia tiene una relación con la naturaleza humana, lo que justifica el estudio de ésta a partir del método empírico²⁴⁵. Dicho estudio provee los principios de la naturaleza humana cuya constancia en general se reconoce a partir de lo uniforme de las conductas de los individuos en todas las naciones y épocas²⁴⁶. No obstante, junto con la referida constancia, al mismo tiempo reconoce que el grado o forma en que dichos principios se expresan en un determinado contexto están profundamente influidos por el ambiente socio-económico, hábitos, costumbres y modales²⁴⁷.

Hume describe al individuo como un sujeto multi-dimensional con diferentes motivaciones, limitadamente racional, que adquiere conocimiento y determina su comportamiento como resultado de un proceso complejo, en definitiva, un modelo realista del individuo²⁴⁸ que permite explicar tanto conductas egoístas como otras basadas en una generosidad limitada.

²⁴⁵ ROTWEIN (1955) identifica en el pensamiento de Hume una ‘sicología económica’. El mismo autor expresará, “*Un interés explícito y profundo en la sicología es entonces una marcada característica del enfoque de Hume sobre las ‘ciencias morales’ en general, y esto es particularmente evidente en su análisis económico.*” ROTWEIN (1998), p. 692 § 3 *in fine*.

²⁴⁶ FLEISCHACKER (2005), pp.64-66 explica que la uniformidad del comportamiento humano y, de allí, el principio de constancia de su naturaleza, constituye para Hume un presupuesto metodológico –y no una constancia de hechos– que resulta necesario en la calificación de la evidencia recopilada según el método empírico. Cumple además la función de descartar relatos milagrosos o utópicos de sociedades pasadas integradas por individuos de infinito altruismo y desprovistos de ambición, avaricia o venganza.

²⁴⁷ SKINNER (2007), p. 180.

²⁴⁸ Desarrollos recientes han buscado confrontar el modelo de individuo humano en Hume con aquel –más sencillo– de la elección racional en economía neoclásica: “*Comparado con los tratamientos de la*

La indagación por las motivaciones económicas lleva a Hume a preguntarse por aquellos elementos de las pasiones humanas que inciden en el crecimiento económico de una nación, las que agrupa bajo la noción de ‘causas del trabajo’.

Éstas son, el deseo de consumo (*que denota todos aquellos deseos que pueden ser satisfechos por medio del consumo*), el deseo de acción (*referido a la búsqueda de una actividad desafiante o interesante en sí misma –característica de la que estarían dotadas las ‘profesiones de la industria’*), el deseo de vivacidad (*entendido como un entusiasmo o motivación intrínseca en la acción, sea en el ‘deseo de consumo’ o en el ‘deseo de acción’*), y el deseo de ganancia o lucro (*ganancia pecuniaria o resultado del éxito en el juego económico*)²⁴⁹.

Todos estos factores en conjunto –ninguno de ellos por sí solo– inciden en el crecimiento económico de una nación. Este carácter multi-dimensional de los estímulos conduce al individuo a ejecutar conductas instintivamente, sin mediar cálculos precisos en cada una de sus acciones. Así concebido, se descarta un hedonismo psicológico en Hume y de la misma manera se excluye en este autor toda posición que defienda una identificación automática de la riqueza con el bienestar²⁵⁰.

motivación económica por los economistas (que comúnmente atribuyen al deseo de consumo un énfasis exclusivo o muy preponderante), una característica notable del enfoque de Hume es su multidimensionalidad”. ROTWEIN (1998), p. 693 § 3. “[L]a dimensión colectiva del aprendizaje, y más precisamente [...] la manera en que los procesos individuales y colectivos se combinan [implica que], desde la perspectiva de un modelo refinado, menos racionalista, y más realista del individuo humano, debe enfatizarse que el desarrollo de las facultades individuales y la adquisición de conocimiento no consisten en procesos puramente independientes y aislados”, MARCIANO (2006), pp. 380-381.

²⁴⁹ ROTWEIN (1998), p. 693. SKINNER (2007) p. 180.

²⁵⁰ “Este carácter multidimensional se encuentra también en la crítica de Hume a la doctrina del hedonismo psicológico. En relación a esto, argumenta que además de buscar placer, el hombre es guiado por una variedad de ‘instintos’ que le llevan a hacer cosas por el solo gusto de hacerlas, y por tanto, no le conducirán a actuar en su mejor interés propio. De este modo, la posición de Hume excluye cualquier simple identificación de la riqueza con el bienestar.” ROTWEIN (1998) p. 693. En términos más explícitos del mismo Rotwein: “los individuos son en gran medida atraídos directamente por los objetos y

En la base del modelo de individuo humano que sirve para explicar las causas del crecimiento económico, existen fundamentos epistemológicos, entre los que se incluye: (i) una racionalidad limitada y subjetiva del ser humano, (ii) un mecanismo asociativo de cognición y, (iii) un proceso de comprensión colectivo y comunicativo.

En primer término, la racionalidad del individuo se encuentra doblemente limitada: por una parte, por la capacidad acotada para computar datos y, por la otra, por la insuficiencia de recursos para determinar y responder al cálculo racional²⁵¹. La racionalidad además es subjetiva por la circunstancia de que toda forma de conocimiento tiene un antecedente en los sentidos o experiencia del individuo²⁵².

En segundo lugar, el individuo adquiere el conocimiento producto de un proceso complejo de carácter asociativo en que se involucran las miradas retrospectiva (la memoria) y prospectiva (la imaginación). Así, la percepción de la realidad externa no es mera percepción, sino una interpretación que involucra un proceso de selección y filtro de las percepciones y la asignación a las mismas de un marco de referencia, en base a la memoria, y que puede ser complementado por la imaginación, esta última, limitada a su vez por el conocimiento previo²⁵³.

actividades; el placer es un acompañante, no la causa de su búsqueda”, citado por VELK (2004), pp.7-8. VELK y RIGGS (1985) pp. 156-157. MARCIANO (2006), p. 383.

²⁵¹ MARCIANO (2006) pp. 372, 375. MACKAAY y ROUSSEAU (2008) pp. 29 y ss.

²⁵² MARCIANO (2006) pp. 374-375. Es decir, en la disyuntiva de negar toda realidad objetiva que no se funde en los sentidos (subjetivismo sensitivo) y reconocer como realidad objetiva todo aquello que puede ser moldeado por la razón como realidad objetiva (objetivismo racionalista), Hume se ubica en un punto intermedio al admitir la existencia de una realidad objetiva, pero a la vez sosteniendo que ésta es dependiente de la percepción subjetiva de los individuos.

²⁵³ MARCIANO, A. (2006), pp. 376-380.

En tercer lugar, el conocimiento se realiza en una dimensión social²⁵⁴. Es en la interacción entre individuos en donde se hace posible la comprensión, en virtud del principio de comunicación denominado empatía (*sympathy*), que brinda al individuo información sobre experiencias ajenas y, muy particularmente, sobre qué sintieron quienes las experimentaron. Es en esta dimensión social y en virtud de la empatía que el conocimiento se homogeniza y emergen reglas necesarias para la interacción repetida²⁵⁵.

Del modo expuesto, el modelo de individuo en Hume es epistemológicamente complejo, responde a un conjunto diverso de motivaciones y se encuentra en la base de su teoría del desarrollo económico y el surgimiento de una sociedad comercial. Tal como se expondrá, son también elementos de la naturaleza humana (su egoísmo y su generosidad limitada) los que explican, en parte, el surgimiento de las convenciones de justicia²⁵⁶. Todo lo anterior parece más complejo y realista que el *homo œconomicus*.

2.2.2. La naturaleza humana compleja en A. Smith

Una antigua disputa en la academia germana dividió a los autores en cuanto a si la concepción de individuo en RN (supuestamente basada en el interés propio) contradecía o no aquella de TSM (supuestamente basada en la empatía (*sympathy*))²⁵⁷. En general, la mayoría de la literatura especializada hoy entiende esta controversia superada²⁵⁸ y, en lo que a naturaleza humana se refiere, considera que se trata de una misma en TSM y RN –

²⁵⁴ “No es posible disociar el acto cognitivo individual del social” *Ibidem*, p. 384.

²⁵⁵ *Ibidem*, pp. 380-384.

²⁵⁶ V. *infra*, 2.7.

²⁵⁷ MESTMÄCKER [1984] (1986), p. 64, hace remontar lo que se conoció como ‘Das Adam Smith Problem’ a trabajos de Oncken de fines del siglo XIX. Coincidentemente, MONTES (2006), p. 11, describe que economistas alemanes de la escuela histórica en la segunda mitad del siglo XIX se preguntaron cómo era posible que Smith hubiera escrito dos libros tan distintos. “En RN se defendía la concepción del interés propio y en TSM el concepto de simpatía. El homo economicus descansa en un ser humano egoísta y el homo moralis en un ser benevolente”. V. además MONTES (2003).

²⁵⁸ ASHRAF *et al*, (2005), p. 131, n.1. Cfr. MONTES (2006), p. 11, para quien el debate mantendría aún un ‘activo interés intelectual’.

no basada exclusivamente en el auto-interés²⁵⁹– o bien, que TSM y RN describen aspectos complementarios de la naturaleza humana, al ser el individuo expuesto a esferas más íntimas (familia, amistades, comunidad) en TSM, y más impersonales (sociedad comercial) en RN²⁶⁰.

Se recoge aquí, en general, la línea de quienes plantean que, el modelo de individuo en Smith está sujeto a un conjunto complejo de motivaciones, no únicamente económicas²⁶¹, tal como hizo Hume en TNH. En este sentido, se ha expresado: “*Smith cree que las personas están motivadas tanto por el amor propio como por la benevolencia, y que son capaces de controlar sus propias emociones de diversas maneras, y de compartir sus emociones con otros, por medio del proceso de proyección imaginaria que denomina ‘empatía’ (sympathy)*”²⁶².

Previo a considerar los extremos del amor-propio y de la benevolencia, es importante consignar que para Smith el individuo tendría una capacidad de adoptar una posición imparcial frente a su amor-propio o su interés involucrado en situaciones que le afectan. Esta habilidad para desdoblarse y adoptar la posición de la conciencia individual, o de las creencias compartidas de la comunidad o de los valores universales comunes, es la base conceptual del ‘espectador imparcial’ en que funda su teoría moral. El espectador imparcial actúa como mecanismo disciplinante de comportamientos que violan normas

²⁵⁹ FLEISCHACKER (2005), pp. 84-100. Cfr. PAGANELLI (2008) para quien la naturaleza del individuo en ambos libros se basaría en el auto-interés, sólo que ella sería disciplinada por mecanismos naturales en TSM e institucionales en RN.

²⁶⁰ Smith toma de los estoicos y de su maestro Hutcheson la idea de que las inclinaciones benevolentes de los individuos van disminuyendo mientras más se van distanciando de los círculos más íntimos de seres queridos, familia, amistades, conocidos, etc. FLEISCHACKER (2005), p. 67.

²⁶¹ HAAKONSSSEN (1981), pp. 183-184, quien argumenta en contra de una interpretación materialista/determinista de Smith acerca de las motivaciones del individuo. Cfr. STIGLER (1975), p. 237, “*La Riqueza de las Naciones es un magnífico palacio construido sobre el granito del interés propio*”. La Escuela de Chicago (Stigler, Becker, Posner) hizo una lectura de Smith diferente de la que hicieron sus predecesores (Knight, Viner, Coase) con impacto en la concepción del individuo. MEDEMA (2007) pp.6-8.

²⁶² FLEISCHACKER (2005), p. 66.

de justicia o vínculos de benevolencia y que son el resultado de excesos de interés propio. Mientras que en TSM el espectador imparcial constituye más bien un constructo intelectual, en RN se institucionaliza en parte, en los organismos de gobierno y los tribunales de justicia, de allí la importancia de la imparcialidad de éstos (esto es, ausencia de conflictos de intereses)²⁶³.

Otra cuestión general es la influencia de los factores de contexto social, cultural, político e histórico en la naturaleza humana. Al igual que Hume, Smith parte del presupuesto metodológico de la universalidad y uniformidad de la naturaleza humana y de la moral²⁶⁴, pero esto no constituye una afirmación ni conclusión de la realidad que estudia. Por el contrario, dedica la quinta parte de TSM a la *'influencia de la costumbre y de la moda en los sentimientos de aprobación y desaprobación moral'*. Y tanto en RN como en LJ muestra cómo diferentes arreglos institucionales (legislación y derecho, instituciones políticas, costumbres, etc.) van moldeando los atributos de las sociedades y de sus miembros en diferentes épocas históricas²⁶⁵. Ahora, esto último tampoco importa un absoluto determinismo de los elementos de dichos contextos o que éstos se impongan radicalmente a la voluntad individual poniendo en entredicho el principio de

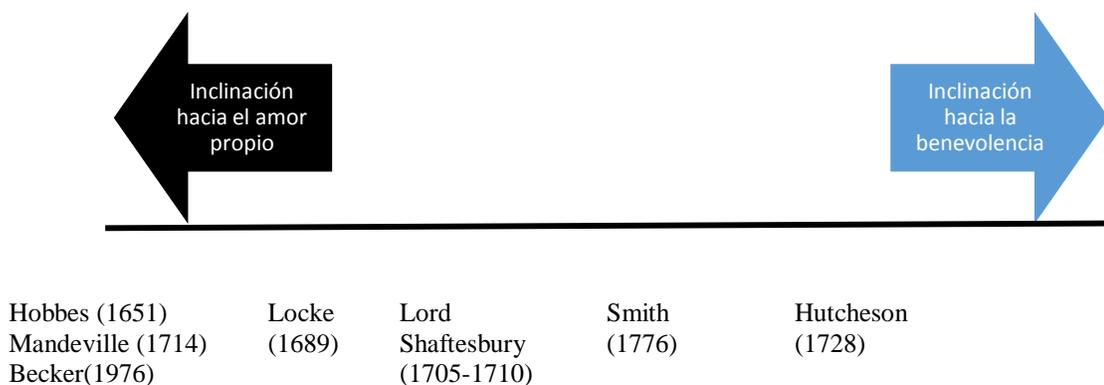
²⁶³ RAPHAEL (2009), *passim*. En este sentido, el sistema de la libertad natural (o el mercado), por oposición al mercantilismo y al régimen feudal, quizás también podría considerarse un ideal promovido por el espectador imparcial, a fin de contener los excesos de interés propio de los favorecidos por el feudalismo y el mercantilismo. En el sentido del mercado como regulación del auto-interés, SAMUELS (1977), p. 196.

²⁶⁴ Esto es, para descartar que haya existido edad dorada de individuos infinita y exclusivamente altruistas, o estado de naturaleza hobbesiano y, para evaluar la evidencia que recopila aplicando su empirismo histórico.

²⁶⁵ FLEISCHACKER (2005), pp. 80-82, 65. Así, p. ej., al contrastar las mayores restricciones monopólicas al comercio colonial de España y Portugal frente a una mayor libertad de comercio en Inglaterra y Holanda y, para probar que rentas anormales del monopolio conducen a gastos dispendiosos de los monopolistas y en definitiva a destrucción del capital (idea similar a la teoría de la ineficiencia-x que formuló Leibenstein en 1966), Smith señala: *"Si se comparan los usos comerciales de Cádiz y Lisboa con los de Amsterdam se observa cuán diversa es la reacción de la conducta y personalidad de los comerciantes ante los beneficios del capital elevados y reducidos"*. SMITH [1776], (2008), p. 605. Para una comparación entre ciudades de diverso contexto económico (comercial e industrial vs. gubernamental) y el impacto de ello en las virtudes (laboriosas, sobrias y prósperas) vs. los vicios (perezosas, disolutas y pobres) de los habitantes más modestos en cada una de ellas, *ibídem* p. 431.

uniformidad de la naturaleza humana, sino que Smith da a entender que la naturaleza humana en concreto, el carácter de los miembros de una nación, es producto de una combinación de dicha uniformidad de principio y de los elementos de contexto que la van moldeando²⁶⁶.

Yendo al amor-propio y al auto-interés –que tan directamente se asocia con Adam Smith y con RN– Fleischacker ha mostrado que por razones históricas, metodológicas y de texto, cabe descartar que en RN Smith conciba al individuo como motivado exclusiva y permanentemente por su interés propio²⁶⁷. Históricamente, el amor-propio y el auto-interés como motivaciones de la acción humana opuestas a la benevolencia no constituyen una idea nueva introducida por Adam Smith. Autores que lo antecedieron la plantearon de manera más enfática y explícita, y su maestro Hutcheson le dio aún menos importancia relativa. Un cuadro permite ilustrar qué tan apartados de los extremos opuestos de amor-propio o auto-interés y benevolencia se sitúa el modelo de individuo en diversos autores. La posición de Smith queda en un punto medio:



Fuente: Elaboración propia a partir de FLEISCHACKER (2005), pp. 84-85

²⁶⁶ FLEISCHACKER (2005), p. 82.

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 82-100.

Históricamente además, no fueron los primeros lectores de RN quienes sostuvieron que el auto-interés fuera la motivación exclusiva y permanente del individuo en dicha obra, sino que fue una tesis que comenzó a divulgarse en el siglo XIX²⁶⁸, de manera coetánea con las lecturas pro-laissez-faire que en ese entonces se hizo de los autores liberales clásicos.

Metodológicamente, Fleischacker da a entender que la presentación de individuos primordialmente auto-interesados en RN podría constituir un elemento o supuesto de la argumentación en el discurso de Smith, quien busca criticar los abusos de la razón –en especial los del gobernante; denunciar sus sospechas frente al hombre de espíritu público –es esta disposición la que se opone al interés propio, no la benevolencia privada; dar a entender que en esferas más impersonales, como son las interacciones en los mercados, el interés propio de un individuo contrarresta el interés propio de los demás; que la benevolencia general no es una motivación suficiente para el comercio; y, que si en la sociedad comercial hay un mayor ámbito de libertad, es porque siguiendo la referida motivación como supuesto, no existe una predeterminación arbitraria de la persona del co-contratante²⁶⁹.

Finalmente, desde el punto de vista de los textos, Fleischacker brinda una interpretación particular de los dos pasajes de RN más recurrentemente citados en favor de la tesis del interés propio exclusivo y permanente: sobre la inclinación personal a mejorar la condición propia (i) y, sobre la parábola del carnicero –la apelación a su amor-propio y no a su benevolencia para materializar los intercambios (ii).

²⁶⁸ *Ibidem*, pp.86-87.

²⁶⁹ *Ibidem*, pp. 97-100.

(i) En el tercer capítulo del Libro II de RN, que trata “*de la acumulación del capital, o del trabajo productivo e improductivo*”²⁷⁰, Smith busca mostrar que el aumento en el capital (o riqueza), ya sea individual o colectivo, requiere que el trabajo productivo (el que aumenta el valor del objeto al que se incorpora) sea mayor que el trabajo improductivo (no aumenta valor, no se incorpora a ningún objeto, perece en el mismo instante de su producción). El primer tipo de trabajo responde a la inversión del capital y es preponderante en ciudades comerciales e industriales mientras que, el segundo, responde a los gastos de los ingresos públicos y privados y es preponderante en ciudades con mayor actividad gubernamental que privada²⁷¹. Pero para la acumulación de capital, no basta con la relación entre trabajo productivo e improductivo en el sentido indicado, sino que la frugalidad y sobriedad debe ser capaz de ahorrarlo²⁷². A partir de lo anterior, Smith efectúa una apología de la frugalidad y una crítica contra el derroche²⁷³. Y, en tanto que la actitud frugal es más constante y generalizada en los individuos, debiendo ella ser protegida por la ley y siendo fruto de un ejercicio provechoso de la libertad, la prodigalidad de algunos goza de mecanismos naturales de compensación (la frugalidad de los demás) y, por tanto, no justifica la intervención pública en las decisiones de gasto privado (p.ej. prohibiendo la adquisición de bienes suntuarios)²⁷⁴.

Es en relación con estos desarrollos y, para explicar qué hace a los individuos adoptar un comportamiento frugal y sobrio que los lleva a ahorrar, que Smith se refiere al ‘*deseo de mejorar nuestra condición*’, al ‘*esfuerzo uniforme, constante e ininterrumpido de cada persona en mejorar su condición*’²⁷⁵. ¿Tiene en mente un individuo egoísta?

²⁷⁰ SMITH [1776], (2008), pp. 424-448.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 431.

²⁷² “*La causa inmediata del aumento del capital es la frugalidad, no el trabajo. El trabajo ciertamente suministra el objeto que la parsimonia acumula. Pero por mucho que consiga el trabajo, si la sobriedad no lo ahorra y acumula, el capital jamás podrá crecer*”. *Ibidem*, p. 433.

²⁷³ “*Todo pródigo es un enemigo público y todo hombre frugal un benefactor público*”. *Ibidem*, p. 437.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 444.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 438, 440, 444.

Fleischacker plantea que a lo anterior corresponde brindar la siguiente lectura, contraria por cierto a la que postula un interés propio exclusivo y permanente del individuo. Primero, que lo que se opone a la actitud frugal impulsada por el deseo de mejorar nuestra condición es la pasión por el placer presente. Es esta última la que conduce al derroche²⁷⁶. Segundo, que la mejora en la condición propia no se alcanza únicamente por la vía ‘vulgar y obvia’ del aumento de la fortuna personal: este aumento contará con aprobación social pero nada impide que el mismo conduzca al derroche. Por el contrario, Fleischacker remarca que la lectura adicional que debe darse a este ‘esfuerzo por mejorar la propia condición’ es –con auxilio de pasajes de TSM– una interpretación de la búsqueda del desarrollo moral del individuo, conducente a la moderación, contención y armonía para con las propias pasiones y que gozará de aprobación moral²⁷⁷.

La lectura de Fleischacker es interesante pero obliga a recurrir a TSM o incluso a ideas de la sociología moderna como son el capital humano, el capital social o el capital cultural. Tampoco se hace cargo del último párrafo del respectivo capítulo donde Smith contrapone un gasto improductivo pero benevolente hacia las amistades (hospitalidad) con un gasto productivo en bienes durables para sí mismo, que el propio Smith califica de ‘mezquino y egoísta’. Es decir, si bien Fleischacker no logra descartar que en estos desarrollos Smith tenga en mente un individuo motivado por su interés propio, compartimos lo que afirma en cuanto a que nada en este capítulo permite fundamentar que las personas se comportan constante y exclusivamente motivadas por el auto-interés material.

²⁷⁶ FLEISCHACKER (2005), pp. 87-88.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 88-89.

(ii) La parábola del carnicero, en el capítulo 2 del Libro I, es una de las citas más recurrentes de RN: “*No es la benevolencia del carnicero, el cervecero, o el panadero lo que nos procura nuestra cena, sino el cuidado que ponen ellos en su propio beneficio. No nos dirigimos a su humanidad sino a su propio interés, y jamás les hablamos de nuestras necesidades sino de sus ventajas*”²⁷⁸. El párrafo se encuentra en un segundo capítulo destinado a explicar la división del trabajo, primer tema abordado en RN y que Smith concibe como una consecuencia no intencionada de la acción humana, en especial, de su naturaleza propensa a ‘trocar, permutar y cambiar una cosa por otra’²⁷⁹ la que, a su vez, probablemente sea una ‘consecuencia necesaria de las facultades de la razón y el lenguaje’²⁸⁰. Precediendo al párrafo en cuestión hay importantes referencias a la necesidad de ‘cooperación y ayuda de grandes multitudes’ y de la posibilidad de alcanzar la ‘amistad de un puñado de personas’ en la sociedad civilizada. Lo que indica a continuación es que la referida ayuda de sus semejantes será “*inútil esperarla exclusivamente de su benevolencia*” si no que será mejor que intente “*dirigir en su favor propio el interés de los demás, y mostrarles que el actuar según él demanda redundará en beneficio de ellos*”²⁸¹. ¿Tiene en mente Smith un individuo egoísta?

Fleischacker descarta que este texto tenga un alcance descriptivo (‘los hombres son siempre movidos por su interés propio’, à la Mandeville o à la Becker) o normativo (‘los hombres deben conducirse de manera auto-interesada’). Por el contrario, sostiene que de lo que trata esta parábola es de nuestra capacidad para interactuar con el auto-interés de los demás y para no centrarnos sólo en nuestro interés. Ella busca superar la

²⁷⁸ SMITH [1776], (2008), p. 46.

²⁷⁹ “*Y así, la certeza de poder intercambiar el excedente del producto del propio trabajo con aquellas partes del producto del trabajo de otros hombres que le resultan necesarias, estimula a cada hombre a dedicarse a una ocupación particular, y a cultivar y perfeccionar todo el talento o las dotes que pueda tener para ese quehacer particular*”. *Ibidem*, p. 47.

²⁸⁰ “*Nadie ha visto jamás a un perro realizar un intercambio honesto y deliberado de un hueso por otro con otro perro*”. *Ibidem*, p. 45.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 45.

idea de una guerra hobbesiana permanente en la competencia por los recursos, y con ello dar pie a espacios de cooperación mutua. Lo que Smith buscaría en este capítulo, es establecer un vínculo entre la propensión natural a la cooperación mediante el comercio, la relación entre el comercio y el lenguaje. La legitimación del comercio se debe a que no solo posibilita la paz entre naciones sino que además sienta las bases morales de la libertad individual y del respeto mutuo²⁸².

Con más sólidos fundamentos que frente al primer texto, lo que mejor muestra Fleischacker es que nada hay acá que nos describa un individuo exclusiva y permanentemente impulsado por su interés propio. No obstante y, siendo consecuente con el valor que Smith asigna a la influencia del contexto socio-cultural en moldear la naturaleza humana, no es posible descartar absolutamente la necesidad de un comportamiento preponderantemente auto-interesado de los individuos en sociedades comerciales concretas que promuevan valores semejantes.

De este modo, una visión simplista del individuo humano en Smith, como impulsado sólo por su interés propio material se puede descartar.

Para terminar, dos características generales de la naturaleza humana en Smith. Primero, la igualdad natural entre ‘personas totalmente distintas’, en contraposición a las diferencias entre ellas que provienen del medio social (‘hábito, costumbre, educación’)²⁸³. Segundo, las limitaciones cognitivas de los individuos, las que reflotan, en general, como parte de sus críticas a las acciones presuntuosas de los gobernantes y de otros individuos con poder. Sobre esta última volveremos al tratar del repudio a las diversas formas de poder público y privado²⁸⁴. En cuanto a la igualdad natural entre

²⁸² FLEISCHACKER (2005), pp.90-94, 103.

²⁸³ SMITH [1776], (2008), p. 47.

²⁸⁴ V. *infra* 2.5.

individuos que Smith describe, a partir de ella Fleischacker ha elaborado la más reciente y completa lectura descriptiva y normativamente igualitarista por lo que nos remitimos a su trabajo, sin referirlo sistemáticamente acá²⁸⁵.

Las presentaciones hechas aquí del modelo de individuo en Hume y en Smith son útilmente sintetizadas por **Hayek** para contraponer la tradición liberal clásica con la tradición racionalista continental: *“Las teorías del diseño racionalístico se basaron necesariamente en el supuesto de la propensión del individuo hacia la acción racional y su inteligencia natural y el bien. La teoría evolucionaria, por el contrario, mostró cómo algunos arreglos institucionales podrían inducir al hombre a usar su inteligencia en el mejor propósito y, cómo las instituciones podrían ser moldeadas de un modo tal que las malas personas pudieran hacer el menor daño ... Incluso aquel celebrado artificio conocido como el ‘hombre económico’ no constituyó un elemento original de la tradición evolucionaria Británica. Sólo sería una pequeña exageración decir que, en la mirada de esos filósofos británicos, el hombre era por naturaleza flojo e indolente, despreocupado y derrochador, y que sólo por la fuerza de las circunstancias había llegado a comportarse económicamente o había aprendido a ajustar cuidadosamente sus medios a sus fines. El homo œconomicus junto con todo lo demás que pertenece a la tradición racionalista –y no a la evolutiva– fue explícitamente introducido, sólo por el más joven de los Mill”*²⁸⁶.

La revisión de las concepciones sobre la naturaleza humana en los autores liberales clásicos y su confrontación con el modelo de individuo en la teoría de la elección racional permiten cerrar el círculo que comenzamos a trazar en la introducción. Señalamos allí que los rasgos comunes del derecho y la economía de la competencia hoy permitían, por una parte, establecer un nexo intelectual entre los desarrollos post-

²⁸⁵ FLEISCHACKER (2005), pp.73-80, 203 y ss. FLEISCHACKER (2006)

²⁸⁶ HAYEK [1960], (2006), pp. 54-55.

Chicago en economía y los autores liberales clásicos relativamente más estrecho que el que podría pretenderse entre dichos desarrollos y la teoría de precios neoclásica de Chicago; y, por la otra, que los referidos rasgos comunes generaban inquietudes para un enfoque liberal clásico²⁸⁷.

En cuanto al diálogo de los autores liberales clásicos con desarrollos contemporáneos en materia de concepción de la naturaleza humana, la literatura ha identificado que el concepto de racionalidad limitada y el estudio experimental de los sesgos por la economía del comportamiento tienen un estrecho vínculo con el modelo de individuo que Smith presenta en TSM²⁸⁸. Asimismo, de manera más general, la utilización del método experimental en laboratorios para el estudio de la conducta individual en diversos contextos ha permitido confirmar muchas de las intuiciones de los autores liberales clásicos²⁸⁹.

En lo referido a las inquietudes, la literatura ha formulado la siguiente observación a la utilización del *homo oeconomicus* de la teoría de la elección racional: Los modelos de la economía neoclásica se inspiraron en los de la física. Una diferencia importante entre las partículas en el ámbito de la física y los individuos en el ámbito social es que, en el segundo, los individuos que tienen influencia en moldear la realidad tratan de imitar los modelos (p.ej. “*los gerentes hablan de maximizar beneficios, los políticos pretenden maximizar el bienestar social, y los consumidores defienden sus gastos con referencia a preferencias que constituyen un orden ‘transitivo, reflexivo y completo’*”²⁹⁰). Es decir, a diferencia de la física, los modelos en ciencias sociales (entendiendo que la economía es eso y no matemática aplicada) tienen importantes chances de repercutir en la realidad

²⁸⁷ V. *supra* 1.2.1.(i)

²⁸⁸ V. ASHRAF *et al*, (2005)

²⁸⁹ Una reciente revisión de la literatura en este punto en PAGANELLI (2015) pp. 7-8.

²⁹⁰ HOLLER (2007), p.3.

que buscan representar²⁹¹. Y, entonces, si la conducta que en los hechos se aparta de la predicción del modelo va a ser calificada de irracional, lo que aparecía y se defendía como meramente descriptivo, se vuelve normativo²⁹². La economía deja entonces de ser una teoría social para convertirse en una teoría de la elección racional²⁹³.

Con todo, frente a estas inquietudes parece importante distinguir entre dos cuestiones. Por una parte, están los aspectos descriptivos y normativos de una teoría contemporánea de la naturaleza humana –con uniformidades pero a la vez influida por el contexto institucional formal e informal según enseñan los liberales clásicos. Sobre esto, si sujetos influyentes en una sociedad promueven que los individuos son y deben estar exclusivamente motivados por su interés propio, es altamente probable que así termine siendo (o que el resultado sea más próximo a eso que al de la realidad no influida de ese modo)²⁹⁴. Pero una cuestión diferente es determinar cuáles son los supuestos más convenientes que resulta útil adoptar a la hora de diseñar buenas instituciones formales. Para esto último, no parece desaconsejable asumir los peores vicios del individuo: el gobernante más tirano, el empresario más siniestro, el tecnócrata más sesgado²⁹⁵. Debiendo en todo caso conjugarse lo anterior con que cualquiera de nosotros podría caer en el auto-engaño y encontrarse en esa posición, a la manera del velo de la ignorancia rawlsiano.

²⁹¹ *Ibidem*

²⁹² STUCKE (2007), p. 38, afirma: “Cuando los adherentes (o detractores) de la teoría de la elección racional caracterizan la conducta como ‘irracional’ porque ella se desvía de la predicción de resultados de la teoría, entonces se han pasado de una teoría descriptiva a una normativa”. El problema pasa a ser entonces la exclusión de otros valores normativos para la realidad social que se estudia y la eventual imposición sin legitimidad democrática de un valor normativo en específico.

²⁹³ PAGANELLI (2015) p.6, con referencia a publicaciones de Richard Wagner, Vernon Smith y Roger Backhouse & Steven Medema.

²⁹⁴ STOUT (2010) p. 233 y ss.

²⁹⁵ POPPER [1945] (1985) p. 322. La auténtica cuestión central en la política es, sostiene, “¿De qué modo podemos organizar las instituciones políticas a objeto de evitar que gobernantes malvados o incompetentes estén privados de la posibilidad de hacer mucho daño?”

Un tercer pilar del enfoque liberal clásico se elabora a partir del estudio de las nociones que estos autores tuvieron de los mercados y de la competencia. En esto también es posible establecer vínculos con los desarrollos contemporáneos en economía de la competencia e identificar inquietudes.

2.3. La utilidad, el crecimiento y la redistribución en un enfoque liberal clásico y su función para una teoría de la justicia

2.3.1. Utilidad, crecimiento y redistribución en Hume

Hume establece un claro vínculo jurídico-económico al hacer de la escasez – elemento tradicionalmente entendido como objeto de estudio de la economía²⁹⁶– una de las causas del surgimiento de la justicia²⁹⁷. La preocupación de Hume por superar la escasez por medio del crecimiento y el desarrollo económico es una constante en sus Discursos Políticos que condensan buena parte de su economía política²⁹⁸. Pero la idea ya se encuentra en el TNH asociada a los antecedentes en el surgimiento de la justicia: *“el incremento de los ‘bienes externos’ es la principal ventaja para la sociedad,*

²⁹⁶ La concepción de la economía como disciplina que más se centra en este elemento, probablemente, es la de L. Robbins quien propone una definición “analítica” que “no persigue capturar ciertos tipos de comportamiento, sino que se enfoca en un aspecto particular del comportamiento, la conducta impuesta por la influencia de la escasez”. En este sentido, la “[E]conomía es la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre objetivos y medios escasos y de uso alternativo” y “[e]l economista estudia la asignación de medios escasos”, ROBBINS [1932] (1984) pp. 15-17.

²⁹⁷ V. *infra* 2.7.

²⁹⁸ Para Rotwein, Hume escribe sus ensayos económicos en un contexto de controversia y debate buscando exponer su posición y rectificar aquellos que consideraba errores del pensamiento económico de su tiempo. A pesar de la variedad de temas abordados en los ensayos la cuestión central en ellos es si acaso las variadas creencias comúnmente aceptadas siguen o no siguen siendo válidas al ser examinadas a la luz del desarrollo económico y de los factores –psicológicos y de otro carácter– a los cuáles éste se asocia. ROTWEIN (1955), p. liv. Así, p. ej., para controvertir la concepción mercantilista (según la cual en comercio internacional es necesaria la protección para que la expansión externa no socave el empleo nacional y el desarrollo de la industria local), Hume seguirá también un enfoque de desarrollo económico como principal base de análisis, desvirtuando la creencia de que las oportunidades económicas del mundo se encuentran rígidamente limitadas, creencia de los mercantilistas. *Ibidem*, p. lxxiii

mientras que la inestabilidad de su posesión y su escasez es el principal impedimento para la vida en común”²⁹⁹.

Según se aprecia de lo anterior, para Hume lo que se opone a la ‘principal ventaja para la sociedad’ (esto es, el crecimiento) no es sólo la escasez sino, antes que ello, la ‘inestabilidad de las posesiones’, circunstancia que las reglas de justicia, fundadas en convenciones sobre la estabilidad de las posesiones, están llamadas a superar³⁰⁰.

Las causas determinantes del crecimiento económico están asociadas a determinados deseos psicológicos o ‘causas del trabajo’. Estos se traducen externamente en usos, hábitos, carácter, y costumbres de los miembros de la comunidad, quienes los adquieren en el intercambio comercial, particularmente interactuando con extranjeros como fruto de la libertad de comercio³⁰¹. Es el surgimiento de una clase media comerciante lo que

²⁹⁹ “[T]he enjoyment of such possessions as we have acquir’d by our industry and good fortune [or ‘external goods’] [...] are both expos’d to the violence of others, and may be transferr’d without suffering any loss or alteration; while at the same time, there is not a sufficient quantity of them to supply every one’s desires and necessities. As the improvement, therefore, of these goods is the chief advantage of society, so the instability of their posesión, along with their scarcity, is the chief impediment”. HUME [1739-1740] (2001), p. 313, (3.2.2.7).

³⁰⁰ Sobre el surgimiento de estas convenciones, v. *infra*, 2.7. El rol fundamental de las reglas que se encuentra en Hume, permite situarlo entre los antecedentes del desarrollo de la línea Institucional en economía, en el s. XX.

³⁰¹ “Foreign trade, by its imports, furnishes materials for new manufactures; and by its exports, it produces labour in particular commodities, which could not be consumed at home. In short, a kingdom, that has a large import and export, must abound more with industry, and that employed upon delicacies and luxuries, than a kingdom which rests contented with its native commodities. It is, therefore, more powerful, as well as richer and happier. The individuals reap the benefit of these commodities, so far as they gratify the senses and appetites.” “If we consult history, we shall find, that, in most nations, foreign trade has preceded any refinement in home manufactures, and given birth to domestic luxury. [...] Thus men become acquainted with the pleasures of luxury and the profits of commerce; and their delicacy and industry, being once awakened, carry them on to farther improvements, in every branch of domestic as well as foreign trade. And this perhaps is the chief advantage which arises from a commerce with strangers. It rouses men from their indolence; and presenting the gayer and more opulent part of the nation with objects of luxury, which they never before dreamed of, raises in them a desire of a more splendid way of life than what their ancestors enjoyed. And at the same time, the few merchants, who possess the secret of this importation and exportation, make great profits; and becoming rivals in wealth to the ancient nobility, tempt other adventurers to become their rivals in commerce. Imitation soon diffuses all those arts; while domestic manufactures emulate the foreign in their improvements, and work

incide en la mejora de las instituciones del Estado y, en definitiva, en el crecimiento económico³⁰². Las fuerzas para el crecimiento económico vienen impulsadas desde los miembros de la comunidad, en ausencia de ellas, el gobernante no puede suplantarlas sino sólo crear las condiciones para que ellas surjan³⁰³.

De este modo, en el núcleo de la economía política de Hume, la historia natural del surgimiento y del progreso del comercio desempeña un rol preponderante. Como la explicación de Hume para dicho surgimiento y progreso se encuentra en la modificación de los hábitos de los miembros de la colectividad, se ha dicho que su pensamiento económico constituye una ‘economía del carácter’ de los pueblos³⁰⁴.

up every home commodity to the utmost perfection of which it is susceptible. Their own steel and iron, in such laborious hands, become equal to the gold and rubies of the INDIES”. HUME, [1752a] (1987), §II.I.14, §II.I.15.

³⁰² “[A] progress in the arts is rather favourable to liberty, and has a natural tendency to preserve, if not produce a free government. In rude unpolished nations, where the arts are neglected, all labour is bestowed on the cultivation of the ground; and the whole society is divided into two classes, proprietors of land, and their vassals or tenants. [...] But where luxury nourishes commerce and industry, the peasants, by a proper cultivation of the land, become rich and independent; while the tradesmen and merchants acquire a share of the property, and draw authority and consideration to that middling rank of men, who are the best and firmest basis of public liberty. These submit not to slavery, like the peasants, from poverty and meanness of spirit; and having no hopes of tyrannizing over others, like the barons, they are not tempted, for the sake of that gratification, to submit to the tyranny of their sovereign. They covet equal laws, which may secure their property, and preserve them from monarchical, as well as aristocratical tyranny.” HUME [1752b] (1987) § II.II.16. “El crecimiento del comercio lleva a la expansión de la clase comerciante – the ‘middling rank of men’ que ante todo está interesada en leyes uniformes que protejan su propiedad; y es este desarrollo [...] el que ha llevado al surgimiento del gobierno parlamentario y al respeto hacia la libertad individual que se le asocia. De este modo, Hume percibió el vínculo entre el crecimiento del individualismo económico y la libertad política que, desde entonces ha atraído tanta atención.” ROTWEIN (1998), p.695, §2. V. ROTWEIN (1955), p. ci-cii.

³⁰³ “Sovereigns must take mankind as they find them, and cannot pretend to introduce any violent change in their principles and ways of thinking. A long course of time, with a variety of accidents and circumstances, are requisite to produce those great revolutions, which so much diversify the face of human affairs. And the less natural any set of principles are, which support a particular society, the more difficulty will a legislator meet with in raising and cultivating them. It is his best policy to comply with the common bent of mankind, and give it all the improvements of which it is susceptible”, HUME, [1752a] (1987), §II.I.9.

³⁰⁴ ROTWEIN (1998), p. 693 § 3. SAKAMOTO, (2003), p.86.

La formación del carácter de una colectividad, en particular del carácter comercial, es consecuencia de un lento proceso de modificación de los hábitos y de las ‘causas del trabajo’. En este proceso, la exposición de los miembros de la comunidad a pueblos extranjeros mediante el intercambio comercial, constituye uno de los principales hitos. Esto porque mediante dicha exposición los miembros de la comunidad van accediendo a nuevos y mejores productos y conociendo mejores métodos para producirlos.

La referida exposición gatilla el deseo de consumo de bienes que satisfacen de mejor modo y a precios más bajos las necesidades de los miembros de la comunidad. Y si bien el proceso podrá fomentar la adquisición de bienes suntuarios o el gusto por el lujo, los aspectos negativos de esto son mínimos. La interacción, además, por vía de imitación, va haciendo que los –hasta ese momento pocos– miembros industriales de la colectividad vayan mejorando sus procesos de producción y manufactura. Por último, como fruto del proceso, esta nueva clase comercial e industrial empezará a exigir del gobernante reglas claras que aseguren a sus miembros la estabilidad y seguridad en sus posesiones. Del modo indicado, este proceso complejo va perfilando los contornos del principio de supremacía del derecho y gobierno de las reglas (*rule of law*) generando una ‘cadena indisoluble’ entre el proceso evolutivo –sicológico y económico– del crecimiento, y el jurídico-institucional de establecimiento de la supremacía del derecho³⁰⁵.

En cuanto a la redistribución de la riqueza, Hume en general se mostró contrario a ella por ser promovida por argumentos igualitarias basados en un racionalismo exacerbado pero sin atención a las posibilidades del mundo real. El igualitarismo, adicionalmente, afecta los incentivos individuales que impulsan la productividad, de allí que la considere “*extremadamente perniciosa para la sociedad humana*” y otorga al

³⁰⁵ V. *infra* 3.2.1.

gobernante poderes discrecionales “*que prontamente pueden degenerar en tiranía*”³⁰⁶. Adicionalmente, cabe considerar el argumento de lo impracticable de un sistema igualitarista desde el punto de vista de su administración. Hume, evidentemente, funda su posición en el contexto y la historia que le correspondió conocer. Un objetivo igualitarista quedaría descartado para Hume, en general, en todo contexto, salvo situaciones excepcionales que pusieran en riesgo la supervivencia humana. Pero en contextos diferentes a los que conoció Hume (mayor riqueza, mejor gobierno, administrabilidad de los programas), y a partir de una lectura desde la realidad contemporánea, establecer mecanismos redistributivos acotados ha sido entendido como compatible con su pensamiento³⁰⁷.

Lo anteriormente expuesto sobre crecimiento y redistribución en Hume, no debe llevar a concluir que concibió la justicia de modo instrumental, esto es, que las decisiones de justicia debieran estar encaminadas al incremento de la riqueza. Por el contrario, fue explícitamente contrario a una mirada consecuencialista de la administración de justicia: “*Un acto individual de justicia es frecuentemente contrario al interés público. [...] A pesar que en un caso lo público pueda ser afectado, esta afectación momentánea es ampliamente compensada por la constante aplicación de la regla y por la paz y el orden que ella establece en la sociedad*”³⁰⁸.

2.4. Teoría de la justicia y concepciones de derecho

2.4.1. Elementos de una teoría de la justicia en D. Hume

³⁰⁶ HARDIN (2005), pp.184-185

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 184-189

³⁰⁸ HUME [1739-1740] (2001), p. 319, (3.2.2.22).

(i) Introducción

Si bien Hume no llegó a desarrollar en propiedad un sistema o teoría del derecho natural (*natural jurisprudence*), una idea de justicia natural (como virtud artificial, según se expondrá luego), es central en su teoría política³⁰⁹.

La teoría de la justicia de Hume es elaborada, principalmente, a partir de sus escritos sobre filosofía moral contenidos en el TNH, Libro III, ‘De la Moral’ y, en su trabajo posterior denominado Investigaciones sobre la Moral (1751) –por lejos el producto de su obra más apreciado por el propio Hume. No obstante, otros trabajos como los Ensayos sobre Moral y sobre Política (1741-2, 1748), los Discursos Políticos (1752) y, su Historia de Inglaterra (1754-62) son también relevantes ya que, en cuanto complemento, brindan los elementos de contexto social e histórico evolutivo que caracterizan no solo la idea de justicia en Hume sino también su pensamiento económico³¹⁰.

Como es de suponer, las interpretaciones de estos textos no son pacíficas y se discute, por ejemplo, si en esta teoría de la justicia existe o no un proto-utilitarismo³¹¹, si tiene un acento racionalista-contractualista o más bien evolucionista y, en qué medida la justicia

³⁰⁹ HAAKONSSSEN (1981/1989), p. 1. “*La teoría de la justicia es de la mayor importancia en Hume y si bien nunca llega a proponer algo como un sistema de derecho natural [natural jurisprudence], está claro que la justicia natural ocupa un lugar muy central –acaso no el lugar central- en el conjunto de su teoría de la política*”.

³¹⁰ Son precisamente los elementos de contexto social e histórico los que desaparecen en el tránsito desde la economía política a la ciencia de la economía. V. MILONAKIS y FINE (2009)

³¹¹ Así, se ha sostenido que lo que plantea Hume en TNH, Libro III y en Investigaciones sobre la Moral es fundamentalmente diferente y que esto mostraría un desarrollo significativo en el pensamiento de Hume: Un cambio desde un interés en el individuo y sus acciones, en el primer trabajo, hacia un interés en los efectos sociales de sus acciones, en el segundo; cambio que sería visto como un paso importante hacia el utilitarismo de Bentham y los Mill. Sobre el desarrollo de esta discusión, HAAKONSSSEN (1981) pp. 4 a 7 y p. 15 n.37. Para este autor, se trataría sólo de un cambio de énfasis entre uno y otro trabajo, que no implica el abandono del interés en el individuo y su teoría de las pasiones y que responde a aspectos metodológicos de la ciencia social que Hume y Smith están construyendo, cuyo objeto de estudio es el individuo en su contexto social. Con todo, Haakonssen, a quien seguimos de cerca al exponer la teoría de la justicia en Hume, basa su trabajo principalmente en TNH, Libro III, si bien no prescinde totalmente de Investigaciones sobre la Moral.

según Hume constituye una virtud artificial y en qué medida constituye un elemento natural. La exposición aquí nos obliga a tomar posición más que a la exposición exhaustiva de estas discusiones.

(ii) Lo que hace la justicia necesaria

En primer lugar, al intentar aproximarnos a un concepto de justicia en Hume ésta aparece nítidamente como un ingrediente imprescindible en cualquier tipo de vida social que, a lo menos en un mínimo, debe encontrarse presente³¹². Originada en convenciones humanas, éstas son el resultado de la búsqueda de soluciones a controversias que se generan por la concurrencia de (i) ciertas características de la mente humana y (ii) la situación de los objetos externos. Las características de la mente humana son su egoísmo y su generosidad limitada. La situación de los objetos externos es la facilidad para su intercambio junto con su escasez en relación a las necesidades y deseos de las personas³¹³.

(iii) El origen de la justicia

Esta primera aproximación conceptual de la justicia lleva a Hume a elaborar una teoría sobre su origen, el que entiende convencional. Estas convenciones recaen

³¹² HAAKONSSSEN (1981), p.13. La misma idea encontraremos en Adam Smith. *Ibidem*, p.87.

³¹³ HUME [1739-1740](2001), p.317, (3.2.2.16), “*I have already observ’d, that justice takes its rise from human conventions; and that these are intended as a remedy to some inconveniencies, which proceed from the concurrence of certain qualities of the human mind with the situation of external objects. The qualities of the mind are selfishness and limited generosity: And the situation of external objects is their easy change, join’d to their scarcity in comparison of the wants and desires of men.*” De este modo, la justicia no es naturalmente relevante para el hombre; sólo resulta relevante por estas especiales circunstancias. Tanto en el TNH como en Investigaciones sobre la Moral, Hume presenta situaciones hipotéticas en que dichas circunstancias no concurren: la situación de completa abundancia de todas las cosas, y la situación de la mente humana completamente dominada por la generosidad y la benevolencia general hacia todos los hombres. En cualquiera de dichas situaciones, las reglas de justicia se hacen innecesarias. En el otro extremo, en el estado de naturaleza o en una situación fuera del alcance de la protección de las leyes y del gobierno, las reglas de justicia se hacen insuficientes para la protección de la seguridad propia y de la de los demás y en su lugar se impone un comportamiento de auto-preservación. HAAKONSSSEN (1981), pp.14-15.

primordialmente sobre la estabilidad de las posesiones de los bienes externos³¹⁴. Pero los pasajes sobre el origen convencional de la justicia en su obra admiten dos lecturas que no resulta fácil conjugar³¹⁵. En una de ellas, la idea de ‘convención’ puede fácilmente asociarse a ideas racionalistas y contractualistas. En la otra, la ‘convención’ *humeana* en el origen de la justicia es el fruto de un proceso evolutivo³¹⁶.

Este trabajo lee a Hume entendiendo su teoría sobre el origen convencional de la justicia como un proceso histórico-evolutivo. La idea central es que las reglas de justicia y el sentido de justicia son fruto de un lento y muy largo proceso de constantes prácticas de los sujetos de una comunidad que manifiestan autocontención del interés propio y en la expectativa que dichas prácticas serán reciprocadas por los demás miembros de la comunidad³¹⁷.

³¹⁴ HUME, D. [1739-1740](2001) , p.315, (3.2.2.11), “*After this convention, concerning abstinence from the possessions of others, is enter’d into, and every one has acquir’d a stability in his possessions, there immediately arise the ideas of justice and injustice; as also those of property, right, and obligation*”,

³¹⁵ La idea de convención de Hume debe ser considerada con mucho cuidado ya que “*This convention is not of the nature of a promise: For even promises themselves [...] arise from human conventions*”. HUME [1739-1740](2001), p.314. “*Es difícil decir exactamente qué significado le atribuye Hume a entrar en una convención*”, HAAKONSEN(1981), p. 16.

³¹⁶ HAAKONSEN (1981), pp. 17-18. “*De lo que he dicho hasta aquí, resulta relativamente claro que en este pasaje sobre la convención relativa a la justicia, tenemos en efecto señales de dos visiones extremadamente diferentes sobre el origen de la justicia. Por una parte, lo que podríamos convenir en denominar una visión racionalista y contractualista y, por la otra, una visión evolucionista. Según el primer punto de vista, la justicia es establecida [explícitamente] como una regla general por todos los miembros de una sociedad. En la segunda visión [la justicia] se genera a partir de una práctica que lentamente se va tornando más y más general.*”

³¹⁷ Para Hume, el entrar en convenciones “*is only a general sense of common interest; which sense all the members of the society to express to one another, and which induces them to regulate their conduct by certain rules. I observe, that it will be for my interest to leave another in the possession of his goods, provided he will act in the same manner with regard to me. He is sensible of a like interest in the regulation of his conduct. When this common sense of interest is mutually express’d, and is known to both, it produces a suitable resolution and behaviour. And this may properly enough be call’d a convention or agreement betwixt us, tho’ without the interposition of a promise; since the actions of each of us have a reference to those of the other, and are perform’d upon the supposition, that something is to be perform’d on the other part.*”, HUME [1739-1740](2001), pp.314-315, (3.2.2.10). HAAKONSEN (1981), pp. 15-19. “*He argumentado que la concepción de Hume sobre la justicia era evolucionista, pero esto no debe ser entendido en el sentido que él haya propuesto una teoría sobre cómo la justicia evolucionaba en los hechos. [...] [É]l intenta mostrar que la justicia no es ni el efecto de una facultad separada en la mente*

Sin embargo, ni las reglas ni el sentido de justicia son un resultado buscado por el proceso descrito. Ellos son una consecuencia no intencionada de las prácticas individuales de autocontención. Estas últimas suelen tener por motivación el mismo autointerés o generosidad limitada. Pero al ser repetidas e imitadas, dichas acciones individuales van, de manera inadvertida y no intencionada, generando una convención cuya práctica generalizada o universal en la comunidad las lleva a ser reconocidas como reglas de justicia³¹⁸. Si las reglas de justicia son entonces un resultado de dicho proceso,

humana, como tampoco una construcción deliberada de la razón humana, y hace esto al mostrar que la justicia es un sub-producto esencial de las respuestas naturales de los hombres a su situación en este mundo.[...] [La] justicia ha de tener una historia y esta historia ha de ser una puramente natural. Pero claramente la teoría nada dice acerca de qué curso adopta este desarrollo en casos particulares.” Ibidem, p. 38. Hume “ha mostrado que la justicia es el producto de un proceso histórico dependiente de un artificio implícito, y que esto es acorde con su concepción de virtud artificial. Ha mostrado también que la justicia no tiene su fundamento en el descubrimiento, por la razón, de conexiones o relaciones de ideas eternas e inmutables. [...] Y ha confirmado también que la justicia no tiene su fundamento en las ideas. Es la práctica de la justicia la que hace surgir las ideas relevantes, no vice versa. Sólo una vez que las convenciones fueron tácitamente adoptadas por la práctica de la mutua autocontención las ideas de justicia e injusticia se formaron. Lo mismo puede decirse también de las ideas subsidiarias de propiedad, derecho y obligación.” D. Norton en HUME [1739-1740](2001), p. 186.

³¹⁸ HAAKONSSSEN(1981), pp. 20-21, expresa: “Ver la justicia de esta manera, como una consecuencia no intencionada de acciones humanas individuales, debe ser una de las jugadas más osadas en la historia de la filosofía del derecho. Y es tan ingeniosa como osada. Ya que permite a Hume evitar cualquier racionalismo excesivo, de tipo Hobbesiano; si bien la justicia es un resultado de la actividad humana, ella no es deliberadamente diseñada por el hombre. Y en este sentido Hume evita las trampas del positivismo legal, y deja abiertas las opciones para algún tipo de ‘derecho natural’, o derecho básico, que está por sobre el derecho positivo. Por otra parte, Hume es capaz de mantener el origen de la justicia dentro del mundo natural: es capaz de identificar las causas específicas que la originan, a saber, las acciones (e interacciones) de los individuos. Por tanto, no necesita recurrir a interferencia divina alguna – o, para el caso, no requiere de algún sentido moral especial. [...] La idea de instituciones sociales como los efectos no intencionados de acciones humanas es en sí misma una doctrina negativa. Sencillamente expresa cuál no es la causa de las instituciones en cuestión. Por tanto, simplemente expande nuestra investigación, ya que tendremos que preguntarnos no sólo qué acciones causaron cuáles instituciones, sino además qué motivó dichas acciones. Ya que si podemos encontrar dichos motivos, podemos encontrar una explicación del por qué la intención de crear la institución en cuestión no puede ser parte de dichos motivos. [...] La idea de que algunos fenómenos sociales son efectos no intencionados de acciones humanas no se origina con Hume: fue claramente anticipada por Bernard Mandeville. Pero Mandeville utiliza la idea en términos generales, sin poner mucha atención a los detalles sobre los vínculos entre las causas individuales y el efecto general. Además Mandeville utiliza la idea de manera principal en un contexto económico, por cierto, el contexto en el cual la idea se volvería especialmente famosa con Adam Smith. Pero la particular osadía en Hume radica en que él utiliza la idea al exponer sobre uno de los elementos de la vida social tradicionalmente considerado como de los más centrales y de alguna manera más

una idea (especulativa, racional) de justicia no puede jamás ser utilizada como un principio natural (teológico) capaz de inspirar en los hombres una conducta equitativa respecto de los demás³¹⁹.

Es este proceso complejo, entonces, el que explica el origen de la justicia. En él, el diseño social racionalista tiene un rol bastante modesto³²⁰. Y si bien el autointerés individual figura entre los antecedentes en el origen de las reglas de justicia, en ningún caso puede ser tenido éste como su única causa³²¹ ni tampoco como justificación de la aprobación moral de la justicia.

(iv) La aprobación moral de la justicia

Al describir el origen de la justicia, Hume nos hace transitar desde un inculto y salvaje estado original sin convenciones de justicia y donde toda referencia a dichas convenciones sería ininteligible hacia una etapa en que dichas convenciones se han desarrollado y en general existe un entendimiento del concepto de justicia y una capacidad para distinguir entre lo justo y lo injusto. El problema de la moralidad de la

'sagrados', esto es, el derecho fundamental mismo, nuestro auténtico 'sentido de justicia'. Se trata de una de las partes más importantes de su justificación filosófica para reemplazar el derecho natural tradicional por una concepción del derecho natural secular y empírica, lo que la hace verdaderamente 'natural' en el sentido que ella puede ser explicada en el contexto de su ciencia de la naturaleza humana y así ser considerada como parte de su universo Newtoniano. Y de esta manera logra, al igual que las teorías tradicionales del derecho natural, encontrar las raíces de la justicia más allá de toda deliberación humana racional, y más allá de nuestra sociedad actual."

³¹⁹ HUME [1759](1997) , pp.313, (3.2.2.8): *"The idea of justice can never [...] be taken for a natural principle, capable of inspiring men with an equitable conduct towards each other"*.

³²⁰ HAAKONSSON (1981), *passim*, en esp., pp. 18, 19, 21, 33. *"La justicia natural no es un conjunto de leyes sustantivas eternamente válidas; tampoco es una construcción humana deliberada. Más bien, ella consiste en unos cuantos principios de examen [test-principles], que necesariamente hacen referencia al sistema de valores existente en una sociedad"*, (trad.) *Ibidem*, p. 43.

³²¹ En efecto, apegado a sus inclinaciones empiristas generales y a las reglas Newtonianas en la manera de filosofar, Hume logra concebir los orígenes de la justicia en términos de (i) pasiones humanas bien conocidas y ampliamente extendidas (a saber, auto-interés contenido y benevolencia limitada), (ii) acciones (prudente abstención respecto de las posesiones de otros), y (iii) interacciones (abstención mutua e imitación). *Ibidem*, p.20.

justicia, en cambio, se sitúa en una tercera etapa y tiene que ver con el por qué actos justos y actos injustos generan diferentes sentimientos morales³²².

Lo que en definitiva intenta mostrar Hume al abordar este problema, es que las razones del respeto hacia las reglas de justicia van más allá de aquellas que explican su establecimiento³²³. En primer lugar, es nuestra tendencia natural a establecer reglas lo que hace que, una vez fijadas, éstas influyan nuestros sentimientos aún cuando las reglas o el uso que se haga de las mismas esté en conflicto con el autointerés antecedente de su origen³²⁴. El sentimiento de infracción a reglas sería, de este modo, un límite al autointerés. En segundo lugar, Hume invoca la idea de empatía (*sympathy*) entendida ésta no como un sentimiento o una pasión, sino como un principio de comunicación que nos habilita para abstraernos y transformarnos en espectadores de nuestras propias acciones y de las de otros y, en cuanto espectadores, sentir el placer y el dolor que experimentan otros como consecuencia de actos justos e injustos³²⁵.

³²² D. Norton en HUME [1739-1740](2001), pp. 187 – 188.

³²³ HUME [1759](1997) , pp.320-321, (3.2.2.24), “*Thus self-interest is the original motive to the establishment of justice: But a sympathy with public interest is the source of the moral approbation which attends that virtue*”. D. Norton en HUME [1739-1740](2001), p. 188. HAAKONSSSEN (1981), p. 42.

³²⁴ D. Norton en HUME [1739-1740](2001), pp. 188-189. HAAKONSSSEN (1981), pp. 36-37.

³²⁵ “*Nuestro inherente principio de comunicación, la empatía [sympathy] [...], nos permite trascender nuestro acotado interés egoísta y así sentir aprobación en respuesta a acciones que mantienen el sistema de justicia, y desaprobación en respuesta a aquellas que no le brindan tal sustento. [...] Si, por ejemplo, observo que una injusta acción de Smith afecta a Jones, por el mecanismo de la empatía sentiré no solo el sufrimiento de Jones, sino también el deprecio que Jones sentirá por Smith a causa de dicho sufrimiento.*”, D. Norton en HUME [1739-1740](2001), p. 189. V. *supra*, el pasaje central del TNH de Hume que identifica el auto-interés como causa del establecimiento de la justicia y la empatía con el interés público como causa de su aprobación moral y de la observancia de sus reglas. Con todo, la idea de ‘empatía con el interés público’ no es coherente con la concepción de Hume sobre empatía como principio de comunicación que requiere de sujetos concretos para que opere, por lo tanto su inclusión como justificación para la aprobación moral de la justicia genera un problema de interpretación. Haakonssen, tras identificar este problema, (i) sostiene que esta dificultad en Hume llevará al autor a sustituir la idea concreta de ‘empatía’ [*sympathy*] del TNH, por la idea más amplia y especulativa –y por tanto racionalista- de ‘compañerismo’ [*fellow-feeling*] que introduce en Investigaciones sobre la Moral; (ii) muestra que Adam Smith, no contento con la solución de Hume, a través de sus desarrollos sobre ‘propiedad situacional’, mantendrá la concretitud de la empatía del TNH evitando el dilema de Hume; (iii) formula su propia interpretación sobre la aprobación moral de la justicia en Hume, fundada en un ‘motivo imaginado’ –disposición a obligarse o sentido del deber- que opera a través del principio de comunicación

Nuestra predisposición a generar y obedecer reglas y nuestra habilidad para compartir sentimientos con los demás miembros de nuestra comunidad nos han permitido evolucionar al punto de sentir diferentes sentimientos morales en respuesta a acciones justas o injustas³²⁶.

(v) Artificialidad/Naturalidad y Concepto de Utilidad

Hume califica a la justicia como una virtud artificial y, por otra parte, el concepto que recoge al recurrir a la noción de utilidad no es claro. Siendo que ambos elementos, unidos a los pasajes contractualistas sobre el origen de la justicia permiten justificar lecturas racionalistas/utilitaristas de la teoría de la justicia de Hume, y ello tensiona con el enfoque que aquí se reconstruye, una precisión en la interpretación se justifica.

Hume introduce su tratamiento de la justicia calificándola de virtud artificial³²⁷. De varios pasajes de su obra se desprende que esta calificación viene dada por la intervención del pensamiento humano en la formación de dicha virtud, en definitiva, por consideraciones racionalistas³²⁸. Sin embargo, varios elementos que son descritos a

que es la empatía, construcción que basa en los desarrollos de Hume en TNH sobre la obligación moral de cumplir los contratos; por tanto, es una explicación alternativa para el rol de la empatía en la aprobación moral de la justicia. HAAKONSSSEN (1981), pp.33-36.

³²⁶ D. Norton en HUME [1739-1740](2001), p. 189.

³²⁷ HUME [1759](1997), pp.307 y sgtes. El epígrafe de TNH (3.2.1) es: “*Justice, whether a natural or artificial virtue?*”

³²⁸ Así, cuando expresa: “*The whole scheme [...] of law and justice is advantageous for society and to every individual; and 'twas with a view to this advantage, that men, by their voluntary conventions, establish'd it.*”, HUME [1759](1997), p. 370, (3.3.1.12). “*Those rules, by which property, right, and obligation are determin'd, have in them no marks of a natural origin, but many of artifice and contrivance. They are too numerous to have proceeded from nature: They are changeable by human laws*”. *Ibidem*, p. 339, (3.2.6.6). “[*T*]he laws of justice, being universal and perfectly inflexible, can never be deriv'd from nature, nor be the immediate offspring of any natural motive or inclination [...] men have established'd these principles, and have agreed to restrain themselves by general rules, which are unchangeable by spite and favour, and by particular views of private or public interest. These rules, then,

continuación se mantienen en apoyo de una concepción histórico evolutiva sobre el origen de la justicia, por sobre una concepción racionalista.

Primeramente, la claridad de la distinción entre virtudes artificiales y naturales se va difuminando a lo largo de su obra; al punto de llegar a sostener, en un pasaje, que la distinción es una cuestión meramente verbal³²⁹. Esta falta de rigor en la diferenciación entre una y otra categoría le restaría a la distinción el carácter de fundamental dentro de la teoría de Hume. Pero además, permite hacer suponer que, sin llegar a declararlo expresamente Hume, el autor trabaja la posible existencia de una tercera categoría de virtudes que cuentan con elementos naturales y artificiales en su origen, categoría a la cual adscribiría la justicia³³⁰.

En segundo lugar, en esta combinación de elementos, la razón tiene un rol limitado, en el sentido que surge *'gradually, and acquires force by slow progression, and by our repeated experience of the inconveniencies of transgressing it'*³³¹. Pero es en el uso de expresiones tales como *'razón, orientación a fines, diseño'*, que la obra de Hume parece

are artificially invented for a certain purpose, and are contrary to the common principles of human nature, which accommodate themselves to circumstances, and have no stated invariable method of operation". Ibidem, p.341 (3.2.6.9). Una referencia al que es 'quizás el pasaje de timbre más racionalista de todos' de la obra de Hume, en Investigaciones sobre la Moral, recoge HAAKONSSSEN (1981), p. 25.

³²⁹ "[T]here is none more ambiguous and equivocal [...] [than] the definition of the word nature", HUME [1759](1997), p. 304, pp.304-305, (3.1.2.7). "The remedy, then, is not deriv'd from nature, but from artifice; or more properly speaking, nature provides a remedy in the judgment and understanding, for what is irregular and incommodious in the affections". Ibidem, p. 314, (3.2.2.9). "The only difference betwixt the natural virtues and justice lies in this, that the good which results from the former, arises from every single act, and is the object of some natural passion: Whereas a single act of justice, consider'd in itself, may often be contrary to the public good; and 'tis only the concurrence of mankind, in a general scheme or system of action which is advantageous. [...] After it is once establish'd by these conventions, it is naturally attended with a strong sentiment of morals; which can proceed from nothing but our sympathy with the interests of society. We need no other explication of that esteem, which attends such of the natural virtues, as have a tendency to the public good." Ibidem, p. 370, (3.3.1.12). La referencia a tratarse de una disputa meramente verbal, en Investigaciones sobre la Moral, HAAKONSSSEN (1981), p. 23.

³³⁰ HAAKONSSSEN (1981), p. 24.

³³¹ HUME [1759](1997), p. 315, (3.2.2.10).

en momentos brindar elementos contractualistas-racionalistas para explicar el origen convencional de la justicia³³².

Finalmente, si uno de los elementos esenciales de la calificación de la justicia como virtud artificial consiste en su orientación a fines de interés público o utilidad, aunque ya no en el origen sino en la aprobación moral de la justicia, resulta de interés examinar el alcance del concepto de utilidad en Hume para descartar, además de un racionalismo exacerbado, un proto-utilitarismo en lo que a teoría de la justicia se refiere.

La verdadera utilidad o interés público de un sistema de justicia y que brinda aprobación moral a éste, no dice relación con cuánto aporta dicho sistema a la riqueza, felicidad o utilidad en términos utilitaristas, sino que tiene que ver con la capacidad que el sistema tiene para generar un conjunto de reglas que cree un sistema de comportamiento³³³. Entre los principales atributos de dichas reglas, para alcanzar el interés público de crear un sistema de comportamiento, está su claridad, inflexibilidad, la ausencia de excepciones a su aplicación, no modificables por favoritismos, no inductoras a confusión, no modificables por visiones particulares del interés público o privado³³⁴.

Es decir, las reglas de justicia son útiles en el sentido que sirven como un medio para satisfacer un fin, donde el fin consiste en el interés público de generar un sistema de comportamiento que persiga la más extendida compatibilidad de los fines individuales

³³² HAAKONSSSEN (1981), p. 25. La tensión entre un origen evolutivo y un origen racionalista de la justicia en la obra de Hume, deja abiertas las respuestas para la pregunta sobre la calidad de justo o injusto que puedan tener acciones individuales durante el lento y gradual proceso de formación de la regla, es decir, cuando aún no han sido reconocidas como regla de justicia. *Ibidem*, p. 26, *in fine*.

³³³ “[C]laramente conduce a error el sostener que la teoría moral de Hume en general, y su teoría de la justicia en particular, es utilitarista, ya que esta noción se encuentra sin ambages conectada con la utilidad-fin de Bentham y los Mill. Para Hume la justificación moral de la justicia, o la causa de nuestra aprobación de ella, es que crea un ‘sistema de conducta o comportamiento’ [‘system of conduct or behaviour’] que permite la prosecución óptima de los intereses individuales lo que es compatible con vivir juntos en una sociedad”. *Ibidem*, p. 41

³³⁴ HUME [1759](1997) , pp. 316, 341, (3.2.2.14), (3.2.6.9).

contrapuestos de los miembros de la comunidad³³⁵. Esta idea de ‘utilidad-medio’ es diferente del principio de utilidad o ‘utilidad-fin’ que se encontrará en el desarrollo posterior de los utilitaristas. Para estos últimos, en términos simples, la utilidad es entendida como un tipo de placer o felicidad y es hacia éstos objetivos que las acciones y reglas están y deben estar orientados³³⁶.

(vi) Características de la teoría de la justicia en Hume, en síntesis

Un sistema de justicia resulta necesario en toda comunidad o forma de vida social. Dicha necesidad se funda en características de la mente humana (auto-interés y generosidad limitada) y en la situación de los objetos externos (facilidad de intercambio y escasez).

Las reglas de justicia son convenciones, que recaen primordialmente sobre la estabilidad de las posesiones, y que son fruto de un proceso histórico-evolutivo de auto-

³³⁵ “[T]he laws of justice arise from natural principles in a manner still more oblique and artificial. ‘Tis self-love which is their real origin; and as the self-love of one person is naturally contrary to that of another, these several interested passions are oblig’d to adjust themselves alter such a manner as to concur in some system of conduct and behaviour. This system, therefore, comprehending the interest of each individual, is of course advantageous to the public; tho’ it be not intended for that purpose by the inventors.”, HUME [1759](1997), p.339, (3.2.6.6). Resulta oportuno mencionar la interpretación de Nuyen, quien busca aproximar la concepción de Hume sobre la justicia al concepto económico contemporáneo de ‘bien público’ (es decir, aquellos cuyo consumo no se disputa por no consumirse en su uso, la exclusión de su uso respecto de nuevos usuarios no es posible ya que seguirá estando disponible para éstos, y cuyos beneficios y costos son difícilmente divisibles; tales como el alumbrado público, la defensa nacional, parques públicos, etc.). El autor rescata algunos de los problemas asociados a este tipo de bienes tales como el oportunismo (*free-riding*) e insuficiencia de incentivos para su producción –en el caso de la justicia, para el cumplimiento de sus reglas; y la relación entre el mayor tamaño de la comunidad y la mayor probabilidad de incumplirse las reglas. Rescata además la que –según sostendría la solución de Hume para fomentar la producción de bienes públicos y para el cumplimiento de las reglas de justicia, esta es, la educación moral sobre el cumplimiento de las reglas de justicia. NUYEN (1986) *passim*.

³³⁶ Esta distinción no proviene de Hume, sino de F. A. Hayek y es recogida por HAAKONSSSEN (1981), pp. 40-41

contención del auto-interés individual. Son por tanto una consecuencia no intencionada de la acción humana, antes que fruto de un diseño racional deliberado.

Su aprobación moral es fruto de un proceso complejo en que se combinan nuestra predisposición a generar y a obedecer reglas y nuestra habilidad para compartir sentimientos con los demás miembros de nuestra comunidad pudiendo experimentar diferentes sentimientos morales en respuesta a acciones justas o injustas según satisfagan o no el interés público de compatibilidad de los intereses individuales de los miembros de la comunidad. La historia es importante para comprender el origen de las reglas de justicia pero su antigüedad no basta para fundar su aprobación moral la que es dependiente del sistema de valores que rige en la sociedad.

Su carácter de virtud artificial está determinando por la intervención del pensamiento humano en su formación. Pero desde que se reconoce el proceso histórico-evolutivo en el origen de las reglas de justicia, es coherente con ello reconocerle un rol limitado a la razón en dicho proceso.

El interés público o utilidad que satisfacen las reglas de justicia es un medio para hacer compatibles, en su mayor extensión, los intereses individuales de los miembros de la comunidad, lo que se logra mediante la generación de reglas que generan un sistema de comportamiento. No se trata ésta de la utilidad-fin (maximización de la felicidad de los individuos) que se encontrará a partir del utilitarismo.

2.4.2. Teoría de la justicia y concepciones de derecho en A. Smith

(i) Introducción

Ni Hume ni Smith tuvieron como objetivo principal la formulación de una teoría de la justicia en sus principales trabajos filosóficos. Pero ambos brindan importantes elementos para una teoría de la justicia e introducen referencias a ella a lo largo de su obra, en diferentes contextos³³⁷. Ante todo, para Smith, al igual que para Hume, la justicia es imprescindible para la sociedad, a diferencia de otras virtudes³³⁸.

El programa interdisciplinario de Smith hace que sus desarrollos sobre justicia se fundamenten en sus concepciones filosóficas sobre la moral. Sin embargo, entre quienes estudian a este autor, existe discusión en torno al modo en que se da la conexión entre sus concepciones sobre la moral y sus ideas de justicia. Ni TSM –obra sobre moral– ni RN –obra sobre economía política– son tratados sobre la justicia o el derecho, directamente. La obra que supuestamente estaría centrada en la justicia, nunca fue publicada³³⁹. Por otra parte, los elementos que Smith brinda sobre la justicia generan tensiones importantes.

Una de las tensiones que identifica la literatura es entre el intento de Smith por consagrar principios universales de justicia que sustentarían toda forma de derecho y la fascinación y favorable explicación del rol de las fuerzas de la historia en la generación

³³⁷ HAAKONSSSEN (1981), p. 83.

³³⁸ “*Society [...] cannot subsist among those who are at all times ready to hurt and injure one another [...]. Beneficence [...] is less essential to the existence of society than justice. Society may subsist, though not in the most comfortable state, without beneficence; but the prevalence of injustice must utterly destroy it.*” / “*Justice [...] is the main pillar that upholds the whole edifice. If it is removed, the great, the immense fabric of human society [...] must in a moment crumble into atoms*”. SMITH [1759](1997), pp. 100, 101, (II.ii.III.3) (II.ii.III.4).

³³⁹ El propio Smith, en una advertencia a su VIª edición de TSM es quien, dada su avanzada edad, se manifiesta dubitativo sobre poder concluir su obra sobre teoría del derecho a su entera satisfacción. La cuestión central es que, según veremos, las concepciones sobre la moral en Smith se encuentran estrechamente vinculadas a la legitimidad social y a la evolución histórica en los sentimientos morales, lo que manifestaría un relativismo, opuesto al anuncio de Smith, casi al final de TSM, sobre una teoría general del derecho, entendida como principios generales que deben permear y ser el fundamento de las leyes de todas las naciones. El punto es tratado en FLEISCHACKER (2005), p. 146-147, quien cita a Griswold sugiriendo que la obra de Smith sobre teoría general del derecho no llegó a escribirse, sencillamente, porque no podía ser escrita.

de cambios significativos en el derecho a través de las culturas³⁴⁰. Otra tensión en Smith, es aquella que se presenta entre concebir la justicia como una mera virtud negativa³⁴¹, que brinda reglas efectivamente aplicables obligando a los individuos a abstenerse de ciertos actos dañosos, por un parte, y dos concepciones que se contraponen o extienden más allá de esta mera virtud negativa: (i) aquella según la cual la justicia es el desarrollo individual de una favorable disposición a cumplir con las reglas que proscriben actos dañosos, es decir, una cuestión psicológica que no podría imponerse por la fuerza y que llevaría a diferenciar entre dos virtudes diferentes, ésta la ‘justicia moral’ y la mera virtud negativa, la ‘justicia política’³⁴²; y, (ii) aquella según la cual la justicia no estaría meramente limitada a las reglas precisas que permiten proteger al individuo liberándolo de todo daño, sino que además impondría ciertos deberes de benevolencia entre partes no iguales con fines de bien común³⁴³, deberes fundados en virtudes que, por su imprecisión, no serían generalmente aplicables³⁴⁴.

³⁴⁰ “[E]xisten tensiones a través de sus apuntes sobre teoría del derecho, entre el intento por revelar principios generales detrás de todo derecho y la fascinación con –y explicación empática de– las fuerzas históricas que han conducido a múltiples variaciones en el derecho a través de las culturas.” FLEISCHACKER (2005), p. 147.

³⁴¹ “Mere justice is, upon most occasions, but a negative virtue, and only hinders us from hurting our neighbour. [...] We may often fulfill all the rules of justice by sitting still and doing nothing” SMITH [1759](1997), pp. 95-96, (II.ii.II.9).

³⁴² “[T]he most sacred regard is due to [the rules of justice]; and the actions which this virtue requires are never so properly performed, as when the chief motive for performing them is a reverential and religious regard to those general rules which require them. [...] [T]he man who adheres with the most obstinate steadfastness to the general rules themselves, is the most commendable, and the most to be depended upon”. SMITH [1759](1997) (III.vi.10), p. 204. FLEISCHACKER (2005), pp. 147-148.

³⁴³ “The civil magistrate is entrusted with the power not only of preserving the public peace by restraining injustice, but of promoting the prosperity of the commonwealth, by establishing good discipline, and by discouraging every sort of vice and impropriety; he may prescribe rules, therefore, which not only prohibit mutual injuries among fellow-citizens, but command mutual good offices to a certain degree. [...] Of all the duties of a law-giver, however, this, perhaps, is that which it requires the greatest delicacy and reserve to execute with propriety and judgment. To neglect it altogether exposes the commonwealth to many gross disorders and shocking enormities, and to push it too far is destructive of all liberty, security and justice”. SMITH [1759](1997) (II.ii.I.8), p. 95. FLEISCHACKER (2005) pp. 148-149. Por otra parte, Smith adscribe a la idea que la infracción a una regla de derecho es en sí misma un delito, aún cuando no exista daño, y esto, porque en derecho es la regla en sí misma la que delimita el ámbito de actuación, antes que la finalidad o el fundamento de la misma. El sustento de esta idea también puede considerarse de bien común, y se consagra en SMITH [1759](1997), p. 204, (III.vi.10), en los siguientes términos: “In the practice of the other virtues, our conduct should rather be directed by a certain idea of propriety, by a

Sin perjuicio de estas tensiones, cabe retener que Smith concibe la justicia como una virtud con fundamento moral pero sustantivamente diferente de las demás virtudes, por su precisión y por poder ser formulada a través de reglas generales, claras y precisas y que, por estas circunstancias, pueden hacerse cumplir por la fuerza³⁴⁵⁻³⁴⁶.

Por otra parte, es importante considerar el uso que Smith hace del derecho y de las reglas jurídicas, en sus diferentes trabajos. Smith fue profesor de teoría del derecho (*jurisprudence*), impartió su cátedra de derecho años antes que el gran jurista británico Sir William Blackstone (1723-1780), y fue a partir de su cátedra de derecho que RN vería la luz. Smith utiliza las reglas jurídicas para ilustrar cómo el estado interviene en la economía, muchas veces, con efectos nocivos. Pero también utiliza dichas reglas como evidencia de las prácticas de intercambio comunes entre los individuos. Su mirada a la

certain taste for a particular tenor of conduct, than by any regard to a precise maxim or rule; and we should consider the end and foundation of the rule, more than the rule itself. [...] Though the end of the rules of justice be, to hinder us from hurting our neighbour, it may frequently be a crime to violate them, though we could pretend, with some pretext of reason, that this particular violation could do no hurt”.

³⁴⁴ Smith recurre a un ejercicio retórico para ilustrar sobre el punto de la precisión e imprecisión, haciendo una analogía entre las reglas de justicia y las reglas de la gramática (precisas), en contraposición con las reglas de otras virtudes y las reglas de la composición elegante (imprecisas). SMITH [1759](1997), p. 205, (III.vi.11).

³⁴⁵ “Lo que ahora sugiero es que Smith tuvo una muy original teoría acerca de por qué la justicia es tan precisa y, en estrecha conexión con esto, por qué ella resulta aplicable coercitivamente”. HAAKONSSSEN (1981), p. 83. Cfr. FLEISCHACKER (2005), p. 145, quien no considera que la teoría de la justicia de Smith sea ni tan central como para ser considerada su más importante contribución al pensamiento político, ni tan exitosa como para representar un vínculo entre su filosofía moral y su economía política. Acerca de si es la precisión de las reglas de justicia o su aplicación coercitiva lo que les brinda su carácter único, V. *infra* 3.2.2.

³⁴⁶ Fleischacker controvierte la tesis de una concepción única de la justicia en Smith identificando diferentes concepciones a lo largo de su obra: una visión libertaria o de mínima intervención del estado en sus escritos anteriores a TSM; luego, en TSM, una postura que admite la imposición de ciertos deberes de benevolencia entre partes no iguales con fines de bien común; también en TSM, una concepción que defiende el fundamento de la existencia de las reglas de justicia en la afectación de los individuos distanciándose de la tradición que concibe el sustento de dichas reglas en la afectación a la sociedad; y, finalmente, la concepción que se encuentra en los apuntes sobre teoría del derecho de Smith (*Lectures of Jurisprudence*, en adelante, LJ), en que utiliza extendidamente el concepto de derecho, palabra a la que no había recurrido en el lenguaje de TSM ni de RN. *Ibidem*, pp. 148-153.

sociedad comercial desde las reglas jurídicas puede resultar paradójica para quienes asocian a Smith con un supuesto programa político de reducir la intervención estatal en la economía. Más allá de superar preconcepciones que asocian a Smith con el *laissez-faire*³⁴⁷, lo determinante de dicho enfoque es que sienta un bloque argumental para sostener que los intercambios económicos entre individuos jamás son eventos “meramente” naturales que ocurran espontáneamente en medio de las relaciones humanas, sino prácticas moldeadas por el contexto institucional en que tienen lugar. Pero el enfoque sirve también para entender por qué Smith en muchos casos concluyó que las reglas jurídicas son más nocivas que hacedoras de bien³⁴⁸. En lo que sigue son expuestos los elementos para una teoría de la justicia en Smith y algunas de sus concepciones jurídicas.

(ii) La filosofía de Smith sobre la evaluación moral como base de sus ideas de justicia

Los elementos para una teoría de la justicia en Smith tienen por antecedente su filosofía sobre la evaluación moral del comportamiento y de las cualidades humanas en un contexto social determinado³⁴⁹.

En la base de esta filosofía, se encuentra una evolución desde el concepto de empatía (*sympathy*) según lo concibe Hume (i.e. principio de comunicación que genera un sentimiento), eminentemente psicológico, hacia una forma más extendida y sociológica,

³⁴⁷ V. *supra* 1.1.3.

³⁴⁸ FLEISCHACKER (2005), pp. 38-39.

³⁴⁹ “Cuando Smith escribió que su teoría natural del derecho (natural jurisprudence) era parte de la teoría de los sentimientos morales, podría haber dicho de la misma manera, ‘parte de la filosofía moral’. Eso es lo que quería decir, tomando ‘filosofía moral’ en el sentido amplio que el concepto tenía en la universidades Escocesas de su tiempo.” RAPHAEL (2007), p. 6. Witztum (1997) sostiene que “Smith no ofrece una teoría de la justicia que sea claramente distinguible de su ética general.”; citado por KONOW, (2009), p. 11.

que por vía de ‘imaginación’, incluye un cambio de situación y ‘ocupar el lugar del otro’ que es como Smith entiende el concepto³⁵⁰, próximo a su sentido natural³⁵¹.

La empatía de un individuo respecto de otro es el componente básico de la evaluación moral y este mecanismo tiene lugar en un contexto y circunstancias determinados³⁵². En la interacción entre individuos con racionalidad calificada por el contexto y las circunstancias, el mecanismo de la empatía empieza a reproducirse en la comunidad para hacerse mutuo o recíproco y generando con ello inintencionadamente la búsqueda de estándares comunes que se traducirán en reglas generales de comportamiento social³⁵³.

La empatía mutua, además, se conjuga con el contexto social que introduce límites por medio de instituciones tales como las costumbres, los hábitos y las modas que

³⁵⁰ HAAKONSSSEN (1981), pp. 45-49. FLEISCHACKER, S., op.cit., n. 109, pp. 47 y ss. RAPHAEL (2009), p. 7.

³⁵¹ Para las diferencias entre Hume y Smith sobre ‘*empatía*’ (*sympathy*), HAAKONSSSEN (1981), pp. 45, 48 y 52. La empatía, en definitiva, se funda en algo más básico: el deseo de agradar y estar de acuerdo, en armonía. *Ibidem*, pp. 49-51. De aquí surge el carácter mutuo de la empatía. *Ibidem*, p.52. Pero también se distingue la empatía del mero deseo de agradar o del deseo de aprobación. La empatía se encuentra en la base de la evaluación moral. Intentando precisar su concepto, cabe entender la empatía como el mecanismo para todo juicio que se hace de otra persona e incluso para el juicio acerca de uno mismo. El acto más básico de evaluar consiste en una comparación entre las reacciones originales de la persona principalmente involucrada y las reacciones empáticas de los espectadores. Si están de acuerdo, los espectadores aprobarán la conducta de la persona involucrada, de lo contrario, la desaprobarán. *Ibidem*, p. 50. Al mismo tiempo, cabe hacer las siguientes distinciones dentro de la teoría de Smith sobre las evaluaciones empáticas. “*Primeramente, se encuentra el cambio imaginario de situación, por medio del cual el espectador intenta, todo lo posible, por exponerse a las mismas influencias causales del individuo originalmente involucrado. Este mero proceso será frecuentemente denominado empatía en Smith. En segundo lugar, está el resultado de la influencia de dicha causa, esto es, la reacción del espectador. Esta también es denominada empatía, o sentimientos empáticos, sentimientos, etc. En tercer lugar, existe una comparación entre el sentimiento original y el sentimiento empático. Y cuarto, existe la emoción que surge de dicha comparación, que será sea un tipo de placer denominado aprobación cuando el sentimiento original y el sentimiento empático coinciden, o un tipo de dolor denominado desaprobación cuando dichos sentimientos no coinciden.*” *Ibidem* p. 51.

³⁵² La importancia del contexto y circunstancias es diferencia importante entre Smith y Hume. *Ibidem* p. 46. La cuestión parece ser más profunda y tiene que ver con la concepción del conocimiento humano ‘contextual’ que privilegia Smith, y a la distinción entre conocimiento contextual y conocimiento de sistema. *Ibidem* pp. 62 y pp. 79-82.

³⁵³ *Ibidem* pp. 54-55.

restringen las alternativas posibles de estándares comunes. Pero estas instituciones son más relevantes para la evaluación moral fundada en la mera aprobación social que para la evaluación fundada en ‘la alta moral’, que es la verdadera aprobación moral. A esta última nos conduce la figura del espectador imparcial y un proceso de constante búsqueda, por la sociedad, de la acción correcta, según pasamos a revisar³⁵⁴.

(iii) El espectador imparcial

Según lo dicho hasta acá, la evaluación moral constituye un proceso que considera entre sus componentes elementales la empatía, su reproducción en la interacción entre individuos y el contexto social como marco. Dicho proceso va generando una moral social compuesta de estándares comunes en constante evolución, de acuerdo con los

³⁵⁴ Para Haakonssen, la empatía mutua va generando estándares sociales comunes de manera no intencionada. Pero plantea la pregunta acerca de si la moralidad se basta con lo socialmente aceptado y necesario o si puede ganar independencia de lo social o comúnmente aceptado y encaminarse hacia ideales morales. Según Haakonssen, para Smith esto se logra con un espectador imparcial ‘ideal’ diferente de quien actúa y de quien lo observa (espectador imparcial ‘real’), es decir una tercera persona ideal. “*En lugar de la rectitud de la moral social, de los espectadores reales, somos así conducidos a intentar y juzgarnos a nosotros mismos en términos de una ‘absoluta’ rectitud, para cada situación dada*”. ¿Y por qué no sería suficiente con la aprobación social? Básicamente porque si bien es natural la búsqueda de ésta por los individuos, rápidamente se generarán desacuerdos con los espectadores reales, por los vicios de parcialidad y diferencias de información. Es por esto que la búsqueda se reorienta hacia un espectador ideal, un tercer punto de vista común e imparcial y es la constante búsqueda de este punto de vista la verdadera moral social. “[L]a búsqueda de aprobación social en sí misma, de la aprobación de los espectadores reales, tiene una fuerte tendencia a devenir en la búsqueda de otros juicio y aprobación superiores que son comunes al agente y al espectador. Esta búsqueda de un tercer punto de vista de absoluta imparcialidad nunca o muy raramente será completamente exitosa, pero el punto verdaderamente importante, siendo el punto que quiere destacar Smith [...] es que es la búsqueda en sí misma la que hace posible la vida social; es la búsqueda de un punto de vista común que es compartido, no necesariamente el punto de vista. Es entonces este proceso de búsqueda continua lo que realmente constituye la moral social.” La búsqueda de la moral ideal, en el plano individual se traduce en la meta-virtud del auto-control, de la cual derivan las demás virtudes principales (prudencia, justicia y benevolencia). Todo lo anterior explica también por qué las costumbres, hábitos y modas del contexto social tienen una influencia limitada a la moral social que no llegan a influir de manera determinante en la moral ideal. “*Si las personas no buscaran en general ‘la natural rectitud de la acción’ en lugar de quedarse satisfechas con lo que es costumbre o moda social, entonces la sociedad estaría en inminente peligro de desintegrarse*”. *Ibidem* pp. 55-58, 60. Para una aplicación de esta idea, en relación con la costumbre del infanticidio en Grecia, en SMITH [1759](1997), pp. 245-247, (V.ii.15), (V.ii.16).

cuales son evaluados el comportamiento y las cualidades humanas. Otro pilar fundamental en la evaluación moral lo constituye la figura del espectador imparcial³⁵⁵.

El espectador imparcial es un constructo capaz de identificar dicha moral social. Según la literatura predominante, el constructo permite además sobreponerse a la moral social en ciertos casos. Smith, en una primera etapa, lo presenta en los siguientes términos, cercanos a lo que podríamos entender como “conciencia individual”: *“Cuando me dispongo a examinar mi propia conducta [...] bien sea para aprobarla o condenarla, es evidente que, en todos los casos, divido mi persona, como si así fuera posible, en dos personas; y ese yo, el examinador y juez, representa un personaje diferente a ese otro yo, la persona cuya conducta es examinada y juzgada. El primero es el espectador, cuyos sentimientos respecto a mi propia conducta me dispongo a experimentar, por la vía de colocarme en su lugar, y considerando qué me parecería dicha conducta, vista desde ese particular punto de vista. El segundo es el agente, la persona que en propiedad denomino yo mismo, y de cuya conducta, actuando en el rol de espectador, intento formarme alguna opinión”*³⁵⁶.

Smith pondrá luego de manifiesto la insuficiencia de esta primera presentación del mecanismo del espectador, producto de la parcialidad del juicio de la conducta propia³⁵⁷. La solución natural a esta debilidad individual viene dada por nuestra observación constante de la conducta de otros y la aprobación y reprobación a su respecto, lo que va conduciendo a la formación de reglas generales de moralidad: *“Nuestras observaciones constantes de la conducta de otros, imperceptiblemente, nos llevan a formarnos ciertas*

³⁵⁵ RAPHAEL (2009), *passim*.

³⁵⁶ SMITH [1759](1997) , p. 131, (III.i.6). FLEISCHACKER (2005), pp. 52-53.

³⁵⁷ *“So partial are the views of mankind with regard to the propriety of their own conduct, both at the time of action and after it; and so difficult is it for them to view it in the light in which any in different spectator would consider it.” “This self-deceit, this fatal weakness of mankind is the source of half the disorders of human life”*. SMITH [1759](1997) , p. 184, (III.iv.5), (III.iv.6).

reglas generales sobre lo que es adecuado y apropiado hacer o evitar hacer...Así, de modo natural, nos imponemos una regla general según la cual todas las acciones semejantes deben ser evitadas, por tender a hacernos detestable, despreciable o sujeto de sanción, situaciones que generan sentimientos respecto de los cuales tenemos los mayores temor y aversión”. La aprobación o condena moral no se fundará en la adecuación o inconsistencia con la regla general así formada, por el contrario, estas reglas son el resultado no intencionado de aprender, por vía de la experiencia, que todas las acciones de un cierto tipo o producidas bajo ciertas circunstancias son aprobadas o desaprobadas³⁵⁸.

De este modo, la figura del espectador no es real sino imaginada y puede sintetizarse conteniendo los atributos de imparcialidad, información y empatía³⁵⁹. Como, de acuerdo con lo expuesto, este espectador imparcial utiliza para su evaluación moral reglas que han sido desarrolladas a partir de la experiencia de aprobación/reprobación social, Smith abre con esto un flanco para acusaciones de relativismo moral o de defender una

³⁵⁸ “*We do not originally approve or condemn particular actions; because, upon examination, they appear to be agreeable or inconsistent with a certain general rule. The general rule, on the contrary, is formed, by finding from experience, that all actions of a certain kind, or circumstanced in a certain manner, are approved or disapproved of.*” SMITH [1759](1997), p. 185, (III.iv.8).

³⁵⁹ Para un resumen de cada uno de estos atributos y una crítica al constructo y sus elementos, con las herramientas modernas de las ciencias sociales, KONOW (2009), *passim*. En síntesis este autor plantea que la *imparcialidad* implica desinterés o desapego por parte de un tercero que no tiene vínculo alguno con la situación o la parte que están siendo evaluadas como correctas o incorrectas, permitiendo así que la evaluación moral no tenga ningún trazo de auto-interés; las *condiciones de información necesaria* no implican una información completa o perfecta y si bien es difícil alcanzarlas, lo relevante es que el espectador conozca bien todos los detalles relevantes y procese dicha información racionalmente de acuerdo con los valores que tiene internalizados; finalmente, la *empatía* considera adoptar las posiciones de otros de manera general, esto es tanto afectivamente o sentimentalmente (que es lo que acentúa Smith) pero también cognitivamente. Las críticas que expone apuntan a la debilidad de la empatía como mecanismo si se incluye en él sólo aspectos afectivos y no los cognitivos que el proceso de ponerse en el lugar de otro importa. En seguida, que la imparcialidad es difícil de alcanzar por los procesos psicológicos que ella implica y por nuestra tendencia al auto-engaño. Finalmente, que las condiciones de información no pueden ser alcanzadas en forma realista, de hecho muchas veces la recolección de la misma es sesgada.

evaluación moral contexto-específica³⁶⁰. Sin embargo, diferentes investigadores de la su obra, encuentran un conjunto de argumentos para sortear estas críticas³⁶¹, o bien, les

³⁶⁰ El punto lo presenta con claridad Fleischacker: “Pero, sobre esta base, la definición de Smith de la moral lleva a que lo que la sociedad de nuestro entorno defina como “correcto” e “incorrecto” es en efecto correcto e incorrecto, en la medida que los miembros de dicha sociedad (a) tengan adecuada información para juzgar apropiadamente y (b) no sean desviados por sus pasiones o sus intereses egoístas. El espectador imparcial es una extensión o idealización del modo de evaluación moral de nuestra sociedad. La desventaja de esta posición, tal como varios críticos de Smith han advertido, es que se torna peligrosamente cercana al relativismo, peligrosamente cercana a identificar la moral con lo que cada sociedad meramente sostiene que es la moral. El espectador interno, idealizado evita errores que se deban a desinformación y pasión, pero fuera de ello es simplemente una extensión de los espectadores externos, reales. En particular, utiliza los mismos estándares para la evaluación que aquellos utilizados por los espectadores reales. Si los estándares morales, los sentimientos morales básicos de una sociedad en particular, son en sí mismos fundamentalmente corruptos, sostienen los críticos de Smith, [...] el espectador imparcial al interior de cada individuo, en lugar de corregir, compartirá dicha corrupción. Debe admitirse que esta dificultad para criticar estándares sociales representa una debilidad importante en la teoría de Smith.” FLEISCHACKER (2005) pp. 52-53. La discusión también en Konow, quien entiende que la crítica sobre el relativismo moral de Smith se funda en que el espectador de Smith deriva los valores de la sociedad unido a que se sostiene que los valores morales son heterogéneos a través de las sociedades e incluso entre diferentes grupos al interior de una misma sociedad. KONOW (2009), p. 6.

³⁶¹ Por cierto, hay quienes ven en TSM, derechamente, elementos para una moral trascendente, a partir de pasajes como los siguientes, en que junto con algunos párrafos de trascendentalismo, se recoge la idea que más que la aprobación, lo importante es sentirla merecida: “Nature [...] has endowed [man] not only with a desire of being approved of, but with the desire of being what ought to be approved of; or of being what he himself approves of in other men” (III.ii.7); “[A]n appeal lies from [man-judge-of-mankind’s] sentence to a much higher tribunal, to the tribunal of their own consciences, to that of the supposed impartial and well-informed spectator, to that of the man within the breast, the great judge and arbiter of their conduct” (III.ii.32). Desarrollos sobre un potencial conflicto entre moral social y conciencia individual, sobre el carácter divino de apearse a la conciencia individual vs. el carácter humano de seguir la moral social, sobre ese “still higher tribunal, [...] of the all-seeing Judge of the World, whose eye can never be deceived, and whose judgments can never be perverted” y sobre la felicidad dependiente de unas “humble hope and expectation of a life to come” también se contienen en TSM (III.ii.32) y (III.ii.33). Para Haakonssen, la posibilidad de una moral independiente -a lo menos parcialmente- de la moral social recae, precisamente, en que el espectador imparcial (el imaginario, con sus desviaciones y desinformaciones), si bien influido por, se sitúa en un lugar diferente del espectador real (el social) y, si bien existe una tendencia natural a buscar la aprobación social, los diferentes puntos de vista de la conciencia individual y de la moral social, conducen a un proceso de búsqueda de un punto de vista común desde donde evaluar. HAAKONSSSEN (1981), pp. 56-59 y HAAKONSSSEN (2006), p. 212. Fleischacker sostiene que los estudios transhistóricos de Smith le permitirían acercarse a los ideales de imparcialidad e información y a patrones constantes de moralidad según los tipos de sociedades; si bien es escéptico sobre el punto de identificar la defensa de una moralidad superior en Smith, agrega que pasajes de TSM como los referidos en esta nota y otros, han motivado a otros autores a identificar en Smith un proto-Kantismo en que el sentimiento moral básico es la igualdad de todos los seres humanos. FLEISCHACKER (2005), p. 64 y p.53 n.4, p.289. Para Konow, Smith, a pesar de su ambigüedad, seguiría un modelo universalista que se basa en una ‘imparcialidad abierta’ (con referencias a Sen, 2009) que incorpora las miradas morales de otros grupos y de otras sociedades, a diferencia de una ‘imparcialidad cerrada’ donde solo cuenta la

brindan una ponderación menos significativa que la pretendida por sus autores³⁶². En último término, la idea de un proceso constante de búsqueda de una moral superior como mecanismo adaptativo individual y social constituiría el núcleo de la evaluación moral³⁶³.

En su filosofía de la evaluación moral, antecedente de los elementos para una teoría de la justicia, Smith atribuye un rol al mérito, la utilidad y la religión.

(iv) El mérito y el demérito en la evaluación moral

El mérito de una acción humana se funda en la gratitud manifestada por otros frente a dicha acción por sus efectos beneficiosos y, su demérito, por el resentimiento en su

mirada de un específico grupo de la sociedad. En seguida, abre la posibilidad del auto-engaño individual – reconocido en Smith– a que la sociedad pueda auto-engañarse. Además, sostiene que Smith no presenta una moral ‘contexto-específica’, toda vez que su obra transcurre por distintos contextos históricos, sociales y culturales, sino que ‘contexto-dependiente’, esto es, las reglas morales son generales y tienen aplicación en diferentes contextos, pero su implementación práctica las sujeta a veces a diferentes interpretaciones y estas últimas son dependientes del contexto. Con todo ve un acento más procedimental –sobre el proceso de evaluación moral– antes que sustantivo. KONOW (2009), pp. 6-10.

³⁶² Fleischacker sintetiza su posición sobre el punto de la manera que nos resulta más persuasiva: Descarta un relativismo propiamente tal en Smith y el hecho que brinde limitadas herramientas para criticar los estándares morales definidos socialmente representa, en definitiva, una de sus más grandes fortalezas. Esta forma de llevar a cabo la evaluación moral se ajustaría mucho mejor a la realidad que visiones filosóficas supuestamente “superiores” o “más profundas” fundadas en estándares abstractos como el principio de utilidad de Bentham o el imperativo categórico de Kant que buscan definir qué es correcto y qué incorrecto sin consideración a lo que nuestros vecinos tengan que decir. Desarrollos en antropología también apoyarían esta forma de evaluación moral. Para este autor, Smith captura una profunda intuición sobre la moral social, pero al mismo tiempo brinda espacio a quienes tengan juicios críticos respecto de las actitudes sociales, mediante el proceso de constante corrección y superación de ‘la desinformación’ y ‘los desvíos’ o ‘el auto-engaño’. Smith se acercaría así a lo que en el lenguaje común se entiende por moral social. En este sentido, el enfoque de Smith no le impide formular críticas a las actitudes sociales, pero su aproximación será siempre inmanente y específica y no pontificando desde una superioridad externa o trascendente. FLEISCHACKER (2005), pp. 53-54.

³⁶³ HAAKONSSSEN (1981), pp. 57-59. HAAKONSSSEN (2006), p. 212. Al brindar un espacio para la crítica a la moral social (corregir y superar la desinformación y los desvíos), Smith permite dar lugar a un proceso evolutivo de competencia de concepciones sobre la moral, que va perfilando su contenido. Para una aplicación de esta idea a las concepciones de Smith sobre la justicia, FLEISCHACKER (2005), p. 119.

contra por sus efectos dañinos³⁶⁴. Al comienzo de TSM, Smith expresa que el comportamiento humano es evaluado tanto por sus resultados como por sus motivaciones³⁶⁵. El mérito podría entenderse, en este sentido, muy vinculado a los resultados (gratitud/resentimiento) que genera una acción. Pero luego Smith aclarará que este elemento de la evaluación moral no es independiente del mecanismo del espectador imparcial, el que considerará separadamente la acción acreedora de mérito y la reacción de gratitud a su respecto³⁶⁶. Sometido a las consideraciones contextuales del mecanismo del espectador imparcial se permite además por esta vía identificar la rectitud de las motivaciones. Ante esto, se ha sostenido que Smith combina una ética idealista de las intenciones (la que promueve el filósofo) con una ética realista de las consecuencias (la que practica el hombre común)³⁶⁷.

(v) La utilidad en la evaluación moral

Es importante también detenerse sobre el rol de la utilidad al evaluar moralmente el comportamiento y las cualidades humanas. Smith lee a Hume como un proto-utilitarista³⁶⁸ y lo critica por no distinguir entre la influencia de los medios y la influencia de los fines en las evaluaciones morales, y por hacer de la utilidad (tanto utilidad medio como utilidad fin) la única base de la aprobación moral³⁶⁹. Para Smith, Hume juzga el carácter humano y sus motivos en términos de su tendencia a ser útiles o dañinos y lo anterior, para Smith, sería una construcción especulativa filosófica y no una reflexión acerca de cómo los hombres verdaderamente juzgan³⁷⁰. De espíritu más

³⁶⁴ SMITH [1759](1997) , p. 78, (II.i.II.2).

³⁶⁵ SMITH [1759](1997) , pp. 22-23, (I.i.III.5) a (I.i.III.8),. HAAKONSSSEN (1981), p. 63.

³⁶⁶ SMITH [1759](1997) , p. 81, (II.i.II.1) a (II.i.II.3). HAAKONSSSEN (1981), p. 64.

³⁶⁷ HAAKONSSSEN (1981), p. 65.

³⁶⁸ FLEISCHACKER (2005), p. 119. Para la consecuencia de esta lectura en materia de justicia y derechos, HAAKONSSSEN (1981), pp. 102-103.

³⁶⁹ HAAKONSSSEN (1981), p. 67.

³⁷⁰ *Ibidem*, pp. 69, 76.

práctico que Hume, para Smith el juicio moral no puede quedarse en lo abstracto, a nivel de tendencias hacia lo útil o dañino, sino que debe contextualizar: la rectitud de la situación contextual (*situational propriety*) es la base de la evaluación moral³⁷¹. En seguida, no es lo mismo evaluar cosas u objetos que evaluar moralmente. La evaluación de cosas u objetos se funda meramente en el placer/dolor y utilidad/inutilidad que ellos generan. En cambio, la evaluación moral importa un proceso más complejo en que junto al placer/dolor que genera la acción humana evaluada, está la aprobación/reprobación moral que es dependiente del acuerdo/desacuerdo con el espectador imparcial que obedece al proceso generado por el mecanismo de empatía multiplicada en la interacción humana y contexto social, proceso en el cual pueden tener lugar las consideraciones de utilidad/inutilidad de la acción. Por otro lado, cabe considerar que cualidades humanas habitualmente consideradas como útiles (razón, auto-control, humanidad, justicia, generosidad, espíritu público, etc.) no reciben su aprobación por su utilidad, sino por la aprobación del espectador imparcial real/ideal³⁷². En definitiva, la utilidad es una consideración secundaria (puede, por ejemplo, adquirir relevancia frente a cuestionamientos a los juicios morales) o fuente secundaria de la evaluación moral: la tendencia a la utilidad es un resultado no buscado de un comportamiento moralmente apropiado y que favorece la mayor compatibilidad de libertades³⁷³.

(vi) La religión en la evaluación moral

En cuanto a la religión, Smith fue un creyente y en un momento se interesó en desarrollar una teoría natural de las creencias religiosas³⁷⁴. Pero a la vez, fue un anticlerical para quien las religiones impuestas constituían mera especulación filosófica

³⁷¹ *Ibidem*, p. 69.

³⁷² *Ibidem*, pp. 70-72.

³⁷³ *Ibidem*, pp. 72-74.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 75.

y abuso de la razón³⁷⁵. La iglesia representa además, junto a otros grupos intermedios, una amenaza de similar entidad que el gobernante para los individuos y el sistema de la libertad natural³⁷⁶. En la evaluación moral, la religión –desvinculada de una iglesia todopoderosa– es una de las vías que permite al espectador imparcial ideal sobreponerse al contexto social y, por lo tanto, encaminarse hacia una ‘gran moral’ más allá de la mera aprobación social³⁷⁷.

Dejando de lado sus ideas sobre evaluación moral como antecedente de los elementos de una teoría de la justicia, lo que sigue es una mirada institucional sobre los roles judicial y legislativo en la definición del contenido de las reglas de derecho.

(vii) Sobre el órgano que define el contenido de las reglas de derecho:

derecho judicial (common law) y derecho legislativo

De diversos pasajes de la obra de Smith se desprende su preferencia por la tradición inglesa del *common law* en que la regla de derecho se va formando a partir de la aplicación a casos concretos y la generación de precedentes, por sobre el sistema de derecho civil en que la regla de derecho ha sido concebida en términos abstractos por el legislador, apoyado en su conocimiento sistemático³⁷⁸. Varias razones fundamentan esta inclinación.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 76.

³⁷⁶ FLEISCHACKER (2005), pp. 236-242. Sobre el ‘sistema de la libertad natural’.

³⁷⁷ V., por ejemplo, SMITH [1759](1997), p. 140. HAAKONSSSEN (1981), p. 74, (III.ii.12).

³⁷⁸ Haakonssen lo resume así: “El derecho producido por alguna autoridad distinta a un juez de casos concretos está sujeto a ser guiado por objetivos políticos y religiosos, en tanto que el derecho de creación judicial basado en el precedente tiene mejores posibilidades de acercarse a los principios de la justicia natural.” HAAKONSSSEN (1981), p. 151; v. *Ibidem*, p. 170. Cfr. Fleischacker, para quien tal preferencia no es efectiva: “[N]o es totalmente cierto sostener que [Smith] brinde a la “práctica judicial” prioridad sobre el “trabajo de los legisladores”” FLEISCHACKER (2005), p. 243. V. SMITH [1762-1764](1982) (A) p. 98.

Primeramente, la distinción entre conocimiento contextual y conocimiento sistemático, le lleva a preferir un derecho que se funda en la práctica y en la experiencia de aplicación a casos concretos antes que un derecho sólo derivado de la teoría³⁷⁹. Luego, la antigüedad en la formación del *common law* implica que la experiencia acumulada a su respecto ha brindado un número de casos de aplicación que permite identificar de mejor forma el punto de vista del espectador imparcial frente a un caso nuevo, que lo que permitirían hacer nuevas leyes que se dicten para la solución de un problema, leyes que suelen estar sujetas a constantes modificaciones fruto de los vaivenes políticos³⁸⁰. Esta experiencia, adicionalmente, le brindaría mayor precisión al derecho judicialmente desarrollado que al derecho legislado³⁸¹.

Sin embargo, la inclinación por el derecho judicial de casos no es absoluta ni implica un cheque en blanco para la labor de los jueces. Siguiendo la doctrina de la separación y controles recíprocos de los poderes del soberano, Smith no olvida que los jueces ejercen un poder cuyos límites, complementos y contrapesos son provistos por el legislador. Ofrece argumentos historiográficos de cómo esto ha sido así en civilizaciones en que los abusos de quienes ejercen el poder judicial han debido ser contenidos por el legislador³⁸². Refiere además los controles intrínsecos del poder judicial, como son la formación de tribunales independientes del poder político, para evitar excesos³⁸³.

Lo anterior se traduce, en definitiva, en una visión balanceada. Los principios de la justicia natural han de guiar el desarrollo tanto del derecho judicial como del derecho legislativo. Smith quiere que el legislador desempeñe un control sobre el poder de los

³⁷⁹ HAAKONSEN (1981), p. 152.

³⁸⁰ *Ibidem*. El origen judicial del derecho como respuesta a casos concretos es también uno de los más valiosos aspectos del derecho romano clásico que ha llegado hasta nosotros. *Ibidem*, p. 162.

³⁸¹ *Ibidem* pp. 252-253.

³⁸² *Ibidem* pp. 153, 161.

³⁸³ *Ibidem* pp. 153, 170.

jueces pero al mismo tiempo desea que éstos constituyan un poder fuerte, independiente, apolítico, apegado al gobierno de las reglas³⁸⁴. Es este arreglo institucional el que tiene mejores posibilidades de generar de manera imparcial límites claros y predecibles para la acción individual y, por tanto, de asegurar de mejor manera el sistema natural de libertades³⁸⁵.

Esto revela un rol importante para el legislador. Pero es importante consignar que éste también ha de sujetarse a los principios de la justicia natural. Lo anterior implica que en el ejercicio de sus funciones deberá adoptar el modelo del auténtico hombre de espíritu público que aspira a un conocimiento contextual de las materias que son sometidas a su conocimiento y no el modelo del hombre doctrinario o amante de los sistemas que se deja influir por modelos abstractos y por las urgencias políticas dictadas por la contingencia³⁸⁶. Las reformas legislativas motivadas por el buen legislador tendrán, de este modo, aquellas características que referiremos al tratar de la supremacía del derecho y gobierno de las reglas³⁸⁷. Éstas son fruto del trabajo de funcionarios que, si bien podrán padecer de limitaciones morales y cognitivas³⁸⁸, si se encuentran guiadas por un auténtico espíritu público, estarán dotadas de una combinación balanceada de aspiración por la perfección, pero corregidas por una acción particularizada y viable, orientada a aliviar daños concretos³⁸⁹.

³⁸⁴ “La libertad de cada individuo, la sensación que tiene de su propia seguridad, depende de una administración imparcial de la justicia. Para que cada persona se sienta plenamente segura de la posesión de cualquier derecho que le corresponda no sólo es necesario que el poder judicial esté separado del ejecutivo, sino que además debe tener con respecto a este poder la máxima independencia. El juez no debería estar expuesto a ser destituido según el capricho del poder ejecutivo. El pago regular de su salario no debería depender de la buena voluntad y ni siquiera de la buena gestión económica de ese poder.” SMITH, [1776](1994), p. 685, (V.1.68).

³⁸⁵ FLEISCHACKER (2005), pp. 243-244. HAAKONSSSEN (1981), p. 153.

³⁸⁶ HAAKONSSSEN (1981), p. 97.

³⁸⁷ V. *infra* 3.2.2.

³⁸⁸ V. *supra* 2.5.

³⁸⁹ HAAKONSSSEN (1981), p. 97.

*(viii) Síntesis sobre los elementos de una Teoría de la Justicia en A. Smith:
derecho natural, contexto histórico y social. Instituciones y Reglas.*

La base de las concepciones jurídicas de Adam Smith se encuentra en sus concepciones sobre la moral, particularmente en el funcionamiento de la empatía y de la figura del espectador imparcial, mecanismos que son dependientes del contexto en el que operan. Esto motiva cuatro reflexiones.

Primero, las concepciones jurídicas de Smith no pueden ser adscritas al positivismo jurídico que separa lo moral de lo jurídico, ni al positivismo científico que centra las virtudes del estudio sistemático en la descripción supuestamente objetiva y en la capacidad de predicción de las teorías. En efecto, las concepciones jurídicas de Smith se enmarcan en la tradición del derecho natural protestante que proviene de Grocio y Pufendorf, secularizada por los naturalistas escoceses Carmichael y Hutcheson. La obra de Smith muestra cómo en su concepción diferentes elementos de moral secular, derecho, economía y política se encuentran indisolublemente vinculados, ofreciendo un desafiante método para abordar el estudio del derecho.

Segundo, para la adecuada comprensión de las concepciones jurídicas y de las instituciones a ellas asociadas y para conjeturar sobre las posibles alternativas de evolución que dichas concepciones e instituciones puedan tener, el estudio del contexto histórico y social en el que se desarrollan y desenvuelven es fundamental. Que dicho estudio sea importante no implica que las concepciones jurídicas sean enteramente determinadas por los factores históricos y sociales. Las concepciones jurídicas de Smith no son contexto-específicas en naturaleza, sino naturalmente universales aunque contexto-dependientes en su aplicación. Por lo tanto, son trans-históricas y están nutridas por la experiencia de su desenvolvimiento en distintos contextos sociales.

Tercero, de la figura del espectador imparcial en el mundo jurídico se derivan dos implicancias del mayor interés. En su primera acepción de ‘conciencia individual’, ella permite reconocer que la justicia tiene su germen en una virtud personal, si bien individual, no pre-social sino que propia de la vida en sociedad. Ello hace que la legitimidad y eficacia de las reformas al derecho vigente sean dependientes no sólo de los atributos y capacidades del legislador, sino además de la coherencia de dichos cambios con las nuevas maneras en que esa virtud en la sociedad respectiva es comprendida, esto es, con sus normas sociales. Consideremos ahora los espectadores reales encargados de aplicar las leyes de justicia y el espectador ideal libre del auto-engaño, esto es, dotado de los atributos de imparcialidad, información suficiente, pertinente y contextual y que empatiza sensitiva y cognitivamente con la situación sometida a su conocimiento. En este caso, la figura del espectador imparcial en el ámbito jurídico puede entenderse como un constante llamado a establecer instituciones idóneas para la aplicación del derecho, a examinar periódicamente dichas instituciones, y a trabajar de manera constante en su mejora continua, particularmente en cuanto a su imparcialidad y capacidades.

Cuarto, siendo su principal criterio diferenciador entre la justicia y otras virtudes el de la precisión de las reglas de justicia frente al carácter difuso e incierto de las normas que regulan las demás virtudes, se encuentra aquí el fundamento para exigir al derecho y a los operadores jurídicos encaminarse hacia el pronto establecimiento de reglas claras, precisas y de aplicación general. Constituye una clara exhortación a favor de una determinada forma de las reglas jurídicas. Dicha forma se opone a estándares abiertos y al otorgamiento de amplios ámbitos de discrecionalidad a quienes han de aplicar las leyes de justicia. Razones para esto radican en la desconfianza de los atributos morales y cognitivos del espectador juez, en su incapacidad para librarse totalmente del auto-engaño y en la posibilidad, en definitiva, que estos resuelvan las controversias en beneficio propio. De allí la importancia que la actividad judicial en sí deba también sujetarse a reglas, que se asegure a los jueces su independencia respecto de los poderes

político y económico y que se dote al sistema de administración de justicia de los demás pilares de una estructura institucional que asegure el sistema natural de libertades. Por razones morales y cognitivas desconfía también del espectador legislador, particularmente de aquél que actúa con un espíritu sistemático, con la ambición de regularlo todo y sin el conocimiento contextual suficiente. Aquél que, en lugar de plasmar en reglas precisas, claras y de aplicación general, mecanismos apropiados de contención y represión de los vicios y de promoción de las virtudes individuales reconocidas en la práctica social –como haría el hombre de auténtico espíritu público– traducirá en estándares abiertos sus ideas racionalistas sobre una sociedad mejor. Actúa también como factor de desconfianza, la posibilidad cierta de que el espectador legislador favorezca intereses de determinados grupos de la sociedad en lugar del interés general. De este modo, a partir de esta investigación, la prioridad por la supremacía del derecho y el gobierno de las reglas (*rule of law*) y el estudio de su respeto por el derecho vigente, aparece como uno de los aportes fundamentales de un enfoque liberal clásico a la teoría del derecho.

2.5. Sobre la posibilidad de concebir un derecho de la competencia desde un enfoque liberal clásico

2.5.1. Elementos en el pensamiento de D. Hume

(i) El rol del derecho en el mercado: gobierno y magistrado.

Se ha sostenido que, en su conjunto, la obra de Hume se centra en establecer un adecuado balance entre ‘libertad’ y ‘autoridad’³⁹⁰ y que en esta búsqueda se aparta tanto

³⁹⁰ HUME [1742](1987); ROTWEIN (1955) p. cii, n.1.

de un modelo de gobierno sabio y utópico³⁹¹ como de un modelo libertario de gobierno mínimo, optando por un gobierno guiado por la factibilidad y viabilidad (*practicability*) de reformas que van siendo introducidas paso a paso y con revisión de las mismas a partir del aprendizaje de la experiencia³⁹².

Ya en el TNH, Hume se refiere al origen del gobierno, como respuesta a la debilidad humana consistente en dejarnos guiar por aquellas pasiones o ventajas triviales que nos parecen más próximas en el tiempo o en el espacio en desmedro de aquellos objetos que nos resultan más lejanos tales como la observancia de las reglas de justicia, no obstante su importancia para la conservación del orden en la sociedad y el ejercicio del comercio³⁹³. Como tal debilidad humana que la naturaleza impone no es modificable por el hombre, lo que el establecimiento de un gobierno persigue es modificar ciertas circunstancias haciendo que la observancia de las reglas de justicia pase a ser nuestro más próximo interés. Sin embargo, al no poder hacer recaer el interés en la observancia de las reglas de justicia en todos los miembros de la comunidad, éste se hace recaer en unos cuantos miembros (reyes, gobernantes, legisladores, jueces, etc.), y he allí el origen del gobierno civil³⁹⁴.

³⁹¹ “All plans of government, which suppose great reformation in the manners of mankind, are plainly imaginary”, HUME [1742](1987), § II.XVI.4.

³⁹² VELK y RIGGS (1985), *passim*.

³⁹³ “Now as everything, that is contiguous to effect on the will and passions, and commonly operates with more force than any object, that lies in a more distant and obscure light. Tho’ we may be fully convinc’d, that the latter object excels the former, we are not able to regulate our actions by this judgment; but yield to the solicitations of our passions, which always plead in favour of whatever is near and contiguous. / This is the reason why men so often act in contradiction to their known interest; and in particular why they prefer any trivial advantage, that is present, to the maintenance of order in society, which so much depends on the observance of justice. The consequences of every breach of equity seem to lie very remote, and are not able to counter-balance any immediate advantage, that may be reap’d from it. They are, nevertheless real for being remote; and as all men are, in some degree, subject to the same weakness, it necessarily happens, that the violations of equity must become very frequent in society, and the commerce of men, by that means, be render’d very dangerous and uncertain.”, HUME [1739-1740](2001) , p. 343, (3.2.7.2), (3.2.7.3)

³⁹⁴ “[A]s ‘tis impossible to change or correct any thing material in our nature, the utmost we can do is to change our circumstances and situation, and render the observance of the laws of justice our nearest

Para Hume, las ventajas del gobierno no están sólo limitadas a la observancia de las reglas de justicia mediante la verificación de su cumplimiento y la adopción de decisiones en caso de controversia, sino que muchas veces el gobierno encaminará a los individuos hacia la adopción de convenciones de interés mutuo (el cual no es percibido hasta entonces por los individuos por la debilidad descrita), y a partir de esto puede desprenderse el origen de la legislación y de otras funciones del gobierno³⁹⁵.

De este modo, Hume identifica un rol importante del gobierno para asegurar la observancia de las reglas de justicia anteriores a él y también para el encaminamiento del bien común mediante la generación de un conjunto de reglas de justicia posteriores a él, particularmente, de aquella que impone obediencia y lealtad con las decisiones de gobierno, con la excepción del desvío de poder y del gobierno tiránico³⁹⁶.

Por otra parte, en el asunto relativo a la disyuntiva entre mercados libres y mercados regulados, los escritos económicos de Hume abordan en extenso problemas de comercio internacional, quizás el asunto más importante de su economía política atendido el contexto³⁹⁷, pero en ellos no existen desarrollos específicos sobre los problemas asociados al monopolio. Su posición en materia de comercio internacional aboga por mayores espacios de libertad frente a la doctrina mercantilista imperante, siendo

interest, and their violation our most remote. But this being impracticable with respect to all mankind, it can only take place with respect to a few, whom we thus immediately interest in the execution of justice. These are the persons, whom we call civil magistrates, kings and their ministers, our governors and rulers, who [...] have an immediate interest in every execution of justice, which is so necessary to the upholding of society. Here then is the origin of civil government and allegiance.”, HUME [1739-1740](2001), p. 344, (3.2.7.6)

³⁹⁵ “*But government extends farther its beneficial influence; and not contented to protect men in those conventions they make for their mutual interest, it often obliges them to make such conventions, and forces them to seek their own advantage, by a concurrence in some common end or purpose.*”, HUME [1739-1740](2001), p. 345, (3.2.7.8).

³⁹⁶ HUME [1739-1740](2001), pp. 345-362, (3.2.8), (3.2.9), (3.2.10).

³⁹⁷ ROTWEIN (1955), pp. lxxii y sptes.

reconocido como un defensor del libre comercio³⁹⁸. La ausencia de reflexiones específicas sobre mercados nacionales y monopolio será subsanada en una fase posterior de su obra. Su sofisticada comprensión del funcionamiento del mecanismo de libertad de precios y de las virtudes que atribuye al mismo, se encuentra consignada en distintos pasajes de su Historia de Inglaterra en donde monopolios del rey, regulaciones de salarios e intereses y otros precios regulados, así como las regulaciones impuestas por las gildas, son objeto de su reproche³⁹⁹.

A partir de lo expuesto, se puede sostener que se encuentran en Hume los elementos que abogarían en favor de la generación de un conjunto de reglas de justicia encaminadas a anular las intervenciones del gobierno (ej. regulaciones de precios, barreras al comercio internacional) y aquellas de los privados (ej. regulaciones por parte de las gildas) que interfieren en el libre desenvolvimiento del mecanismo de precios, es decir, de un derecho antimonopolios establecido de manera progresiva, con reglas generales, claras y sin excepciones en su aplicación⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Para Hume el libre comercio internacional es determinante en el desarrollo del carácter comercial de los pueblos. Con todo, también se encuentran pasajes aislados de defensas excepcionales al proteccionismo. Rotwein, por ejemplo, identifica que en “Of the Jealousy of Trade” Hume reconoce que hay ciertas circunstancias en las que una nación cuyos mercados son satisfechos por el comercio exterior puede enfrentar dificultades en la diversificación de sus recursos. Con todo, estos costos de corto plazo se verían compensados con los beneficios del libre comercio en el largo plazo. ROTWEIN (1955), p. lxxvi, ROTWEIN (1998), p. 694, § 3 – 4. SKINNER (2007), p. 184.

³⁹⁹ “El planteamiento liberal de Hume en sus ensayos no abordó las implicancias en el bienestar de mercados locales libres cuestión a la cual Adam Smith brindó considerable atención en su análisis de la asignación interna de recursos. No obstante, a modo de complemento, en numerosas referencias a regulaciones de mercados locales de las gildas y del período mercantilista que se consignan en su Historia de Inglaterra, Hume aborda directamente el asunto; y, si bien se trata de referencias ad hoc y comparativamente fragmentarias, sus comentarios acá dejan poco espacio a dudas de que Hume también entendió en esencia este aspecto de la doctrina clásica. Ya que, tomadas en su conjunto no sólo contienen una condena a las restricciones a mercados locales, como se encontrarán inequívocamente en la Riqueza de las Naciones, sino que otras tantas revelan además una clara comprensión del mecanismo de precios libres”. ROTWEIN, E. (1955), p. lxxix. V. *Ibidem*, lxxx, lxxxi, con referencias a textos de la Historia de Inglaterra de Hume sobre reproches a la regulación de precios y al establecimiento de precios máximos por ley.

⁴⁰⁰ Es interesante vincular lo que aquí sobre Hume, con el estado de desarrollo en el *common law* de la doctrina de las restricciones al comercio (*restraints of trade*). Para la época en que Hume elabora su

En la sección que sigue se formulan algunas conjeturas a partir del estudio del pensamiento jurídico y económico de Hume para el desarrollo de un enfoque liberal clásico del derecho de la competencia.

(ii) ¿Una función para un derecho antimonopolios?

Primero, el modelo de individuo que ofrece Hume justifica severas revisiones al modelo de individuo de la teoría de la elección racional. De este modo, su pensamiento dialoga bien con las investigaciones sobre aplicaciones de la economía del comportamiento al derecho de la competencia⁴⁰¹.

Segundo, tanto su modelo de individuo –ahora en el caso del gobernante– como sus ideas vinculadas al *rule of law*⁴⁰², plantean un cuestionamiento importante al excesivo uso de la ‘regla de la razón’ o estándares abiertos, que otorgan a la autoridad un amplio margen de discrecionalidad. El *rule of law* exige precisión, certeza y predictibilidad de la aplicación del derecho por la autoridad, valor que, en la utopía de pretender encontrar la

pensamiento, el caso *Mitchel v. Reynolds* (1711) en Inglaterra, un caso sobre cláusulas restrictivas al comercio en la venta de un establecimiento comercial, ya había sistematizado el desarrollo jurisprudencial anterior y serviría de precedente para decisiones durante más de cien años. La doctrina había identificado, por una parte, un imperativo de equidad en la protección frente a una restricción abusiva del derecho a trabajar de la parte más débil y por otra, los beneficios económicos asociados a evitar dichos abusos. Durante el siglo XVIII, además del reproche al otorgamiento de monopolios por la Corona, a las restricciones monopólicas originadas en las gildas y municipios y a las restricciones contractuales en contratos de trabajo y en la venta de establecimientos de comercio, el *common law* había también desarrollado antipatía contra las asociaciones de empresas o carteles; fueron éstos declarados conspiraciones criminales en varios casos (*R. v. Norris* (1758), *R. v. Eccles* (1783), *R. v. Journeymen-Tailors of Cambridge* (1721), *R. v. Mawbey* (1796)) y los acuerdos entre sus miembros no eran susceptibles de hacerse cumplir jurídicamente (*Cousins v. Smith* (1807)). Sin embargo, es bajo un prisma mercantilista que estas decisiones judiciales deben ser analizadas y comprendidas. TREBILCOCK (1986), pp. 3-14.

⁴⁰¹ V. p.ej., HEINEMANN (2015) y, TOR (2014).

⁴⁰² V. *infra*, 3.2.1.

decisión correcta (más eficiente, que más incrementa la riqueza total) para cada ocasión, sobre la base de un análisis caso a caso, sufre un menoscabo.

Tercero, la evaluación del impacto en los mercados de las actuaciones y decisiones de las autoridades de competencia no debería limitarse a identificar vía regresiones econométricas en qué medida han disminuido los precios, mejorado la calidad de productos o servicios o incrementado su cantidad producida, o aumentado la inversión en investigación y desarrollo, sino que además debería evaluar cualitativamente el sistema respecto de su aptitud para haber creado un sistema de reglas que a su vez genere el sistema de comportamiento individual al que se aspira.

Cuarto, las críticas de Hume contra ciertas regulaciones públicas en favor del gobierno o de privados y sus ideas sobre el progreso como fruto del desarrollo comercial de los pueblos, son elementos que bien se pueden vincular con justificaciones para el fomento de la competencia mediante la búsqueda de la derogación de regulaciones que la impidan, limiten o restrinjan (crecimiento de los mercados fruto del cambio institucional).

No siendo los anteriores los únicos puntos de vinculación que es posible identificar al traer el pensamiento de Hume al día de hoy, no obstante, surgen algunas inquietudes en relación con dos de sus ideas y cómo conjugarlas con un enfoque practicable del derecho antimonopolios: las ideas de auto-contención del interés individual en el surgimiento de las reglas de justicia y la idea de estabilidad de las posesiones.

Primero, ¿es verosímil sostener que una auto-contención del auto-interés ha desempeñado un rol en el surgimiento de las reglas de justicia antimonopolios? ¿El monopolista individual o potenciales monopolistas colectivos, se auto-contienen en la expectativa que su conducta sea reciprocada y no resulten ellos mismos víctimas de ilícitos monopólicos en un futuro? La historia en este caso parece brindar un buen

ejemplo sobre la insuficiencia del derecho surgido espontáneamente: la incapacidad de la doctrina de las restricciones al comercio (*restraints of trade*) surgida en el *common law* para anular efectivamente las barreras impuestas a la libre competencia por los gobiernos y por los particulares. En el presente, un derecho antimonopolios que no se base en legislación específica no se conoce en jurisdicción alguna.

¿Significa que la idea evolutiva de Hume de auto-contención del auto-interés carece de todo sentido en estas materias? No del todo. En primer lugar, la legislación no se basta a sí misma y requiere de su aplicación efectiva y de la supervisión de su cumplimiento. Y, además, cabe considerar las reglas informales (*norms*) en base a las cuales los individuos también adecúan su comportamiento. En definitiva, entre la promulgación de la legislación y el cumplimiento efectivo de sus disposiciones existe un importante espacio para un desarrollo evolutivo en que las empresas e individuos van adaptando su comportamiento al nuevo contexto constituido por las disposiciones en sí, las posibilidades y frecuencias de su aplicación y las demás reglas informales que rigen a la comunidad. Lo que en último término se llegará a verificar es un cambio cultural en el comportamiento de individuos y empresas que puede asimilarse a esta idea de auto-contención o bien de interés en el cumplimiento de las reglas (p.ej. *compliance programs*).

Segundo, ¿es compatible el desarrollo de una regla de estabilidad de las posesiones como argumenta Hume con un derecho de la competencia cuya aplicación efectiva priva a los sujetos infractores de sus posesiones (rentas monopólicas)? La pregunta es particularmente interesante en contextos regulatorios o de mercado que han permitido la generación de rentas monopólicas por un largo período, superior a los mayores plazos de prescripción adquisitiva que contempla la legislación, pretendiendo los favorecidos invocar derechos adquiridos sobre dichas rentas.

Una primera reflexión sobre lo anterior debe remitirnos a la aprobación moral de las reglas en Hume. Reglas vigentes que obstaculizan la competencia, por ejemplo, que autorizan barreras legales a la entrada, que favorecen o legitiman la creación de carteles, etc. ¿satisfacen el mecanismo de aprobación moral, particularmente al utilizar el principio de comunicación de la empatía que nos llevaría a experimentar sentimientos de reprobación una vez reconocida la injusticia de la situación? La respuesta es compleja, pero es probable que, en la mayoría de los casos, el mecanismo de aprobación moral conduzca a la derogación de reglas que permiten mantener situaciones anticompetitivas favoreciendo a unos en desmedro de otros, particularmente, si la investigación se abre al origen histórico de dichas reglas.

Una segunda reflexión, quizás más importante que la anterior, tiene que ver con formular la regla básica que parecería entonces implícita en el derecho de la competencia y que quizás por obvia no se consigna en los textos, y esta sería que *‘no se garantiza la estabilidad en la posesión de rentas monopólicas en ausencia de causa de justificación legítima reconocida por el derecho’*. Es decir, conjugando lo que enseña Hume sobre la aprobación moral de la justicia (reglas anti-competencia no son legítimas) e identificando una regla básica implícita en el derecho de la competencia (sobre rentas monopólicas no se asegura estabilidad de su posesión), parecería posible conjugar la estabilidad de las posesiones con un sistema de derecho encaminado a la desestabilización de algunas de ellas.

2.5.2. Elementos en el pensamiento de A. Smith

(i) Sistemas de economía política⁴⁰³

⁴⁰³ V. SMITH [1776](1994), pp. 539 y ss.

El ‘sistema de la libertad natural’ constituye para Smith el núcleo central de su propuesta en economía política, que contrapone con lo planteado tanto por mercantilistas como por fisiócratas, reconociéndose más cercano a lo que proponen estos últimos⁴⁰⁴. En lo fundamental, el ‘sistema de la libertad natural’ o ‘perfecta libertad’ supone la ausencia de distorsiones artificiales en los precios (impuestos, monopolios, subsidios) toda vez que éstas alteran la distribución natural de los recursos y retrasan la opulencia de los estados⁴⁰⁵. Dado que las distorsiones artificiales en los precios se minimizan garantizando importantes grados de libertad a los individuos, asegurar esta libertad es también una parte esencial del concepto⁴⁰⁶. En dicho sistema, el ejercicio de las libertades individuales es protegido y promovido por el derecho⁴⁰⁷, pero los excesos en dicho ejercicio que implican una afectación a la seguridad de la sociedad, a la seguridad del público en general, o que implican un daño a otro, esto es, una injusticia, son castigados también por el derecho⁴⁰⁸. El problema surge porque algunas de las limitaciones establecidas por las leyes carecen de justificación razonable y se apartan del

⁴⁰⁴ SMITH [1776](1994), p. 657, (IV.9.38). FLEISCHACKER (2005), p. 33.

⁴⁰⁵ SMITH [1776](1994), p. 106, (I.7.30). *Ibidem*, pp. 654-655, (IV.9.27). *Ibidem*, p. 659, (IV.9.50-IV.9.51).

⁴⁰⁶ “Este sería el caso al menos en una sociedad donde se permitiese que las cosas siguieran su curso natural, donde hubiese total libertad, y donde cada persona fuese perfectamente libre tanto para elegir la ocupación que desee como para cambiarla cuantas veces lo juzgue conveniente”. *Ibidem*, pp. 152, 153, (I.10.1). También en pp. 560, 659, (IV.2.42) y (IV.9.51).

⁴⁰⁷ “La ley debe apoyar, no infringir [la libertad natural]”. *Ibidem* p. 417, (II.2.94). El esfuerzo continuo e ininterrumpido en mejorar la propia condición individual es “protegido por la ley y [...] gracias a la libertad se ha ejercitado de manera provechosa”. *Ibidem*, p. 444, (II.3.36). Smith ofrece además evidencia historiográfica que muestra que se trata de un sistema de libertad apoyado en instituciones de gobierno que están a su servicio: “The system of government now supposes a system of liberty as a foundation”. *Idem*, LJ(A) v.5, p. 271 y v.1-v.12, pp. 270-274 y en un sistema de administración de justicia: *Ibidem*, v.12-v.43, pp. 274-287, y v.108-v.112, pp. 313-315.

⁴⁰⁸ “[T]odo ejercicio de la libertad natural de unos pocos individuos que pueda poner en peligro la seguridad de toda la sociedad es y debe ser restringido por las leyes de todos los estados, de los más libres y los más despóticos” SMITH [1776](1994), p. 417, (II.2.94). La imposición de ciertas prohibiciones y obligaciones a los banqueros permite que “sus actividades pued[a]n ser dejadas en todos los demás aspectos en completa libertad, con total seguridad para el público”. *Ibidem*, p.423, (II.2.106). “Toda persona, en tanto no viole las leyes de la justicia, queda en perfecta libertad para perseguir su propio interés a su manera y para conducir a su trabajo y su capital hacia la competencia con toda otra persona o clase de personas”. *Ibidem*, p.659, RN (IV.9.51).

sistema de libertad natural y justicia natural⁴⁰⁹. Se tratará entonces, por lo general, de leyes que conducen a distorsiones artificiales en los precios, que limitan la libertad para ingresar a ciertos mercados y que, en definitiva, favorecen a un reducido grupo de individuos en perjuicio del resto. “Si se restaura la libertad natural para ejercitar su laboriosidad de la forma que deseen todos los súbditos de su majestad...es decir, si se quiebran los privilegios exclusivos de las corporaciones y deroga el estatuto de los aprendices, dos grandes usurpaciones de la libertad natural, y se añade la abolición de la ley de residencia, para que los trabajadores que pierdan su empleo en un oficio o en un lugar lo puedan encontrar en otro oficio o en otro lugar sin temer ni la persecución ni la expulsión, entonces ni la comunidad ni las personas sufrirán mucho cuando quiebren algunas industrias...”⁴¹⁰. Aquí cobra aplicación uno de los principios que vinculamos con las ideas de Smith sobre el rule of law en cuanto a que, si bien crítico de variada legislación vigente, se inclina por reformas progresivas y no sistemáticas a estas leyes⁴¹¹. Estimamos importante consignar que el sistema de libertades naturales no pretende ser una situación idealizada o utópica de ‘perfecta libertad’⁴¹², sino por el contrario, es el legislador el encargado de establecer y garantizar un sistema tal, lo que no estará en condiciones de hacer si sólo obedece a intereses parciales de grupos o individuos dentro de la sociedad⁴¹³. Tampoco se encuentra asociado a una idea libertarista de estado mínimo o laissez-faire, lo que correspondería a una lectura incorrecta pero bastante difundida⁴¹⁴. En definitiva, se trata de un argumento retórico

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p.596, (IV.7.130), (IV.5.55). FLEISCHACKER (2005) , pp. 171, 172.

⁴¹⁰ SMITH [1776](1994),p. 560 (IV.2.42).

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 596, (IV.7.130). V. *infra* 3.2.2.

⁴¹² Smith crítica al fisiócrata Quesney en los siguientes términos: “*El Sr. Quesney, él mismo un médico muy estudioso, parece haber abrigado una noción similar con respecto al cuerpo político, y haber conjeturado que podría desarrollarse y prosperar sólo bajo un régimen especial, el régimen preciso de la libertad y una justicia perfectas. [...] Si ninguna nación pudiese desarrollarse salvo con el disfrute de una libertad y una justicia perfectas, entonces en el mundo ninguna nación podría haberse desarrollado jamás.*”*Ibidem*, p. 655 (IV.9.28). FLEISCHACKER (2005) p. 179.

⁴¹³ FLEISCHACKER (2005), p. 72.

⁴¹⁴ De hecho, en el sistema natural de libertades el soberano tiene 3 deberes de gran importancia: defensa externa, administración de justicia y buen gobierno y “*construir y mantener esas instituciones y obras*

utilizado en función de la estructura de RN415, que se conjuga con la admiración de Smith y de otros pensadores sociales de su época por la construcción científica de sistemas de explicación de los fenómenos⁴¹⁶, que persigue favorecer al individuo común y no a grupo de interés alguno, y que Smith habría desarrollado a partir de las enseñanzas de su maestro Hutcheson⁴¹⁷. Con todo lo expuesto, sin embargo, la idea de un ‘sistema natural de libertades’ ha sido también leída como la más clara expresión de un proceso de objetivación de la idea de intercambio experimentado en la historia del pensamiento económico que condujo a un naturalismo, esto es, la creencia en la existencia de un orden económico racional, cuya intervención es inútil y dañosa⁴¹⁸.

De lo expuesto en la sección anterior, parece existir claridad del repudio que Smith manifestó en general frente a los monopolios basados en un poder público, vale decir la legislación o los privilegios otorgados por el gobernante. Una reconstrucción reciente de la teoría económica del monopolio en Smith parece consistente con lo que aquí se postula⁴¹⁹.

Sin embargo, dado que esta sección se pregunta no por el reproche a los monopolios, sino por los elementos en Smith para un derecho antimonopolios, interesa detenerse en dos capítulos que integraron sus clases de teoría del derecho: la distinción entre leyes de justicia y leyes de policía; y, evaluar en qué medida Smith continuó o se apartó de la tradición que le precedió sobre el reproche a los monopolios y la teoría del justo precio.

públicas que aunque sean enormemente ventajosas para una gran sociedad son sin embargo de tal naturaleza que el beneficio jamás reembolsaría el coste en el caso de ningún individuo o número pequeño de individuos y que, por lo tanto, no puede esperarse que ningún individuo o grupo reducido de individuos vayan a construir o mantener.” SMITH [1776](1994),p. 665-685 y ss.

⁴¹⁵ FLEISCHACKER (2005), pp. 11, 14.

⁴¹⁶ FLEISCHACKER (2005), p. 33.

⁴¹⁷ FLEISCHACKER (2005), pp. 86, 164.

⁴¹⁸ LANGHOLM [1998] (2006), p. 176.

⁴¹⁹ SALVADORI y SIGNORINO (2012)

(ii) Leyes de justicia y leyes de policía

En sus clases, Smith brindó diferentes definiciones para *jurisprudence* o teoría del derecho: en LJ (B) la definió primero como *la ciencia que investiga los principios generales que deben servir de fundamento para las leyes de todas las naciones*⁴²⁰; luego, se refiere a ella como *la teoría sobre los principios generales del derecho y del gobierno*⁴²¹. En LJ (A) sostuvo que es *la teoría de las reglas por las cuales los gobiernos civiles deben ser dirigidos, que intenta exponer los fundamentos de los diferentes sistemas de gobierno en diferentes países y mostrar en qué medida se encuentran fundados en la razón*⁴²².

Los cuatro grandes objetos del derecho (LJ (B)) o cuatro asuntos propios del diseño de todo gobierno (LJ (A)), era: la Justicia (*Justice*), la Policía (*Police*), los Ingresos Fiscales (*Revenue*) y la Defensa (*Arms*). Siguiendo a los grandes tratadistas del derecho natural protestante, formaban parte también del estudio las leyes de las naciones. De esta categorización de normas jurídicas, nos interesa distinguir entre las leyes de justicia y las leyes de policía⁴²³, distinción que ya se sugiere en TSM⁴²⁴.

Smith expresa que una vez que las finalidades de la justicia se encuentran aseguradas (protección de la posesión segura y pacífica de la propiedad, ‘paz interna’), el gobierno se interesará en promover la opulencia del estado. Esto dará lugar a lo que denomina *police*, que son todas aquellas regulaciones creadas respecto del comercio internacional,

⁴²⁰ SMITH [1762-1764](1982) (B) 1. La misma definición se contiene en SMITH [1759](1997) (VII.iv.37).

⁴²¹ SMITH [1762-1764](1982) (B) 5

⁴²² SMITH [1762-1764](1982) (A) i.1

⁴²³ La palabra proviene del francés, SMITH [1762-1764](1982) (A) i.1, LJ (A) p. 331, y LJ (B) p. 486

⁴²⁴ “*In the laws of Cicero and Plato, where we might naturally have expected some attempts towards enumeration of those rules of natural equity, which ought to be enforced by the positive laws of every country, there is, however, nothing of this kind. Their laws are laws of police, not of justice.*” SMITH [1759](1997), p. 404, (VII.iv.37).

comercio interno, agricultura, y manufactura en el país. Identifica dentro de esta categoría algunas regulaciones tales como las referidas al aseo y a la salubridad pública, y a la seguridad pública de los habitantes frente a accidentes y a delitos; pero identifica como las más importantes, las que están referidas al *bon marché or cheapness of provisions*. Esta rama de regulaciones de policía procura mantener el mercado bien abastecido de toda clase de mercaderías, e incluye no sólo la promoción de una expedita comunicación entre la ciudad y el campo, sino también la riqueza de los países vecinos⁴²⁵.

Smith nunca llega a formular de manera explícita una distinción acerca de los diferentes principios que regían a las leyes de justicia y a las leyes de policía. Sin embargo, al referirse a cuestiones de policía, generalmente hablará de ‘regulaciones’ o, derechamente, de ‘regulaciones de policía’ y, en algunos casos, se referirá al objetivo específico que estas persiguen. En cambio, parece claro que lo que caracteriza a las leyes de justicia es su formulación por medio de reglas generales y precisas, surgidas desde la anónima posición del espectador imparcial. Lo anterior haría entender que lo central de las leyes de policía es que se trata de *regulaciones con objetivos específicos o particulares*⁴²⁶ y estos objetivos serían entonces la base de la evaluación que debe hacerse a su respecto.

Por otra parte, es importante destacar aquí la vocación normativa o deontológica a que aspira la teoría del derecho de Smith. Se trata de *principios generales que deben regir las leyes de todas las naciones o los gobiernos civiles*. Su objetivo no es una mera presentación descriptiva del derecho vigente tal cual es. Si bien esta vocación normativa es clara respecto del tratamiento de Smith sobre las leyes de justicia (derecho privado,

⁴²⁵ SMITH [1762-1764](1982) (A) i.2.-i.4, pp. 5-6.

⁴²⁶ HAAKONSSSEN (2007), p. 95. Una naturaleza similar tendrían las regulaciones que tratan de los ingresos fiscales (*Revenue*) y de la defensa nacional (*Arms*). Las leyes de las naciones, en cambio, serían equivalentes a las leyes de justicia pero referidas a las relaciones entre estados. *Ibidem*, p. 96.

derecho doméstico, derecho público), no lo es tanto tratándose del enfoque con el que aborda las leyes de policía. En efecto, para éstas no provee ningún marco normativo general alternativo al del espectador imparcial –propio de las leyes de justicia– para la evaluación de las regulaciones de policía, a pesar que los objetivos específicos que persiguen éstas podrían cumplir dicha función. La ausencia de un marco normativo diferente al de las leyes de justicia que debiera servir de lineamiento para el encuadre de las leyes de policía permite defender el carácter central de las leyes de justicia y de los principios que las rigen y, consecuentemente, la dependencia a su respecto de las otras ramas del derecho –de las leyes de policía en particular⁴²⁷.

Para el propósito de reconstruir el enfoque liberal clásico, parece fundamental entonces intentar identificar si el derecho de la libre competencia podría asimilarse a las leyes de justicia o más bien a las leyes de policía, en la clasificación de Smith. Las regulaciones de policía admitirían un carácter instrumental y la consideración de objetivos específicos, cuestiones que las reglas de justicia no permiten; por otra parte, carecerían de un fundamento normativo general propio que oriente su forma y contenido.

La aplicación directa por la autoridad administrativa sujeta a la revisión judicial de un tribunal, que es el modelo institucional para el derecho de la competencia seguido en gran parte de las jurisdicciones, pareciera responder a la categorización de Smith: aplicación administrativa de regulaciones de policía, sujeta a la revisión judicial de que dicha aplicación no vulnere reglas de justicia. En cambio, tratándose de los modelos institucionales en que es un tribunal de justicia el órgano que efectúa la primera aplicación del derecho de la competencia, parece ser coherente adscribir éste a las leyes de justicia. Adicionalmente, la diferenciación entre el derecho de la competencia como

⁴²⁷ HAAKONSSSEN (2007), pp. 96-97.

‘regulación indirecta’ y las regulaciones directas propias de monopolios naturales y de industrias de red –entre otras situaciones, también permitiría apoyar la adscripción del derecho de la competencia a las leyes de justicia y no a las leyes de policía. Por último, otro elemento a considerar para la posición que adoptemos sobre este asunto, es la asimilación que pueda hacerse respecto del origen de uno y otro tipo de leyes, esto es, leyes de policía-origen legislativo frente a leyes de justicia-origen judicial. En la síntesis tomamos posición al respecto.

(iii) De los privilegios exclusivos

En la enumeración de derechos adquiridos reales, Smith considera los privilegios exclusivos⁴²⁸. Diferentes tipos de monopolio caen dentro de esta categoría, por lo que merece la pena detenerse a su respecto en esta investigación.

Un privilegio exclusivo es el derecho que tiene una persona para excluir a otros de la posesión, uso, consumo o explotación de algo, pero sin ser propiamente el dueño de ello⁴²⁹. La explicación de Smith parece asociar bajo la categoría de privilegios exclusivos cuestiones del todo diferentes como son las prerrogativas que tiene quien dice ser heredero durante el período que va desde el fallecimiento del causante hasta que asume la calidad de heredero, los privilegios legales de los inventores y creadores de obras artísticas, y los monopolios y privilegios de comercialización exclusiva de productos de que gozan las corporaciones. Sostiene que algunos privilegios exclusivos tienen su origen en la razón natural, en tanto que la mayoría son creaciones de las

⁴²⁸ SMITH [1762-1764](1982) (B) 174, p. 471.

⁴²⁹ SMITH [1762-1764](1982) (A) ii.27, p. 81. HAAKONSSSEN (1981) p. 111.

constituciones civiles o del derecho civil de los países. Agrega que la mayor parte de estos últimos son perjudiciales para la sociedad⁴³⁰.

Como una categoría de privilegios exclusivos que ‘*no puede hacer daño y puede hacer el bien en alguna medida*’ considera los privilegios legales de inventores y de creadores de obras literarias que a la fecha otorgaban a sus titulares catorce años de explotación exclusiva, según leyes de 1623 y 1709, respectivamente⁴³¹. Merece la pena destacar el fundamento de estos privilegios exclusivos y su fuente positiva y no natural. En cuanto a lo primero, no existe referencia alguna acá al espectador imparcial que empatice con las razonables expectativas del inventor o creador, sino que se trata de un privilegio que otorga el derecho vigente del país como ‘recompensa del ingenio’ o como ‘incentivo al trabajo del hombre ilustrado’, por lo tanto es una idea de asignación por mérito o derechamente una concepción proto-utilitarista la que puede identificarse acá. Además, para Smith, las normas que establecen estos privilegios se apartan de las leyes naturales de la justicia y son fruto del derecho positivo. En este sentido, es escéptico frente a la capacidad del legislador para definir el período de duración del privilegio⁴³² y afirma que las leyes naturales brindarían al creador derechos bastante más acotados que los que otorga, ‘sin embargo’, el derecho positivo⁴³³. Con todo, en cuanto se trata de una categoría más bien inocua, estos privilegios no deben ser condenados.

⁴³⁰ SMITH [1762-1764](1982) (A) ii.27 – ii.30, pp.81 y ss. El desarrollo completo, hasta ii.41. Más resumidamente en SMITH [1762-1764](1982) (B), 174-175, pp. 471-472.

⁴³¹ SMITH [1762-1764](1982) (A) ii.31-ii.33, p.83.

⁴³² “*For if the legislature should appoint pecuniary rewards for the inventors of new machines, etc. they would hardly ever be so precisely proportioned to the merit of the invention as this is.*” SMITH [1762-1764](1982) (A) ii.31, p.83. Lo anterior, porque más que con los años de duración del privilegio, la retribución o beneficio estarán asociados con lo provechoso o no del invento para la humanidad pudiendo hacer rico a su inventor en el primer caso y no reportándole ningún beneficio en el segundo.

⁴³³ “*Now suppose that a man had wrote a book and had lent it to another who took a copy of it, and that he afterwards sold this copy to a third; would there be here any reason to think the writer was injured. I can see none, and the same must hold equally with regard to printing. The only benefit one would have by writing a book, from the natural laws of reason, would be that he would have the first on the market and may be thereby a considerable gainer. The law has however granted him an exclusive priviledge for 14 years, as an encouragement to the labours of learned men*” SMITH [1762-1764](1982) (A) ii.32, p. 83.

Pero, afirma Smith, son pocos los privilegios exclusivos inocuos. Todos los monopolios, en particular, son extremadamente perjudiciales⁴³⁴. Esboza interesantes fundamentos sobre este carácter. En primer lugar, los monopolios se oponen a la riqueza del estado, que identifica con precios baratos de las mercaderías: como los monopolios llevan aparejada la dificultad en la provisión de las mercaderías necesarias para la vida, tienden a promover la pobreza⁴³⁵. Un monopolio para producir y vender un determinado producto incrementará significativamente el precio y quizás disminuya la cantidad, obteniendo por esta vía un enorme beneficio con un menor gasto en materiales y trabajo que en el caso de haber tenido varios la misma libertad para producir y vender. Alzas de precio y disminución de los volúmenes de producción son consecuencias comunes a todos los demás monopolios⁴³⁶.

Luego de hacer la anterior referencia a monopolios de privilegio individuales, Smith arremete contra los monopolios colectivos de las corporaciones. El privilegio exclusivo otorgado a una corporación⁴³⁷ para la comercialización de algún producto dentro de un pueblo, unido a las leyes de aprendizaje que exigen a todo interesado en comerciar algún producto cumplir con un período de aprendizaje en la corporación respectiva, generan las condiciones para que los miembros de la corporación no actúen independientemente sino que acuerden los términos de precios y volúmenes de producción. *“Aquí el privilegio no recae en la persona de un único individuo, pero como el número [de los miembros de la corporación] es fijo, ellos con gusto entrarán en contacto para mantener elevado el precio de la mercadería”*⁴³⁸. Estos monopolios no sólo son perjudiciales para

⁴³⁴ “All monopolies in particular are extremely detrimental” SMITH [1762-1764](1982) ii.33 p. 83.

⁴³⁵ “[A]ll monopolies evidently tend to promote the poverty” SMITH, [1762-1764](1982) (A) ii.33 p.83.

⁴³⁶ SMITH [1762-1764](1982) (A) ii.33 - ii.34, pp. 83-84.

⁴³⁷ La corporación a la que se refiere Smith es equivalente al gremio o guilda que agrupa a todos quienes comercializan un determinado producto.

⁴³⁸ SMITH [1762-1764](1982) (A) ii.35, p. 84. Antecedente de la frase de RN tan recurrentemente citada en contexto antimonopolios, SMITH [1776], (1994), p. 191.

la comunidad, sino también para las propias corporaciones cuando actúan como clientes de otras corporaciones cuyos miembros actúan como un monopolio colectivo⁴³⁹.

Con esta base crítica a los monopolios Smith apunta a la legislación vigente. Antiguas constituciones establecieron monopolios que quizás tuvieron justificación en un primer período pero que ya no se justifican, resultan en extremo perjudiciales y desincentivan la industria y la mejora en las artes y oficios. Lo mismo aplica a los privilegios exclusivos de las corporaciones: la formación de las ciudades y las necesidades de defensa y subsistencia de sus miembros en una primera etapa hicieron necesarias protecciones al comercio que mantuvieran acotado un excesivo incremento de rivales, y su razonabilidad se justifica por haber sido práctica común en las naciones europeas. Pero extinguidas las necesidades de esa primera etapa, sería deseable que tanto éstos como varios otros vestigios de la antigua teoría del derecho (*old jurisprudence*) fueran removidos⁴⁴⁰.

Finalmente, al volver sobre estas cuestiones en su sección de las regulaciones de policía, Smith agregará que es por los anteriores efectos nocivos del monopolio y privilegios exclusivos que suele encomendarse la fijación de precios por parte de jueces, sin embargo, admite al mismo tiempo que esa no es la mejor solución ya que lo que sí permitiría evitar tales efectos es la eliminación de esas regulaciones que permiten los monopolios y el restablecimiento de la libre competencia⁴⁴¹.

Varias reflexiones resultan oportunas sobre este tratamiento de Smith a los monopolios individuales y colectivos. Primero, que el tratamiento lo hace dentro del núcleo de la teoría del derecho que enseñó en sus clases, al tratar de los derechos reales

⁴³⁹ SMITH [1762-1764](1982) (A) ii.35-ii.36, p. 84.

⁴⁴⁰ SMITH [1762-1764](1982) (A) ii.38-ii.41, pp. 85-86.

⁴⁴¹ SMITH [1762-1764](1982) (A) vi.87-vi.89, pp. 363-364. SMITH [1762-1764](1982)B) 231-232, p. 497-498.

en el derecho privado. En seguida, que los monopolios constituyen un tipo de derecho adquirido real, un privilegio exclusivo originado no en la naturaleza, sino en la legislación positiva. Luego, que en su creación por el legislador hubo consideraciones proto-utilitaristas que justificaron su existencia ('formación de las ciudades y las necesidades de defensa y subsistencia de sus miembros'). Pero que transcurrida la fase inicial de desarrollo, las justificaciones de ese primer período no resultan pertinentes más tarde y surge otro conjunto de argumentos proto-utilitaristas que le resta legitimidad a la mantención de dichos derechos (los monopolios 'promueven la pobreza', 'incrementan los precios', 'disminuyen las cantidades disponibles', 'generan beneficios excesivos al monopolista', 'afectan a la comunidad', etc.). La única libertad que implícitamente se entiende afectada en la presentación de Smith es la de aquellos comerciantes que a raíz del privilegio exclusivo carecen de la libertad de comerciar por su cuenta, si no es sometiendo a los estatutos de la corporación. Por último, lo que Smith siempre tiene a la vista en esta presentación son los monopolios generados o facilitados por el gobernante, monopolios de privilegio en buenas cuentas. Así, por ejemplo, no declara que el acuerdo de precios entre los miembros de una corporación sea ilícito, sino que el problema radica en el estatuto del aprendizaje que permite que se mantenga fijo el número de posibles proveedores del producto o servicio. La solución, por tanto, es la derogación de aquellas leyes que han perdido legitimidad, y la introducción de libre competencia⁴⁴². Mientras dicha derogación no tenga lugar, una solución alternativa, menos ventajosa, es la fijación judicial de tarifas máximas, solución que nunca será tan buena como restablecer la libre competencia⁴⁴³.

La presentación de Smith hace dudar que haya tenido en mente problemas originados a partir de la revolución industrial como son el crecimiento de la gran empresa, el monopolio de eficiencia, las economías de escala y otros tipos de barreras a la entrada,

⁴⁴² SMITH [1762-1764](1982) (A) vi.89, p. 364.

⁴⁴³ *Ibidem* y, también, SMITH, [1762-1764](1982) (B) 232, pp.498.

así como otros desarrollos en organización industrial. Esto quizás haría sostener que las materias de monopolización/abuso de posición dominante y control preventivo de operaciones de concentración, al margen de barreras legales a la entrada, no serían concebibles para Smith. Surge entonces la pregunta de por qué no tomó por completo la tradición del justo precio y las teorías que en torno a ella se construyeron para el monopolio, lo que habría dejado claramente cubierta la situación de los monopolios individuales o colectivos exclusivamente privados.

(iv) El reproche a los monopolios antes de Smith. Recepción parcial de la tradición.

Smith recoge sólo selectivamente lo que la tradición anterior a su obra había sostenido respecto de los monopolios. Aquí se busca una explicación.

Quienes han estudiado el pensamiento jurídico-económico medieval, en especial los desarrollos de la escolástica, han identificado una larga tradición de reproche contra los ilícitos monopólicos cometidos por particulares. Esta tradición, si bien con matices, se extendería incluso al período más libertario de la llamada ‘segunda escolástica’ por parte de los autores de la ‘Escuela de Salamanca’⁴⁴⁴. Los particulares que incurrían en ilícitos monopólicos, sea que obraran con o sin ayuda del gobernante, recibían igualmente un reproche jurídico-moral por vulnerar la doctrina del justo precio, bajo la que se subsumían no sólo los ilícitos monopólicos sino también la lesión enorme⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ DE ROOVER, [1974](1987), pp. 169 y ss., en esp. pp. 175 y ss. LANGHOLM [1998](2006), pp. 94-99.

⁴⁴⁵ Sobre la vinculación del tratamiento del monopolio a la teoría del justo precio, De Roover expresa: “Grocio y Pufendorf tienen un capítulo sobre valor y precio. Ambos capítulos tienen la marca de la influencia escolástica[...]Para ambos[...]la teoría del monopolio es sólo un apéndice a su teoría del precio justo.[...]Aunque Adam Smith debió haber leído esos capítulos, es lamentable que no hizo mejor uso de ellos.” DE ROOVER [1998](2006)pp. 199-200. En la relación entre derecho y conductas económicas a través de la historia, Gerber identifica tres conjuntos de normas que se agruparon durante la Alta Edad Media, período formativo del *Ius Commune*: la prohibición de la usura, la norma del justo precio y el reproche al monopolio. Estas tres vertientes se mantuvieron durante toda la evolución del

Recapitulando lo referido sobre la aproximación de Smith en estas materias, el autor parece tener en mente sólo dos figuras para referirse al monopolio en sentido amplio: (i) el monopolio individual en sentido estricto, respaldado por la autoridad pública y que dice relación principal con el comercio internacional; y (ii) los privilegios exclusivos de las corporaciones, que dan lugar a un monopolio colectivo por la conjunción de dos factores: uno público, que es el privilegio de la corporación o gremio respectivo y uno privado, la limitación del número de miembros de la corporación o gremio unida al acuerdo anticompetitivo entre dichos miembros.

Siendo sólo éstos los monopolios que describe, las medidas o remedios considerados por Smith son principalmente de carácter político: derogación paulatina de leyes que impiden el libre comercio internacional⁴⁴⁶, de las que brindan privilegios exclusivos a las corporaciones, de aquellas que extienden innecesariamente la duración del contrato de aprendizaje, etc⁴⁴⁷. En el plano jurídico-judicial, la única medida que identifica es la regulación de precios por parte de un magistrado⁴⁴⁸. Tratándose de los factores

derecho común. La inclusión del tratamiento del monopolio dentro de la doctrina del justo precio se remonta a los canonistas de la Alta Edad Media. GERBER (1994), pp. 673 y ss., en esp., pp. 703 y ss., p. 722. GERBER (1998), pp. 34 y ss.

⁴⁴⁶ SMITH, [1776](1994), p. 596 (IV.7.130)

⁴⁴⁷ “*Los privilegios exclusivos de los gremios, los estatutos de los aprendices, y todas aquellas leyes que restringen la competencia en algunos sectores concretos y la limitan a un número menor de competidores del que en otras circunstancias podría acceder a ellos tienen el mismo efecto [el aumento del precio de mercado por sobre el precio natural], aunque en un grado menor. [...] Estos incrementos del precio de mercado perduran hasta tanto lo hagan las reglamentaciones políticas que los han ocasionado.*” SMITH, A. [1776](1994), p. 105, original en RN (I.7.28, I.7.29). *Ibidem* pp. 178 y ss., RN (I.10.56) y ss.

⁴⁴⁸ Claramente, la alusión a la regulación de precios por un magistrado la formula en términos descriptivos. En cambio, expresa en términos normativos que, en lugar de la regulación de precios, permitir la libre competencia brindaría la mejor solución para la abundancia de productos en el mercado. SMITH [1762-1764](1982) (A) vi.89, p. 364. Desde un enfoque contemporáneo, Binmore recoge una idea similar frente a la situación hipotética de un monopolio legal en la producción de sal, donde el monopolista es capaz de discriminar precios perfectamente (es decir, una situación donde se inclina la distribución de excedentes en favor del monopolista y en perjuicio de los clientes, pero se mejora la eficiencia asignativa en relación a un monopolista de un único precio). Para abordar el problema distributivo que tal situación plantea, su planteamiento nos lleva a entender que las soluciones tanto de un

exclusivamente privados en la constitución de monopolios, sencillamente o no concibe monopolios individuales sin auxilio legal, o bien el derecho no parece ser instrumento idóneo para impedir acuerdos anticompetitivos sin afectar la libertad de reunirse⁴⁴⁹.

De hecho, nunca llegará a sostener que los monopolios son ‘injustos’ según acertadamente constata Fleischacker, sino que dirá que elevan artificialmente el precio de los bienes y del trabajo, que son un gran enemigo de la buena gestión y que llevan a una inversión ineficiente de los recursos de una nación⁴⁵⁰. Es más, los privilegios exclusivos, la mayoría de los cuales han sido establecidos por el derecho positivo –por las ‘constituciones civiles’– son ‘derechos adquiridos’ en la taxonomía de Smith. Las razones para eliminarlos es que retardan el progreso de la opulencia de los estados y

utilitarista de derecha como de un libertario se inclinarían por la no intervención: el primero, fundado en la mejora en la eficiencia asignativa frente a la situación del monopolista de un único precio; el segundo, fundado en la no afectación de los derechos de propiedad del monopolista. Un utilitarista de izquierda, en cambio, abogaría por la regulación de precios. Finalmente, la solución en un ‘programa *whig* de reforma’, a diferencia de las anteriores soluciones, buscaría poner término al monopolio sea directamente o mediante la promoción de la entrada de nuevos competidores. BINMORE (2005), pp. 191-192.

⁴⁴⁹ “*Es raro que se reúnan personas del mismo negocio, aunque sea para divertirse y distraerse, y que la conversación no termine en una conspiración contra el público o en algún estratagema para subir los precios. Es ciertamente imposible prevenir tales reuniones por ley alguna que fuese practicable o coherente con la libertad y la justicia. Pero aunque la ley no puede impedir que las personas del mismo negocio se agrupen, tampoco debería hacer nada para facilitar esas agrupaciones; y mucho menos para volverlas necesarias.*” SMITH [1776](1994), p. 191 (I.10.82). Para una interpretación libertaria de la segunda frase del párrafo citado, con referencias: MEESE (1997), pp. 143 y ss., en esp. pp. 144-145, y texto en notas al pie 1-4. Para una interpretación no libertaria, v. *supra*, I.3(iii). Otra referencia a monopolios de origen preferentemente privado que encontramos en Smith tiene que ver con los monopolios que buscan desarrollar los empleados de las grandes compañías monopólicas en territorios colonizados, los que al extenderse a una mayor cantidad de bienes pueden resultar más perjudiciales que los monopolios de sus compañías empleadoras. En realidad se trata de un problema accesorio al monopolio de estas últimas y más bien lo que la economía institucional denomina un problema de agencia. Una vez más se muestra escéptico respecto de soluciones: prohibir a los empleados que comercien por su cuenta es inútil y si así se hiciera, estos monopolios se transformarían en secretos e indirectos, ‘con resultados mucho más destructivos para el país’. SMITH [1776](1994), pp. 638-640 (IV.7.191).

⁴⁵⁰ FLEISCHACKER (2005), p. 170.

obstaculizan el desarrollo de las artes y la manufactura⁴⁵¹, y será en relación con estos mismos temas que son tratados en las secciones de economía política de su obra⁴⁵².

Lo relevante de todo lo anterior es un evidente acento en Smith sobre los monopolios de fuente pública o facilitados por el gobernante, frente al casi nulo tratamiento de los monopolios exclusivamente privados. Una inclinación semejante no parece identificarse en la tradición sobre el reproche al monopolio anterior a Smith⁴⁵³. Las fuentes consultadas para esta investigación no brindan una explicación directa sobre las razones para este particular acento. Entendemos que el mismo manifiesta una interesante evolución en la historia de las ideas que es digna de consignar.

De acuerdo con el paradigma medieval, el reproche al monopolio formaba parte de la concepción de justicia económica dentro de la cual cabe considerar la justicia contractual y, muy especialmente, la teoría del justo precio, según la cual los ilícitos monopólicos eran percibidos como formas de coerción económica que explotaban ilegítimamente la necesidad de la contraparte en el intercambio. Tal como ha sostenido Langholm, *“[l]a moderna concepción mecanicista del mercado como una fuerza suprapersonal que establece los términos a los cuales un individuo interesado en un intercambio debe someterse, era ajena a los maestros medievales. Su marco de referencia era un universo moral que obligaba a todo comprador o vendedor a actuar*

⁴⁵¹ SMITH [1762-1764](1982)(A) ii.39 p. 85.

⁴⁵² SMITH [1762-1764](1982)(A) ii.87 y ss. pp. 363 y ss. SMITH [1776](1994), pp. 104-106, y 178 (I.7.26-I.7.31) y (I.10.56 y ss.)

⁴⁵³ Sin embargo, dos fragmentos de De Roover podrían indicar antecedentes de la inclinación de Smith: *“En el curso del siglo XVII, las críticas se dirigían cada vez más a los monopolios colectivos de los sindicatos y los privilegios exclusivos de las compañías comerciales. El escritor holandés Pieter de la Court (1618-1685)[...] representa especialmente esta nueva tendencia. / En contraste con los escritores escolásticos, De la Court condena el monopolio por razones de ineficiencia y no sobre la base de principios morales o de una teoría del precio justo. Este era un nuevo enfoque al problema.”* “Pufendorf tiene la peculiar noción de que ‘un monopolio en el sentido correcto no puede ser establecido por ciudadanos privados, porque tiene la fuerza de un privilegio’. Los ciudadanos privados, por tanto, pueden efectuar sólo monopolios espurios, los cuales generalmente pueden mantenerse ‘por fraudes clandestinos y conspiraciones’.” DE ROOVER [1974](1987), pp. 195, 197, 200.

por el bien común y acordar los términos de un intercambio de manera consecuente, sin considerar las ventajas que las fuerzas del mercado le otorgaban. Esto significa que la estimación común del justo precio no podía referirse indiscriminadamente a cualquier precio que pudiera ser obtenido según las condiciones de mercado existentes”⁴⁵⁴.

El paradigma medieval referido empieza a ser abandonado progresivamente a partir de la segunda escolástica por los autores de la Escuela de Salamanca, período en el cual se comienzan a percibir de manera incipiente elementos tales como la despersonalización de los intercambios⁴⁵⁵, la objetivación y formalización del derecho contractual y el carácter absoluto de la propiedad⁴⁵⁶. Sin embargo, la condena a los diversos tipos de monopolio, en la teoría del justo precio, se mantiene⁴⁵⁷.

Los desarrollos de la teoría del derecho natural por los juristas del norte de Europa, que antecedieron al período en que Smith desarrolla su obra, profundizaron el abandono del paradigma medieval sobre los términos equitativos en las relaciones interpersonales de intercambio, dirigiéndose hacia la adopción de un enfoque de intercambios impersonales, en un contexto de progresiva secularización de la sociedad y de cambio de foco desde los deberes mutuos que se tienen las partes de un intercambio interpersonal

⁴⁵⁴ LANGHOLM [1998](2006), p. 85.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 162.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 99. En materia de contratos y propiedad, el desarrollo de la teoría de la voluntad en el siglo XIX, marca el momento cúlmine de un largo proceso hacia la objetivación y formalización. Según ha expresado Gordley, “*Al comparar las teorías del derecho natural de los escolásticos tardíos y de los juristas del derecho natural de Europa del norte con las teorías de la voluntad, podemos apreciar que la innovación del siglo diecinueve no fue el uso del concepto de voluntad. Fue el uso de tal concepto de manera exclusiva, sin la introducción de concepto alguno que pudiera limitar lo que pudiera desearse legítimamente. En cambio, en las teorías del derecho natural de los escolásticos tardíos y de los juristas del derecho natural de Europa del norte, tales límites habían constituido partes integrantes de las instituciones del contrato y de la propiedad*”. GORDLEY (2001), pp. 66 y ss., pp. 70-71.

⁴⁵⁷ “*Discusiones acerca del monopolio y de las conspiraciones para monopolizar, así interpretados, y frecuentemente en conjunto con las formas de manipulación del mercado prohibidas por el derecho canónico, son la regla general en los trabajos de autores pertenecientes a la Escuela de Salamanca o influenciados por dicha escuela*”. LANGHOLM [1998](2006), p. 97.

hacia las relaciones de los individuos con el gobierno, desde el punto de vista de sus libertades y derechos⁴⁵⁸. Los elementos impersonales y agregativos aparecen con nitidez cuando Smith presenta los factores que influyen en la determinación del precio natural y del precio de mercado de los bienes, apartándose de la teoría del justo precio⁴⁵⁹.

Entendemos que es en buena medida debido a estos desarrollos que las concepciones de Smith sobre el monopolio se encuentran fuera del ámbito interpersonal de los contratos⁴⁶⁰, y que para él, el problema de los monopolios pasa a ser fundamentalmente de economía política antes que de justicia.

⁴⁵⁸ LANGHOLM [1998](2006) , pp. 158, 164. En el pensamiento jurídico, estimamos que los desarrollos de Grocio (1583-1645) sobre el concepto de derechos subjetivos van en esta misma línea, sin perjuicio que Smith no siga a Grocio en esto. En efecto, Haakonssen identifica en Grocio un cambio esencial en el concepto de derecho en relación a la tradición aristotélico-tomista aún mantenida por los escolásticos tardíos: el derecho, en vez de ser una acción que debe estar de acuerdo con la razón natural, pasó a ser entendido como algo que la persona *tiene*, iniciándose así la subjetivización del concepto de derecho. HAAKONSSSEN (1985), pp. 239-265, p. 240. Esta subjetivización del derecho y sus consecuencias se explican del siguiente modo: “[M]ientras que los teóricos medievales tendían a hablar de ‘lo correcto’, Grocio y sus sucesores remarcaron los poderes y prerrogativas de la persona que tenía derechos. Por la vía de asociar derechos con los poderes de una persona, los modernos pudieron distinguir nítidamente entre derechos por una parte y deberes por la otra [...]. [C]omo Grocio integró los derechos en los poderes y facultades que los individuos poseían, desempeñó un rol crucial en la comerciabilidad (commoditization) de los derechos. Una vez que los derechos se convirtieron en posesiones, ellos pueden ser comercializados con terceros al igual que las demás posesiones. [...] [L]a comerciabilidad de los derechos fue uno de los desarrollos políticos más importantes del siglo diecisiete.” Un desarrollo histórico más amplio y profundizado sobre el concepto de derecho subjetivo que, sin embargo, no atribuye particular novedad en los aportes de Grocio en relación al lenguaje de los autores escolásticos en GUZMAN (2003), pp. 407-443. La tesis más refinada de Guzmán se encontrará posteriormente en GUZMAN (2009), donde atribuye a Grocio determinados aportes propios pero, por sobre todo, le reconoce un rol fundamental en la difusión del concepto de derecho subjetivo en la ciencia del derecho natural y más tarde en la pandectística alemana. (pp. 15, 28-30 y 257). Para Gordley, en cambio, el paradigma medieval de contraprestaciones equivalentes en los contratos y limitaciones a la legitimidad de la propiedad privada se mantiene aún en Grocio. GORDLEY (2001), pp. 71-72. Gordley entiende que los cambios conceptuales que llevaron a la voluntad individual –liberada de limitaciones– a constituirse en fundamento principal en materia de contratos y propiedad en el siglo XIX, se originaron en el proceso de progresivo abandono del prestigio de la tradición aristotélico-tomista, proceso iniciado en los siglos XVII y XVIII, pero cuyos efectos en la filosofía, economía y en la teoría política se hicieron sentir antes que en el derecho. *Ibidem*, pp. 70, 82.

⁴⁵⁹ SMITH [1776](1994), pp. 96 y ss. (I.7)

⁴⁶⁰ En efecto, cuando se refiere a los problemas de ‘fuerza’ en los contratos, no trata de la ‘coerción económica’ que ejercen los monopolios, concepto que constituía uno de los fundamentos para el reproche en la tradición escolástica. En definitiva, el monopolio de fuente meramente privada en la teoría del

Si a la evolución en las ideas antes descrita se suma que la realidad generalizada en Europa al tiempo de Smith era el otorgamiento de monopolios por el gobernante, propios del sistema mercantilista, se entiende que haya sido contra tales monopolios que Smith haya volcado sus críticas⁴⁶¹⁻⁴⁶².

derecho de Smith no entra ni por ‘fuerza’ en los contratos ni es especificado como un tipo de ‘fraude’ en la teoría del castigo. Así, p. ej., SMITH [1762-1764](1982) (A) ii.131 p. 120, LJ (B) 192, p. 480, LJ(A) ii.94, p. 105, LJ(A) ii.157-ii.159, pp. 131-132. El punto no deja de ser curioso ya que Grocio, uno de los juristas referentes de Smith sí trata de los monopolios ‘legales’ y ‘privados’ en relación con los contratos, si bien manifiesta cierta ambigüedad respecto de su ilicitud. Esta ambigüedad en Grocio quizás sea otra razón que llevó a Smith a sacar el tema del ámbito de la justicia (los contratos) –de requerida precisión– y llevarlo al ámbito de la economía política (derogación de leyes que confieren monopolios legales y privilegios exclusivos). En efecto, el jurista holandés en el capítulo de los contratos, expresa: “*XVI. It is not every kind of monopoly that amounts to a direct violation of the laws of nature. The Sovereign power may have very just reasons for granting monopolies, and that too at a settled price [...]. / A monopoly also may, in some cases, be established by individuals, provided they sell at a reasonable rate. But all combinations to raise the necessary articles of life to an exorbitant rate, or all violent and fraudulent attempts to prevent the market from being supplied, or to buy up certain commodities, in order to enhance the price, are public injuries and punishable as such. Indeed any way of preventing the importation of goods, or buying them up in order to sell them at a greater rate than usual, though the price, under some particular circumstances, may not seem unreasonable, is fully shewn by Ambrose in his third book of Offices to be a breach of charity; though it come not directly under the prohibition of laws*” GROTIUS [1901/1625](2007), pp. 152-153. Cabe notar que Grocio se refiere a que las conspiraciones producen ‘*public injuries*’, lo que está fuera de las leyes de justicia en la teoría de Smith. En los Comentarios al Derecho Inglés (1765-1769) de Blackstone (1723-1780) encontraremos tratado el monopolio –en sus dos formas de privilegio otorgado por el Rey y de conspiración entre competidores– entre las infracciones contra el comercio público ‘*of offenses against public trade*’ que corresponde al capítulo XII del libro IV que trata de los ‘*public wrongs*’. La revisión completa acá supondría revisar la línea intelectual Pufendorf-Carmichael-Hutcheson.

⁴⁶¹ SMITH [1776](1994), pp. 178 (I.10.56) y ss. En línea con lo anterior, GERBER (1998), p. 36.: “*La influencia de la norma del monopolio en la evolución del derecho de la competencia en Europa, sin embargo, no debe ser sobreestimada, porque por varios siglos antes del diecinueve los mercados más importantes estuvieron intensamente regulados por los gobiernos y organizaciones intermedias como las guildas, y así poca atención se brindó al problema de la monopolización*”.

⁴⁶² Podría añadirse a lo señalado que Smith no se representó el monopolio de eficiencia, por ejemplo, el que aprovecha economías de escala, por ser propio del período de la Revolución Industrial. Pero este argumento pecaría de anacronismo. Sería similar a preguntarse por qué Smith no consideró las economías de red o la tecnología de los microprocesadores. No aportaría nada en explicar lo que se ha buscado dilucidar acá: por qué elementos que eran anteriormente considerados (el reproche a los monopolios meramente privados) no parecen haber sido de especial preocupación en Smith.

De haber concebido y dedicado mayores esfuerzos a combatir los monopolios exclusivamente privados, esto hubiera tenido una doble implicancia en el sistema de Smith: primero, habría brindado un ejemplo más de que el auto-interés ilimitado del individuo no obra en toda circunstancia en el interés de la sociedad, restándole vigor a la idea de la ‘mano invisible’⁴⁶³; y, segundo, hubiera implicado que un sistema de administración de justicia, aún precario en la mirada de Smith, fuera capaz de moderar el auto-interés, lo que sería de dudosa viabilidad o más bien utópico⁴⁶⁴.

Este acento de Smith en los monopolios facilitados por el gobierno lleva a la pregunta por las prioridades que definen las autoridades de competencia, y si acaso tales instituciones se encuentran bien dotadas para llevar adelante una tarea que más tiene de política que de técnica jurídica o económica. Contemporáneamente, esta necesidad es recogida dentro de la política de competencia bajo las áreas de la reforma regulatoria y la evaluación competitiva de la regulación desde el punto de vista de la competencia y hay sistemas que han tenido éxito esta área.

(vi) Sobre la conjetura de un derecho antimonopolios a partir de A. Smith

(vi.i.) Monopolio: Derecho y política

Smith, a diferencia de Pufendorf y la tradición jurídica que le precede, no trata el monopolio vinculado a la doctrina del justo precio y el contrato. Por el contrario, más que una cuestión jurídica, para Smith el problema del monopolio parece ser de economía

⁴⁶³ En efecto, Smith en varias ocasiones presenta situaciones donde la persecución sin restricciones del auto-interés por los individuos no beneficia a la sociedad. Smith se funda, contra las concepciones de Mandeville y Hobbes, en un modelo bastante más complejo de individuo que conjuga auto-interés y benevolencia, contrariamente a lo que ha divulgado el pensamiento económico dominante. FLEISCHACKER (2005), p. 63, pp.84 y ss. MEDEMA(2010), pp. 40 y ss. V. *supra* 2.2.

⁴⁶⁴ Sobre las críticas de Smith al sistema de administración de justicia en vigor en su época, CAIRNS (2007), pp. 222 y ss., p. 234.

política, esto es, de leyes que reservan a un número acotado de individuos el ejercicio de una actividad en particular, leyes que no representan el sistema natural de justicia ni que derivan de la razón, sino más bien que han sido impuestas por el legislador por diversas razones de que da cuenta la historia. La cuestión del monopolio entonces, implica abogar por la derogación paulatina de dichas leyes.

A diferencia de una concepción de derecha política que sostiene que el problema de los monopolios tiene su origen sólo en el aparato público que permite su surgimiento y subsistencia, creemos que del tratamiento selectivo que hace Smith de los monopolios no debe derivarse forzosamente que sus recomendaciones de política apuntan sólo a considerar los monopolios de origen público. Las razones para su tratamiento selectivo ya fueron expuestas. Por el contrario, implica una alteración en las prioridades y advierte que de poco sirve hacerse cargo de las conductas anticompetitivas de privados si no se establece simultáneamente un sistema que de manera constante y eficaz esté abordando las causas públicas de la existencia de barreras a la entrada en los mercados. Implementar una institucionalidad para ello es fundamental si no se quiere tener un sistema de libre competencia cojo, fundado solo en conductas subsumibles jurídicamente, pero que no se hace cargo de las estructuras regulatorias que hacen que los mercados sean poco competitivos, es decir, que aborde las cuestiones de economía política que identificó Smith.

(vi.ii.) Leyes de justicia vs. leyes de policía

La juridificación de la libre competencia, esto es, el esfuerzo por generar un sistema jurídico encargado de su protección, defensa y promoción, implica nutrir de los atributos del derecho y de las normas jurídicas a sectores normativos históricamente subsumidos bajo regulaciones de policía.

Es la opción por la juridificación la que debe conducir a examinar en qué medida se ha avanzado en la creación de un sistema de reglas jurídicas capaz de incitar un conjunto de comportamientos coherentes por los potenciales destinatarios de dichas normas.

Todos los atributos que hemos referido sobre las leyes de justicia, tales como su precisión, claridad y generalidad, resultan importantes en dicho examen. De igual modo, las instituciones que permiten su aplicación son relevantes. Sobre esto último, la posibilidad de invocar la aplicación de la ley de manera descentralizada, parece ser fruto de este proceso de desarrollo hacia un sistema de reglas de derecho, en que su aplicación no depende del fiscalizador de turno.

(vi.iii.) Atributos de un derecho antimonopolios smithiano

Smith concibe un derecho natural contextualizado históricamente, cuyos pilares son las instituciones encargadas de la aplicación de las leyes de justicia que se recogen en reglas precisas, claras y de aplicación general y en que la imposición de sanciones y remedios amerita una debida cautela.

Aborda los problemas del monopolio principalmente como una cuestión de economía política invitando a la revisión y derogación paulatina de las leyes que han permitido su creación y subsistencia, sin que lo anterior implique forzosamente negarse al rol que un sistema juridificado de libre competencia pueda tener. Si Smith hubiere conocido un tal derecho, entendemos que abogaría por su evolución desde regulaciones de policía hacia leyes de justicia.

2.5.3. El derecho antimonopolios desde un enfoque liberal clásico:

El rescate de la tradición en el s. XX y una conjetura

Los autores liberales clásicos de la Ilustración Escocesa participaron de una evolución en la historia de las ideas donde los problemas del monopolio asociados a la teoría del justo precio en derecho privado de contratos pasaron a ser una cuestión de economía política, de leyes de policía y, con posterioridad a ellos, ilícitos contra el público. Lo anterior, hasta que a fines del s. XIX y, fruto de la legislación, surgiera el moderno derecho antimonopolios⁴⁶⁵.

Concebir una teoría del monopolio o un derecho antimonopolios a partir de los elementos que sirven de base a las teorías de la justicia en los autores liberales clásicos estudiados no resulta fácil. Sin embargo, a partir de los antecedentes expuestos a lo largo de este capítulo y de la evolución intelectual que, en el s. XX da cuenta del pensamiento ordoliberal y de los aportes de Hayek, ambos interesados en rescatar la tradición liberal clásica y, a la vez, con firmes convicciones sobre la necesidad de una legislación antimonopolios, concebir un derecho de la competencia desde tal enfoque no sólo resulta posible, sino que éste, a la vez, dialoga con algunos desarrollos contemporáneos y hace surgir inquietudes al contrastarlo con la mirada hoy predominante en derecho de la competencia.

Un derecho de la competencia desde un enfoque liberal clásico implica entonces poner determinados acentos y colocar ciertas alertas en la concepción y aplicación de tal derecho. Muchos de estos acentos, alertas y problemas son recogidos por la literatura

⁴⁶⁵ Recordando qué desarrollos había alcanzado la doctrina de contratos en restricción al comercio (*restraints of trade*) en el *common law*, ya avanzado el siglo XIX, Hovenkamp recuerda que la preocupación histórica del *common law* de *restraints of trade* era la coerción económica y la eliminación de la libertad para actuar de terceros que no fueran parte del contrato. Si bien los acuerdos de precios no eran legalmente ejecutables en tribunales, tampoco constituían infracciones ni brindaban a sus afectados legitimidad activa para demandar indemnizaciones. El *common law* aplicaba sólo cuando los empresarios actuando colectivamente forzaban a un recalcitrante que se resistía a adherir o cooperar con el acuerdo. En este sentido, negativas colectivas a contratar y los boicots eran generalmente legalmente condenados. Las limitaciones de esta doctrina jurisprudencial estuvieron entre los antecedentes de la ley Sherman de competencia. HOVENKAMP (1989), p. 142-143.

contemporánea en derecho de la competencia, la gran mayoría de las veces, sin vinculación con el pensamiento de autores liberales clásicos.

Un enunciado no taxativo de atributos de tal derecho se presenta a continuación y permite concluir que la definición de política de competencia que se brindó en la introducción de este trabajo encuentra aquí sustento. Asimismo, permite identificar en el estudio del ideal-jurídico político del *rule of law* una tarea prioritaria.

Un derecho de la competencia desde un enfoque liberal clásico:

(i) Se apoya en una metodología más empírica (*à la* Hume o Smith) que teórica y trata de entender el comportamiento de los individuos reales de una comunidad, sin aferrarse a presupuestos metodológicos universales sobre la naturaleza humana;

(ii) Concibe los mercados como procesos dinámicos, histórico-evolutivos e institucionales, más que como equilibrios estáticos abstractos;

(iii) Busca desarrollar un conjunto de reglas de general aplicación (un sistema de justicia que defiende la competencia en los mercados, entendido como un bien público) más que lograr decisiones óptimas en el caso a caso; es decir, un enfoque de derecho más que de política económica;

(iv) Consciente tanto del contexto jurídico-político en el que se inserta dicho sistema de justicia, como de los desarrollos jurídico-económicos que permitan orientar la disciplina;

(v) Atento por igual a los excesos del poder privado como del poder público que afecten negativamente los procesos de competencia en los mercados y en donde la importancia relativa de cada uno en tal afectación va cambiando a través del tiempo. No

existe forma alguna de poder que pueda declararse, anticipadamente, libre de vicios, utopías o conflictos de intereses mal resueltos. Tanto la tecnocracia como la democracia pueden tornarse en tiranías de colocarse al servicio de intereses particulares propios o ajenos;

(vi) No está focalizado en un único objetivo de crecimiento (lo que lleva a una aplicación instrumental del derecho), sino que asume que diferentes consecuencias (redistributivas vs. concentradoras de riqueza, anti-crecimiento vs. pro-crecimiento, anti-desarrollo vs. pro-desarrollo, pro-innovación vs. anti-innovación, pro-inversión vs. anti-inversión, pro-inclusión vs. anti-inclusión) son posibles de generarse a consecuencia de la aplicación sistemática y consistente de un sistema de justicia; y que, si bien es importante estar atento a las consecuencias no intencionadas de esta aplicación, lo crucial es la aplicación del sistema de justicia con fines superiores de paz social;

(vii) Interesado en articular instituciones (juez, gobernante) eficaces para el sistema de justicia en cuestión, reconociendo las limitaciones a que éstas estarán sujetas en su aplicación y, por tanto, atento a identificar sus vicios, defectos e insuficiencias para procurar su mejora progresiva;

(viii) Deposita su confianza en el juez articulador de un conjunto de reglas vía un sistema de precedentes y en las virtudes del derecho de origen judicial aplicado *ex-post* o retrospectivamente, más que en el derecho legislado diseñado *ex-ante* y de modo prospectivo por el legislador o la administración;

(ix) Alerta a las consecuencias no intencionadas de la aplicación del sistema de justicia o su elaboración que, de modo sistemático estén afectando los pilares liberales de propiedad, contratos y libre emprendimiento, pero entendiendo a la vez que estos

pilares no están congelados en el tiempo ni han de servir de modo ideológico para garantizar un *status quo* propio de una realidad diferente a la contemporánea⁴⁶⁶.

Una política económica de competencia desde un enfoque liberal clásico debe estar orientada por **reglas de general aplicación**, sujeta a mecanismos de revisión judicial, y su propósito ha de ser identificar y disciplinar, sin discriminaciones a priori, las distintas formas de poder –privado o público– que afectan los procesos de competencia en los mercados.

En el **ideal jurídico-político del *rule of law*** parecieran subsumirse muchos de los atributos formalistas e institucionales que surgieron de esta revisión a los pilares de un enfoque liberal clásico. De ello se deriva lo prioritario de su estudio. Cuáles son los problemas y cuestiones de *rule of law* en un sistema de derecho de la competencia y en qué medida dicho sistema satisface los principios del *rule of law* parecen preguntas fundamentales para tal enfoque.

⁴⁶⁶ Para alcanzar este balance, con conceptos de los autores aquí estudiados, (i) la *estabilidad en las posesiones* de Hume no cubre ni se extiende a aquellas rentas monopólicas que no han sido acordadas democráticamente; y aún las así acordadas deben ser excepcionales, limitadas en el tiempo y ámbito, y sujetas a revisión periódica; y (ii) el contenido concreto de los pilares liberales de propiedad, contratos, etc. es definido, en último término, por el *espectador imparcial* situado en un contexto específico, y no en abstracto.

CAPÍTULO 3

LA SUPREMACÍA DEL DERECHO Y

EL GOBIERNO DE LAS REGLAS:

EL “*RULE OF LAW*” EN AUTORES LIBERALES CLÁSICOS Y EN TEORÍA DEL DERECHO

Este capítulo, luego de revisar los antecedentes sobre el *rule of law* en autores liberales clásicos (3.2.) y en cuatro teóricos del derecho contemporáneos, ineludibles en la materia (3.3.), propone una concepción sobre el *rule of law*, operativa y formalista, de inspiración liberal clásica (3.4.). Una sección final ofrece una síntesis de los desarrollos recogidos y de la concepción propuesta (3.5.). Una sección inicial sirve de introducción al tema (3.1.).

3.1. Prevenciones y plan

En el capítulo anterior identificamos los pilares del enfoque liberal clásico que orienta esta investigación y mostramos que concebir un derecho de la competencia desde tal enfoque es posible. Dicha perspectiva no constituye un mero academicismo, sino que, por una parte, varios de los pilares identificados dialogan fluidamente con marcos analíticos contemporáneos y, por otra, de ellos es posible extraer implicancias prácticas para el derecho actual. Entre éstas, vemos en el estudio del ideal jurídico-político del *rule of law* una tarea prioritaria.

El moderno derecho de la competencia, concebido como un instrumento basado en reglas jurídicas para disciplinar posiciones de poder en los mercados⁴⁶⁷, podría estar mutando hacia una herramienta de poder tecnocrático cuya válvula de ejercicio no estaría calibrada por reglas de general aplicación que brinden predictibilidad y disminuyan la discrecionalidad en el ejercicio del poder, sino que por el actuar de un número limitado de individuos encargados de aplicar dicha disciplina⁴⁶⁸, lo que resultaría en problemas de falta de predictibilidad y excesiva discrecionalidad en la aplicación del derecho, excesos de aplicación en algunas materias y déficits de aplicación en otras, preocupaciones fundamentales dentro de la tradición del *rule of law*.

Este capítulo profundiza en la concepción de *rule of law* que nos interesa rescatar. Como categoría jurídica contemporánea, el *rule of law* ha tenido su propio desarrollo y trasciende el enfoque liberal clásico que guía este trabajo⁴⁶⁹. Asimismo, como categoría

⁴⁶⁷ Así, p. ej., la Corte Suprema de Chile ha expresado: “[E]l derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en la protección y libre elección de los consumidores”. CS, 05.04.12, Rol 9843-2011, (caso *Lan/Tam*) (c. 20º)

⁴⁶⁸ Un fenómeno que un autor ha denominado ‘captura por la especialidad técnica’ (*capture by expertise*) y descrito en los siguientes términos: “Lo que alguna vez fue un intento eminentemente político de restringir el poder económico ha perdido la mayor parte de su impulso político y, en efecto, la atención e interés del público en general. Lo que ha surgido es una conversación altamente técnica entre expertos que utilizan un lenguaje especial tan complejo que un intento para ingresar a la cerrada comunidad de expertos antimonopolios tiene tan elevados costos de transacción que la mayoría no lo intenta o, si logra dominar el lenguaje antimonopolios, termina adhiriendo al status quo. [...] Como resultado, los tribunales y el Congreso han dejado de desempeñar un rol dominante en establecer, respectivamente, el derecho y la política para este aspecto vital de la economía política. De modo aún más pernicioso, esta conversación usualmente consigue evitar una discusión pública, abierta o informada, sobre los aspectos más amplios de la política de competencia y cuestiones fundamentales de justicia”. WALLER (1998), pp. 1383-1449, pp. 1429-1430.

⁴⁶⁹ La bibliografía en teoría del derecho es amplísima. La presentación que en este capítulo se hace sobre *rule of law* se considera los planteamientos de autores liberales clásicos (3.2) y de autores en teoría del derecho (3.3). En esa estructura, la obra de cinco autores insoslayables hoy en la literatura sobre *rule of law* se examina con algún detalle: F.A. Hayek, Lon Fuller, Brian Tamanaha, Tom Bingham y Jeremy Waldron.

jurídica histórica, los orígenes del *rule of law* anteceden a Hume a quien hemos situado en el origen del enfoque liberal clásico⁴⁷⁰.

El *rule of law* se diferencia del estado de derecho y del *Rechtsstaat* fundamentalmente en su origen y en su perspectiva. Mientras que el *rule of law* se identifica con la tradición liberal clásica anglosajona y del *common law*, el estado de derecho y el *Rechtsstaat* encarnan la tradición liberal racionalista del derecho legislado en el sistema continental romano-germánico⁴⁷¹. La historia de las tradiciones de estado de derecho y *Rechtsstaat* da cuenta de una permanente dialéctica entre el estado y la sociedad civil con períodos en que ésta ha logrado que el estado se sujete a la supremacía del derecho y períodos en que el estado –con una progresiva utilización instrumental del derecho– ha acotado las libertades en la sociedad civil, al punto de eliminar la autonomía individual en los gobiernos totalitarios: el estado de derecho y el *Rechtsstaat* son entonces conceptos articulados eminentemente en torno al estado, la constitución promulgada y el derecho legislado⁴⁷². Según el *rule of law* de origen inglés, en cambio, la articulación entre libertades individuales y la constitución más lógica del derecho es bien diferente. Además de la supremacía del derecho, también presente en esta tradición, la histórica

⁴⁷⁰ Tamanaha hace remontar las ideas vinculadas al *rule of law* a Aristóteles. TAMANAHA (2004), pp. 8-9.

⁴⁷¹ HAYEK [1960](2006); trata este asunto en los capítulos 11 (*The origins of the rule of law*), 12 (*The American contribution: constitutionalism*) y 13 (*Liberalism and Administration: the Rechtsstaat*), pp. 142-179; HEUSCHLING (2002). Una descripción de la evolución histórica del *Rechtsstaat* germano, mejor que la simplificación que hacemos en el texto, tendría que considerar una primera etapa influida por el liberalismo alemán de Kant, seguida por un largo período de progresiva instrumentalización del concepto hasta desembocar en la utilización de la legalidad en respaldo de las atrocidades cometidas por el régimen Nazi, período que fue sucedido por el constitucionalismo de post-guerra que integra al *Rechtsstaat* los derechos fundamentales, la inviolabilidad de la dignidad humana, el gobierno limitado por el parlamentarismo y un fuerte rol del poder judicial. V. en este sentido, TAMANAHA (2004), pp. 108-109.

⁴⁷² JOUANJAN (2003), pp. 649-653. Este autor sistematiza del siguiente modo los sub-principios que componen el Estado de Derecho: primacía de la constitución y de su garantía jurisdiccional; sometimiento de la administración y del poder judicial a la ley y al derecho; reserva de ley que prohíbe al ejecutivo actuar sin una base legal suficiente; principio de aplicación inmediata de los derechos fundamentales; separación de poderes; seguridad jurídica (y sus corolarios: precisión y claridad de las normas, protección de la confianza legítima, e irretroactividad de las leyes); responsabilidad de las autoridades públicas; principio de proporcionalidad; y, derecho a recursos y garantías procedimentales.

ausencia de una constitución escrita y formalmente promulgada llevó a Dicey a afirmar en 1885 como uno de los principios centrales del constitucionalismo inglés su directa y superior protección por el *common law*, derecho que antecede a todo reconocimiento legislativo o estatal⁴⁷³. Posteriormente, una especial valoración del formalismo legal y la confianza en reglas generales –en contraposición a los poderes discrecionales de la administración estatal que se constataba en los principales países de Europa continental de mediados del siglo XX– complementaron los elementos del *rule of law* anglosajón, mientras que un tibio desarrollo del principio de seguridad jurídica se desarrollaba en el derecho continental⁴⁷⁴. Con todo, hoy en día los instrumentos jurídicos de la integración europea buscan asimilar las tradiciones anglosajona y europea continental⁴⁷⁵.

Al ser el *rule of law* una “doctrina meta-legal o un ideal político” sobre “lo que el derecho debe ser”⁴⁷⁶ no existe consenso en torno al concepto, sino más bien conceptualizaciones elaboradas en función de contextos intelectuales, sociales, institucionales y políticos, fruto de debates semánticos sobre su contenido. Se trata, en definitiva, de un “concepto esencialmente disputado”⁴⁷⁷, cuyo contenido semántico llega a ser tan “incierto y subjetivo”⁴⁷⁸ que fácilmente disuade un estudio dirigido a precisarlo. Y, si bien existe un consenso mayoritario en cuanto a que el *rule of law* tendría virtudes aparejadas, dicho consenso “sólo es posible por el desacuerdo sobre su significado”⁴⁷⁹.

⁴⁷³ BINGHAM (2010), pp.3-5; ZOLLER (2003), pp.1378-1380.

⁴⁷⁴ HAYEK [1960](2006), pp.180-192.

⁴⁷⁵ JOUANJAN (2003), p. 649.

⁴⁷⁶ HAYEK [1960](2006), p. 181.

⁴⁷⁷ WALDRON (2002), pp. 137-164. Para un panorama desde el medio nacional acerca de las discrepancias en torno al *rule of law* entre iuspositivistas y iusnaturalistas, v. ORREGO (2009), pp. 255-272.

⁴⁷⁸ BINGHAM (2010), pp. 5-6.

⁴⁷⁹ CHESTERMAN (2008), pp. 331, 332

Por otra parte, el *rule of law* no está exento del riesgo de instrumentalización, esto es, colocar este ideal jurídico-político al servicio exclusivo de algún objetivo en particular⁴⁸⁰ o con el mero fin de abundar en argumentos de una posición ‘débil’⁴⁸¹. Este es un riesgo que merece particular atención. Si la instrumentalización del derecho hoy ha pasado a ser una corriente dominante de pensamiento⁴⁸² y se ha visto precisamente en el *rule of law* una herramienta para contenerla⁴⁸³, sería paradójico que ésta, en lugar de promover lo que el buen derecho debería ser para fines de bien común, fuera otro concepto vacío al servicio de intereses particulares.

Finalmente, si el ideal jurídico-político del *rule of law* constituye una herramienta para evaluar si un sector normativo cumple con su ‘deber ser’ –y con dicho propósito buscamos precisar qué entendemos por dicho ideal desde un determinado enfoque– no podemos soslayar la advertencia del profesor Schauer en cuanto a que una empresa semejante podría ocupar a varias generaciones de investigadores⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ A Waldron inquietan por ejemplo una instrumentalización del *rule of law* desde los derechos subjetivos privados (propiedad, derechos contractuales) y desde las políticas neoliberales de organismos internacionales (anti-regulación, pro-mercado). WALDRON (2014), pp. 3-7.

⁴⁸¹ Es la razón por la que Hylton se inclina por una concepción muy restringida de *rule of law* integrada sólo por los límites jurídicos que cabe imponer a quienes adoptan decisiones jurídicas y por la promoción de la predictibilidad y minimización de los costos de los errores. Más allá, “*se transforma en algo a lo cual la gente vincula sus propios intereses y empiezan a discutir utilizándolo para argumentar en contra de aquello que no les gusta*”. HYLTON, en WALLER y MARDSEN (2009), p. 45.

⁴⁸² Tamanaha se refiere a dos formas de instrumentalismo jurídico que interactúan entre sí. En una de ellas la central es la *actitud consciente hacia el derecho* de los operadores jurídicos y de otros actores sociales de que el derecho (reglas jurídicas, jueces, agencias independientes, instituciones, etc.) es una herramienta a ser utilizada para conseguir fines. En la otra, una *teoría sobre la naturaleza del derecho* de los operadores jurídicos y de otros actores sociales de que el derecho es un simple medio para un fin, un contenedor vacío desprovisto de todo principio inherente, de contenido obligatorio o de integridad consigo mismo. TAMANAHA (2006), p.7.

⁴⁸³ TAMANAHA (2006), *passim*.

⁴⁸⁴ SCHAUER (2009), p.12 “*Evaluar el derecho y el Rule of Law es el trabajo de toda una vida y, por cierto, no sólo de la vida de alguna persona cualquiera*”.

Considerando lo expuesto, los esfuerzos aquí consignados por arribar a una concepción difícilmente podrán considerarse definitivos o completos, pero son imprescindibles para el propósito de esta investigación⁴⁸⁵.

Una segunda sección de este capítulo (3.2) presenta las concepciones sobre el *rule of law* que se extraen de pensadores fundamentales para este enfoque liberal clásico: David Hume, Adam Smith, los autores que adscriben al ordoliberalismo y la escuela de Friburgo, F.A. Hayek y Lon Fuller. Una tercera sección (3.3) examina el estudio del *rule of law*, por autores contemporáneos en teoría del derecho, para lo cual revisamos los trabajos de Brian Tamanaha, Tom Bingham y Jeremy Waldron. A partir del estudio anterior, una cuarta sección (3.4) propone de modo preliminar la concepción de *rule of law* que nos interesa rescatar, como *un ideal jurídico-político que vela por la capacidad del ordenamiento jurídico de crear reglas que restrinjan la discrecionalidad de quien ostenta un poder, reglas que brindan predictibilidad a los individuos sujetos a dicho ordenamiento y, que no dejan entregada la sub-aplicación o sobre-aplicación del derecho a la voluntad de individuos*. Una última sección (3.5) ofrece una síntesis y una breve conclusión del capítulo y explica la manera en que la referida concepción de *rule of law* será validada y utilizada en la tercera parte de esta investigación.

3.2. Desarrollos sobre el “Rule of Law” en autores del enfoque liberal clásico

3.2.1 David Hume: la cadena indisoluble conducente al “Rule of Law”

⁴⁸⁵ Consignamos finalmente que hemos optado por mantener en el texto la denominación ‘*rule of law*’ sin traducir con el fin de incorporar en cada una de sus referencias la apropiada carga semántica del concepto. Nos parece que ‘*supremacía del derecho y gobierno de las reglas*’ –que en ocasiones usamos, como en el título de este capítulo– recoge buena parte de dicho contenido semántico, pero es menos práctica para el lector.

A lo largo de su obra, Hume es quizás el historiador en la Inglaterra del siglo XVIII que influyó de modo más determinante en la identificación de los elementos constitutivos del *rule of law*, vale decir, la supremacía del derecho y el gobierno de las reglas junto con los caracteres de generalidad y certeza de las reglas y de restricciones a la discrecionalidad de los gobernantes. Lo anterior, a un punto tal de haberse afirmado que el significado real de su Historia de Inglaterra fue el de demostrar la evolución desde un ‘gobierno de la voluntad hacia un gobierno del derecho’⁴⁸⁶.

Para Hume, en la formación de las reglas de justicia influyen los procesos de auto-contención individual, formación del carácter comercial y exigencia de reglas claras al gobernante⁴⁸⁷, y dichas reglas ostentan un conjunto de características que las diferencia de las reglas de la naturaleza. En efecto, ya en su TNH, Hume destaca sobre las reglas de justicia –en contraposición a las leyes de la naturaleza– sus caracteres de universalidad, inflexibilidad, ausencia de excepciones, no adaptación de las mismas a las circunstancias en que son aplicadas y la confusión que generaría un sometimiento a reglas desprovistas de dichos atributos⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ HAYEK [1960] (2006), pp. 150-151.

⁴⁸⁷ Sobre esto, v. *supra*, 2.7.

⁴⁸⁸ HUME [1739-1740] (2001), p. 341, expresa en este sentido: “[...] we may conclude, that the laws of justice, being universal and perfectly inflexible, can never be deriv’d from nature, nor be the immediate offspring of any natural motive or inclination. [...] this wou’d produce an infinite confusion in human society, and that the avidity and partiality of men wou’d quickly bring disorder into the world, if not restrain’d by some general and inflexible principles. ‘Twas, therefore, with a view of this inconvenience, that men have establish’d these principles, and have agreed to restrain themselves by general rules, which are unchangeable by spite and favour, and by particular views of private or public interest. These rules, then, are artificially invented for a certain purpose, and are contrary to the common principles of human nature, which accommodate themselves to circumstances, and have no stated invariable method of operation.” Y antes, en el mismo HUME [1739-1740] (2001), p. 330, había expresado: “The relation of fitness or suitableness ought never to enter into consideration, in distributing the properties of mankind; but we must govern ourselves by rules, which are more general in their application, and more free from doubt and uncertainty.”.

Para Hume, el desarrollo de reglas de justicia con las virtudes del *rule of law* forma parte del refinamiento de las comunidades que paulatinamente se produce a partir de una ‘cadena indisoluble’ entre el mejoramiento de la industria, el conocimiento y la humanidad⁴⁸⁹, constructo con implicancias jurídico-políticas y que opera del siguiente modo.

El mecanismo asume un período de florecimiento de la industria y de las artes y oficios que tiene en sí mismo beneficios para la felicidad del individuo⁴⁹⁰. Los beneficios de dicho período no quedan acotados sólo al campo de la industria, sino que se expanden además a las artes liberales, donde se produce una difusión del conocimiento⁴⁹¹. Finalmente, en la mayor interacción entre individuos que este proceso va generando, los miembros de la comunidad van desarrollando habilidades sociales y de comunicación que los humanizan⁴⁹².

⁴⁸⁹ La idea de la cadena indisoluble se sintetiza en este pasaje de un ensayo de Hume: “*Thus industry, knowledge, and humanity, are linked together by an indissoluble chain, and are found, from experience as well as reason, to be peculiar to the more polished, and, what are commonly denominated, the more luxurious ages.*” HUME [1752] (1987), §II.II.5.

⁴⁹⁰ “*In times when industry and the arts flourish, men are kept in perpetual occupation, and enjoy, as their reward, the occupation itself, as well as those pleasures which are the fruit of their labour. The mind acquires new vigour; enlarges its powers and faculties; and by an assiduity in honest industry, both satisfies its natural appetites, and prevents the growth of unnatural ones, which commonly spring up, when nourished by ease and idleness. Banish those arts from society, you deprive men both of action and of pleasure; and leaving nothing but indolence in their place, you even destroy the relish of indolence, which never is agreeable, but when it succeeds to labour, and recruits the spirits, exhausted by too much application and fatigue*”, *Ibidem*, § II.II.3.

⁴⁹¹ “*The same age, which produces great philosophers and politicians, renowned generals and poets, usually abounds with skilful weavers, and ship-carpenters. We cannot reasonably expect, that a piece of woollen cloth will be wrought to perfection in a nation, which is ignorant of astronomy, or where ethics are neglected. The spirit of the age affects all the arts; and the minds of men, being once roused from their lethargy, and put into a fermentation, turn themselves on all sides, and carry improvements into every art and science*”, *Ibidem*, § II.II.4

⁴⁹² “*The more these refined arts advance, the more sociable men become [...] beside the improvements which they receive from knowledge and the liberal arts, it is impossible but they must feel an encrease of humanity, from the very habit of conversing together, and contributing to each other's pleasure and entertainment*”, *Ibidem*, § II.II.5

Hume asocia entonces los beneficios públicos del proceso anteriormente descrito con un mejor gobierno, mejores leyes, disciplina, etc.⁴⁹³, y, en especial con el fortalecimiento de la Cámara de los Comunes en el gobierno parlamentario⁴⁹⁴.

De este modo, los antecedentes del desarrollo económico fundados en el encadenamiento indisoluble entre industria, conocimiento y humanidad y la generación a partir del mismo del ideal jurídico-político del *rule of law*, constituye una de las ideas más importantes en el pensamiento de Hume⁴⁹⁵ y la formulación de la misma le será reconocida pocos años después por Adam Smith⁴⁹⁶.

⁴⁹³ “*But industry, knowledge, and humanity, are not advantageous in private life alone: They diffuse their beneficial influence on the public, and render the government as great and flourishing as they make individuals happy and prosperous*”, *Ibidem*, § II.II.7

“*Laws, order, police, discipline; these can never be carried to any degree of perfection, before human reason has refined itself by exercise, and by an application to the more vulgar arts, at least, of commerce and manufacture*”, *Ibidem*, § II.II.9

“*[A] progress in the arts is rather favourable to liberty, and has a natural tendency to preserve, if not produce a free government. In rude unpolished nations, where the arts are neglected, all labour is bestowed on the cultivation of the ground; and the whole society is divided into two classes, proprietors of land, and their vassals or tenants. [...] But where luxury nourishes commerce and industry, the peasants, by a proper cultivation of the land, become rich and independent; while the tradesmen and merchants acquire a share of the property, and draw authority and consideration to that middling rank of men, who are the best and firmest basis of public liberty. These submit not to slavery, like the peasants, from poverty and meanness of spirit; and having no hopes of tyrannizing over others, like the barons, they are not tempted, for the sake of that gratification, to submit to the tyranny of their sovereign. They covet equal laws, which may secure their property, and preserve them from monarchical, as well as aristocratical tyranny.*”, *Ibidem*, § II.II.16. Rotwein lo sintetiza así: “*El crecimiento del comercio lleva a la expansión de la clase comerciante – the ‘middling rank of men’ que ante todo está interesada en leyes uniformes que protejan su propiedad; y es este desarrollo[...] el que ha llevado al surgimiento del gobierno parlamentario y al respeto hacia la libertad individual que se le asocia. De este modo, Hume percibió el vínculo entre el crecimiento del individualismo económico y la libertad política que, desde entonces ha atraído tanta atención.*” ROTWEIN (1998), p. 695, §2.

⁴⁹⁴ “*The lower house is the support of our popular government; and all the world acknowledges, that it owed its chief influence and consideration to the increase of commerce, which threw such a balance of property into the hands of the commons. How inconsistent then is it to blame so violently a refinement in the arts, and to represent it as the bane of liberty and public spirit!*”, *Ibidem*, § II.II.17

⁴⁹⁵ ROTWEIN (1955), pp. ci - cii. Es en su *Historia de Inglaterra* (1759) donde se recoge de manera más explícita esta vinculación interna entre el carácter, el desarrollo económico y una monarquía sabia y prudente. Allí Hume sostiene que “*...the change of manners was the chief cause of the secret revolution of government, and subverted the power of barons...*”, citado por SAKAMOTO (2003), pp. 99-100.

⁴⁹⁶ “*El crecimiento y las riquezas de las ciudades comerciales e industriales contribuyó al progreso y cultivo de los países donde se encontraban de tres formas diferentes. [...] En tercer y último lugar, el*

3.2.2. Adam Smith: distinción entre justicia y otras virtudes, precisión de las reglas, hacia el “*Rule of Law*”

Para Smith, las reglas de justicia (i) son absolutamente precisas, en tanto que las reglas de las virtudes positivas son difusas e inciertas⁴⁹⁷; (ii) no admiten excepciones sino aquellas fundadas también en otras reglas precisas⁴⁹⁸; y (iii) a su respecto se sigue la letra de la regla antes que su finalidad o fundamento: se trata de las ‘reglas de la gramática’⁴⁹⁹, en cambio, en las reglas de la virtud de la beneficencia, por ejemplo, se sigue su espíritu⁵⁰⁰.

A los caracteres anteriores se agrega (iv) la naturaleza indispensable de la justicia – por oposición a la beneficencia– extendiéndose dicha naturaleza, por tanto, a las las reglas de justicia⁵⁰¹.

comercio y la industria establecieron gradualmente el orden y el buen gobierno, y con ellos la libertad y la seguridad de los individuos, entre unos habitantes del campo que antes habían vivido en un estado de guerra permanente con sus vecinos y de dependencia servil con sus superiores. De todos sus efectos éste ha sido el menos destacado, pero es con diferencia el más importante. El único autor que lo ha subrayado, que yo sepa, es el Sr. Hume.”, SMITH [1776] (2008), pp. 520-521.

⁴⁹⁷ “*There is, however, one virtue of which the general rules determine with the greatest exactness every external action which it requires. This virtue is justice*”. SMITH [1759] (1997), p. 203, (III.vi.10); una idea semejante *ibídem*, p. 93, (II.ii.I.5).

⁴⁹⁸ “*The rules of justice are accurate in the highest degree, and admit no exceptions or modifications, but such as may be ascertained as accurately as the rules themselves, and which generally, indeed, flow from the very same principles with them*”. SMITH [1759] (1997), pp. 203-204, (III.vi.10).

⁴⁹⁹ “*The rules of justice may be compared to the rules of grammar; the rules of the other virtues, to the rules which critics lay down for the attainment of what is sublime and elegance in composition*”. SMITH [1759] (1997), p. 205, (III.vi.11); la idea se reitera *ibídem*, p. 386, (VII.iv. 1).

⁵⁰⁰ “*In the practice of the other virtues, our conduct should rather be directed by a certain idea of propriety, by a certain taste for a particular tenor of conduct, than by any regard to a precise maxim or rule; and we should consider the end and foundation of the rule, more than the rule itself*”. SMITH [1759] (1997), p. 204, (III.vi.10).

⁵⁰¹ “*Society [...] cannot subsist among those who are at all times ready to hurt and injure one another [...]. Beneficence [...] is less essential to the existence of society than justice. Society may subsist, though not in the most comfortable state, without beneficence; but the prevalence of injustice must utterly destroy it.*” / “*Justice [...] is the main pillar that upholds the whole edifice. If it is removed, the great, the*

La literatura contemporánea no identifica en Adam Smith un eslabón relevante en la formación de la tradición del *rule of law*⁵⁰². No obstante, lo que a continuación se expone muestra que Smith sí aporta una extensión considerable a los planteamientos que Hume hizo sobre el particular.

(i) *Fundamento de la precisión y claridad de las reglas de justicia*

Smith no explica de modo general el por qué de la precisión de las reglas de justicia. En su lectura de Smith, Haakonssen sostiene que son precisas porque derivan de las reacciones del espectador imparcial, que en el caso de la justicia son reacciones inusualmente ‘universales’ y ‘distinguibiles’: esto es, la intensidad del resentimiento empático ocasionado por el ‘daño real y positivo’, y por ser más fácil de identificar el dolor (daño)⁵⁰³ que el placer (beneficencia, caridad)⁵⁰⁴. Por lo tanto, la claridad y precisión de las reglas de justicia corresponden a atributos que van surgiendo fruto de un proceso compuesto de las siguientes etapas: acción (negativa, dañar); reacción del afectado (resentimiento y castigo); reacción del espectador imparcial por medio de la

immense fabric of human society [...] must in a moment crumble into atoms”. SMITH [1759] (1997), pp. 100, 101,(II.ii.III.3) (II.ii.III.4).

⁵⁰² Hayek menciona a David Hume como el autor más influyente en la tradición del *rule of law* de la segunda parte del s. XVIII y a Smith como uno de los autores que subyace el concepto cada vez que se refiere a la libertad. HAYEK [1973] (1978), pp. 150-151. Para Tamanaha, las obras más influyentes en el desarrollo del *rule of law* durante el período de la formación del liberalismo fueron *El Segundo Tratado sobre El Gobierno* (1690), de Locke, *El Espíritu de las Leyes* (1748), de Montesquieu, y *El Federalista* (1787-1788), de Madison, Hamilton y Jay. Para este autor, Smith sería fundamental para construir un puente entre el liberalismo estrictamente político y el liberalismo económico o capitalismo: “*El liberalismo tiene que ver con la libertad; el capitalismo es un sistema económico que se construye sobre intercambios económicos efectuados libremente*” TAMANAHA (2004), pp. 44, 47 y ss.

⁵⁰³ La noción de daño aquí se basa en un concepto amplio de carácter filosófico, en ningún caso asimilable al ‘daño’ en responsabilidad civil extracontractual según el derecho positivo vigente.

⁵⁰⁴ SMITH [1759] (1997), p. 141,(III.ii.15).

empatía (resentimiento empático y asistencia en el castigo); teniendo como resultado la creación de una regla general que surge de las reacciones del espectador imparcial⁵⁰⁵.

Fleischacker se muestra escéptico de la lectura de Haakonssen y cuestiona incluso que la supuesta precisión pueda servir como criterio diferenciador entre la justicia y otras virtudes, en la medida que ella no puede ser ofrecida por reglas cuyos conceptos subyacentes (en especial, el daño real y positivo⁵⁰⁶) puedan deslindarse con exactitud. Fleischacker ofrece entonces razones diversas para la precisión de las reglas de justicia y aborda la relación de esta característica con la posibilidad de aplicar dichas reglas coercitivamente⁵⁰⁷. Plantea dos preguntas centrales.

(i) Su primera pregunta es: ¿puede la precisión *atribuirse naturalmente* a las reglas de justicia o es algo que debe *imponerse* a ciertas reglas morales que, por dicha característica, son tenidas como reglas de justicia?

Sobre lo anterior, Fleischacker sostiene que Smith vacila entre ambas concepciones y que finalmente se inclina por la segunda⁵⁰⁸. En efecto, si toda la teoría natural del derecho de Smith descansa en que los daños pueden ser reconocidos con facilidad y precisión por todos los seres humanos en todas las culturas y que, por ello, pueden y deben ser distinguidos nítidamente de hacer el bien o dejar de hacer el bien y que, por

⁵⁰⁵ HAAKONSSSEN (1981), p. 86.

⁵⁰⁶ Sobre la violación a las reglas de justicia entendidas como daño: “[T]he violation of justice is injury: it does real and positive hurt to some particular persons, from motives which are naturally disapproved of” SMITH [1759] (1997), p. 93, (II.ii.II.5). “[W]e are said to do justice to our neighbour when we abstain from doing him any positive harm, and do not directly hurt him, either in his person, or in his estate, or in his reputation [...] [T]he observance of [this justice] may be extorted by force, and the violation of which exposes to punishment.” SMITH [1759] (1997), p. 318, (VII.ii.I.10). El concepto de daño es central también en sus desarrollos más específicos sobre justicia, según dan cuenta los apuntes de sus lecciones de teoría del derecho (LJ) ya que la distinción entre tipos de daños servirá de base para la clasificación de los derechos que a su vez fundamentará su teoría del castigo. V. SMITH [1762-1764] (1982), LJ(A) (i.9-10) y (i.1-25) y LJ(B) (5-11).

⁵⁰⁷ FLEISCHACKER (2005), pp. 153-166.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 155.

eso se hace más posible y necesario aplicar leyes para evitar daños que aplicarlas para imponer el bien, la teoría se cae si la distinción –entre daño y bien– no es sostenible⁵⁰⁹. Y a desvirtuar dicha distinción es precisamente a lo que se dedica Fleischacker⁵¹⁰. La consecuencia principal de lo anterior, es que la posibilidad de una teoría natural del derecho totalmente independiente del derecho positivo y, con ello, la factibilidad de una investigación como la esperada por Smith sobre *las reglas naturales de la justicia independientes de toda institución positiva*⁵¹¹, se desploman.

En apoyo de la posición de Fleischacker cabe consignar que el propio Smith da a entender que la precisión de las reglas de justicia no sería algo de su propia naturaleza, al admitir que las vigentes en países menos avanzados serían imprecisas⁵¹². Pero es indispensable advertir también que la circunstancia que la precisión de las reglas de justicia deba ser impuesta y que lo anterior las haga en alguna medida dependientes del derecho positivo, no implica que Smith abandone el proyecto de una teoría natural del derecho ni que deje de atribuir a esta última una importante función: *“Todo sistema de derecho positivo puede ser considerado como un intento más o menos imperfecto encaminado hacia un sistema de teoría natural del derecho o hacia una enumeración de reglas particulares de justicia.[...] En ningún país las decisiones del derecho positivo coinciden exactamente, en cada caso, con las reglas que el sentido natural de justicia dictaría. Los sistemas de derecho positivo, de este modo, si bien merecen la mayor*

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 155-156, 153.

⁵¹⁰ Fleischacker, busca mostrar que daño y bien no son conceptos claramente delineables, que antes que biológicas, son categorías estrictamente sociales y dependientes de un contexto (en un sistema de derecho positivo, pequeños daños pueden quedar fuera de las reglas de justicia y grandes privaciones de beneficios ser parte de ellas) *Ibidem*, pp. 156-161.

⁵¹¹ *“It might have been expected that the reasonings of lawyers [...] should have given occasion to an inquiry into what were the natural rules of justice independent of all positive institution. It might have been expected that these reasonings should have led them to aim at establishing a system of what might properly be called natural jurisprudence, or a theory of the general principles which ought to run through and be the foundation of the laws of all nations.”* SMITH [1759] (1997), pp. 403-404,(VII.iv.37)

⁵¹² *“In some countries, the rudeness and barbarism of the people hinder the natural sentiments of justice from arriving at that accuracy and precision which, in more civilized nations, they naturally attain to”.* SMITH [1759] (1997), p. 403, (VII.iv.36).

autoridad, en cuanto registros de los sentimientos de la humanidad en diferentes épocas y naciones, no pueden ser nunca considerados como sistemas perfectos de las reglas de la justicia natural”⁵¹³.

(ii) La segunda pregunta de Fleischacker es ¿qué relación existe entre la precisión de las reglas de justicia y la posibilidad de que éstas sean aplicadas coercitivamente?

Sostiene sobre lo anterior que dos cualidades diferentes de las reglas de justicia son su precisión y la posibilidad de ser aplicadas de manera coercitiva y que no es claro en cuál de ellas funda Smith, en último término, el carácter único de la justicia⁵¹⁴. Para intentar una interpretación, Fleischacker recurre a la tradición del *rule of law* y al principio de ésta que postula que las leyes que pueden ser coercitivamente impuestas deben ser precisas porque si los sujetos de su aplicación pueden resultar responsables por haber cometido alguna acción y pueden ser sancionados, necesitan saber anticipadamente qué acciones tienen tales consecuencias. De esto se sigue que las leyes deben establecer con precisión qué es permitido y qué es prohibido y que cualquier virtud que no permita ser definida en términos precisos no debe ser objeto de imposición coercitiva⁵¹⁵.

⁵¹³ *Ibidem*, pp. 402-403. En un sentido análogo, HAYEK [1960], (2006), p. 202: “We can probably at no point be certain that we have already found the best arrangements or institutions that will make the market economy work as beneficially as it could”.

⁵¹⁴ El fundamento de la diferenciación en la posibilidad de coerción aparece en: “As mankind go along with [resentment], and approve of the violence employed to avenge the hurt which is done by injustice, so they much more go along with, and approve of, that which is employed to prevent and beat off the injury, and to restrain the offender from hurting his neighbours. The person himself who mediates an injustice is sensible of this, and feels that force may, with the utmost propriety, be made use of, both by the person whom he is about to injure, and by others, either to obstruct the execution of his crime, or to punish him when he has executed it. [...] We feel [...] that force may, with the utmost propriety, and with the approbation of all mankind, be made use of to constrain us to observe the rules of [justice], but not to follow the precepts of the other [virtues].” SMITH [1759] (1997), p. 93, (II.ii.II.5).

⁵¹⁵ FLEISCHACKER (2005), pp. 153-166.

Fleischacker no propone una relación entre ambas cualidades de las reglas de justicia⁵¹⁶. A nuestro juicio, parece consistente, dentro del marco teórico que propone Smith, atribuir la cualidad de precisión de las reglas del derecho positivo a un requisito de forma establecido por las reglas naturales de justicia, que condiciona su posibilidad de aplicación de manera coercitiva y que, desde un punto de vista práctico hace más probable su aplicación efectiva, probabilidad dependiente también del arreglo institucional establecido para dicha aplicación. Y, en cuanto a la precisión de las reglas naturales de justicia, vemos que las alternativas son dos: sea se entiende que estas son naturalmente precisas⁵¹⁷, o bien, se entiende que su precisión condiciona la universalidad de su reconocimiento y, por tanto, de su aplicación, por los sistemas de derecho positivo.

De todo lo anterior, y siendo fieles a la obra de Smith, parece posible resumir los argumentos a favor de la exigencia de precisión en las reglas de justicia, del siguiente modo: (i) mientras que las reglas morales de las demás virtudes pueden permitirse vaguedad por ser contexto-dependientes, las reglas naturales de justicia en cuanto aspiran a la universalidad requieren de precisión; (ii) reglas de justicia precisas facilitan contener la actividad estatal en todas aquellas actividades que requieren que la autoridad pública adopte decisiones *ad hoc* y potencialmente arbitrarias⁵¹⁸; (iii) la precisión y claridad en las reglas permite coordinar de mejor manera las actividades de intercambio y establece el ámbito de acción legítima de cada parte: al facilitar la previsibilidad de las

⁵¹⁶ Su desarrollo del problema deriva hacia la discusión anterior, sobre el carácter natural o impuesto de la precisión, si bien al reconstruir la teoría de la justicia en Smith consignará algunas conclusiones semejantes a las que aquí se exponen sobre la relación entre precisión y coercibilidad. V. FLEISCHACKER (2005), p. 168.

⁵¹⁷ En base a lo que sostiene Haakonssen, *supra*.

⁵¹⁸ Este argumento a favor de la precisión de las reglas es quizás el que con mayor certeza podemos atribuir a Smith por su íntima vinculación con la mirada más bien crítica de las actuaciones de los funcionarios de gobierno. Para un ilustración de este argumento, en lo referido a impuestos y la corrupción del recaudador, SMITH [1776] (2008), (V.2.26): “*The certainty of what each individual ought to pay is, in taxation, a matter of so great importance that a very considerable degree of inequality, it appears, I believe, from the experience of all nations, is not near so great an evil as a very small degree of uncertainty*”.

expectativas sociales, las reglas de justicia amplían los grados de libertad individual en la sociedad⁵¹⁹.

De esta manera, la precisión de las reglas de justicia y su posibilidad de ser aplicadas con el auxilio de la coerción estatal, aparecen como los principales criterios diferenciadores entre la justicia y otras virtudes⁵²⁰. Pero no son éstos los únicos atributos que se les exige a las reglas de justicia.

(ii) Otros atributos de las reglas de justicia

Los atributos de precisión y coercibilidad del *rule of law* que plantea Smith deben ser conjugados con el surgimiento histórico de la versión que el liberalismo anglosajón

⁵¹⁹ “*Tal precisión nos brinda una esfera dentro de la cual podemos actuar libremente. Hasta cierto punto, ni siquiera importa cuáles son las reglas, en la medida que sean precisas*”, FLEISCHACKER (2005), p. 162.

⁵²⁰ De importancia relativamente menor para los propósitos de esta investigación, merecen la pena ser destacados como otros criterios diferenciadores entre la justicia y otras virtudes:

(i) que, la disposición individual a cumplir con otras virtudes sería menos exigente y más flexible que la disposición a cumplir con las reglas de justicia: “[W]e fell ourselves to be under a stricter obligation to act according to justice, than agreeably to friendship, charity or generosity [...] we feel ourselves to be in a peculiar manner tied, bound, and obliged to the observation of justice” SMITH [1759] (1997), p. 93 (II.ii.I.5);

(ii) que, dada la diferencia entre dolor y placer que plantea Smith, se puede hacer el ejercicio de comparar entre la ausencia de justicia y la ausencia de beneficencia. La falta o ausencia de esta última no produce un verdadero daño, sino sólo un disgusto o desaprobación: la beneficencia o caridad siempre es voluntaria, libre, no puede ser impuesta por la fuerza. La circunstancia que la comunidad pretenda beneficencia no expone a persona alguna a un castigo. La diferencia, en definitiva, se da en términos de (1) las reacciones de quien padece la ausencia de beneficencia/justicia y (2) la reacción del espectador. El punto es que la ausencia de justicia produce un daño real y positivo, en tanto que la ausencia de beneficencia, no. Una empatía activa puede manifestarse en una asistencia al dañado por la injusticia pero nunca podrá extenderse a una asistencia a quien no recibe beneficencia. En este sentido, HAAKONSEN(1981), p. 85;

(iii) que, las reacciones que genera el ejercicio de otras virtudes y las que genera la justicia se identifican diferencias. Mientras que el despliegue de beneficencia es naturalmente recompensado con gratitud, la aplicación de la justicia se estima simplemente lo debido, lo propio, lo que corresponde. En este sentido, HAAKONSEN(1981), p. 86;

(iv) que, la forma en que surgen las reglas sería diferente también: las reglas de las virtudes positivas surgen de la aprobación por el espectador imparcial de la práctica de dichas virtudes, en cambio, las reglas de justicia surgen de la desaprobación de la injusticia por el espectador, es decir, del no ejercicio de la virtud o de la falta a ella. En este sentido, HAAKONSEN (1981), p. 86-87.

brindó al principio político del *rule of law*⁵²¹. En este sentido, Tamanaha identifica en Smith un autor fundamental para construir un puente entre el liberalismo estrictamente político y el liberalismo económico o capitalismo⁵²².

En el liberalismo anglosajón se identificaron, principalmente, una *libertad legal*: el individuo es libre en cuanto el gobernante sólo puede imponer la aplicación de leyes preexistentes a la conducta que se juzga; una *libertad personal*: el individuo es libre en cuanto al gobernante le es vedado infringir un ámbito inviolable de la autonomía personal; una *libertad política*: el individuo es libre en cuanto se rige por leyes que han sido aprobadas democráticamente; y, una *preservación institucional de la libertad*, que se logra a través de la separación de poderes⁵²³. Los atributos de precisión y claridad de las reglas, junto con su posibilidad de coerción, de este modo, vienen a reforzar las referidas libertades.

En lo que sigue, se exponen otros lineamientos para las reglas de justicia –más allá de la precisión, claridad y coercibilidad– que resultan impuestos por el apego al *rule of law*. Se estudian (i) la posibilidad de un contenido sustantivo mínimo para las reglas de justicia y (ii) algunos atributos formales adicionales a los mencionados.

(i) Una cuestión importante a resolver es si acaso el *rule of law* impone algún contenido sustantivo mínimo. En efecto, los requisitos de precisión, claridad y coercibilidad, de ser los únicos, permitirían un abanico demasiado amplio de reglas, muchas de las cuales podrían repeler al sentido de justicia y harían de ésta una virtud neutra, sin contenido, un recipiente vacío que podría albergar cualquier cosa que se

⁵²¹ V. HAYEK [1973] (1978), pp. 146-153.

⁵²² TAMANAHA (2004), pp. 44, 47 y ss.

⁵²³ *Ibidem*, pp. 32 y ss.

sujete a condiciones formales⁵²⁴. Además, si lo que busca Smith es formular una teoría natural del derecho que le permita identificar cuándo las reglas de un sistema de derecho positivo son en sí mismas injustas, ayuda poco a esta tarea una teoría que sólo se basta con requisitos de forma⁵²⁵.

Ya acotado el rol que la utilidad tiene en el pensamiento de Smith⁵²⁶ y por esta vía, descartada una función general que podría tener la utilidad para servir de guía sustantiva en la identificación de las leyes naturales de justicia, exploraremos qué función podrían tener la libertad y la igualdad.

Una primera alternativa podría ser concebir los principios de la justicia natural como aquellos que mejor permiten a las sociedades proteger el *sencillo y obvio sistema de la libertad natural*. En efecto, en muchas oportunidades Smith vincula la injusticia con la vulneración de la libertad individual⁵²⁷. La libertad para Smith es una condición para el desarrollo de las virtudes morales y determinante para nuestra felicidad. Que una sociedad no pueda vivir sin justicia implica entonces que una sociedad, para ser un ente moralmente valioso, debe velar por preservar la mayor libertad de todos sus miembros⁵²⁸. Pero esto nos lleva a la dificultad de encontrar una definición operativa de libertad que sea reconocida universalmente, lo que plantea un problema semejante al de diferenciar entre daño real y positivo, por una parte, y hacer el bien, por otra⁵²⁹.

⁵²⁴ FLEISCHACKER (2005), p. 163.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 161.

⁵²⁶ V. *supra* 2.4 y 2.7.

⁵²⁷ Así, por ejemplo, “[E]xpulsar a un hombre, sin que haya cometido falta alguna, de la parroquia que ha elegido como residencia es una violación evidente de la libertad natural y la justicia”, SMITH [1776] (2008), p. 206, (I.10.118); o también, “La libertad de cada individuo, la sensación que tiene de su propia seguridad, depende de una administración imparcial de la justicia”. *Ibidem*, p. 685, (V.1.68)

⁵²⁸ FLEISCHACKER (2005), p. 165.

⁵²⁹ A los modernos conceptos de libertades negativas y libertades positivas, BERLIN (1958), en la literatura reciente puede identificarse el surgimiento de una tercera categoría de libertades entendidas como capacidades o canasta de oportunidades, con referencias a Amartya Sen y otros autores.

Otra alternativa a considerar, es que diversos elementos vinculados a la igualdad identificados en Smith podrían aportar a una noción de justicia natural. En primer lugar, en el origen mismo del reproche al daño estaría la desigual consideración que tiene el autor del daño para consigo mismo y para con la víctima⁵³⁰. Esto, en principio, llevaría a que no sería un criterio válido para fundar la aplicación o no aplicación de la ley el de discriminar por la entidad de los daños generados por su violación: la ley, en principio, debería ser igualmente aplicada⁵³¹. Por otra parte, la guía de la igualdad obliga a una mínima generalidad de las leyes y, por tanto, obliga a reprochar tanto aquellas que discriminan arbitrariamente entre miembros de una misma sociedad, como aquellas que, por favorecer indiscriminadamente a los miembros de una sociedad por sobre aquellos que no lo son, vulneran un principio de igualdad mínima entre seres humanos⁵³².

Libertad e igualdad podrán entonces contribuir a brindar un contenido sustantivo al *rule of law*, más allá de sus atributos formales. La definición precisa de dicho contenido será dependiente del contexto social en el que se desarrollen las reglas de la justicia natural y éstas podrán, por lo mismo, imponerse por sobre el sistema de derecho positivo vigente para la sociedad en cuestión en un momento determinado. Si esto es así, la justicia natural de Smith podría llegar a ser bastante precisa, pero estaría marcada por un

Fleischacker adscribiría a esta posición y afirma que es esta lectura la que debe hacerse de la libertad en Smith y no la tradicional de libertades negativas. FLEISCHACKER (2005), p. 309, n. 9.

⁵³⁰ “*What chiefly enrages us against the man who injures or insults us is the little account which he seems to make of us, the unreasonable preference which he gives to himself above us, and that absurd self-love, by which he seems to imagine, that other people may be sacrificed at any time, to his conveniency or his humour*”. SMITH[1759] (1997), pp. 112-113, (II.iii.I.5). FLEISCHACKER (2005), pp. 156-157.

⁵³¹ Este último punto se contrapone con la exigencia formal que sigue más abajo de no sobre-aplicar la ley. Esta contraposición llama a efectuar un adecuado equilibrio por parte de quien tiene la atribución de promover la aplicación de la ley. Una aplicación de la ley sin distinguir la entidad del daño, puede tener dificultades prácticas y elevar los costos de su aplicación más allá de los beneficios que se espera de la misma. Pero, por otra parte, vela por la igualdad en los términos que se ha indicado, y permite abundar en la experiencia de la aplicación de la ley. De la necesidad de este equilibrio se pueden derivar razones adicionales a favor de reglas de simple aplicación.

⁵³² FLEISCHACKER (2005), pp. 163-164.

particularismo que la haría más limitada como herramienta para la crítica del derecho positivo, sin perjuicio de las correcciones que el enfoque histórico-evolutivo permite introducir. En cambio, encaminarse en dirección de la aspiración de concebir una justicia natural de universal aceptación pareciera requerir el sacrificio de la precisión en la definición de un contenido sustantivo que pueda ser universalmente aceptado o bien renunciar a un contenido sustantivo y conservar sólo los atributos formales del *rule of law*⁵³³.

Por las razones expuestas, se defiende aquí que los desarrollos sobre teoría del derecho de Smith son sustantivamente normativos, esto es, buscan brindar un contenido sustantivo mínimo adicional al meramente formal o procedimental, con las calificaciones indicadas.

(ii) Quienes no compartan esto último⁵³⁴, sin embargo, encontrarán en la obra de Smith atributos formales adicionales a los ya mencionados.

El *rule of law* impondría, además de la precisión y la claridad en las reglas, una cantidad limitada de leyes, esto es, pocas leyes o no más de las necesarias para la protección de la libertad y unos cuantos deberes de beneficencia, junto con una prudente aplicación. Una excesiva legalización, entendiendo por tal, una cantidad exorbitante de reglas jurídicas y su aplicación por igual a cualquier mínima situación de infracción, incluso a aquellas prácticamente inocuas, resulta tan peligrosa para la sociedad como la falta de reglas de justicia. Los sistemas de justicia, de este modo, están involucrados en

⁵³³ *Ibidem* pp. 168-169.

⁵³⁴ V. p. ej., HURTADO (2006), pp. 89-111, quien en p. 103 expresa: “La razón por la cual Smith no da un contenido positivo a las reglas de justicia es que su sistema de la simpatía es una teoría de la justicia puramente contextual y procedimental. Las reglas de comportamiento que se derivan del juego de la simpatía varían según el contexto en el que se desarrolle. La teoría de la simpatía es realmente una teoría procedimental pues nos dice cómo llegamos a las reglas de justicia sin decirnos en qué consisten esas reglas”.

*un delicado asunto, tener que prevenir los daños sin imponer ellos mismos un daño excesivo*⁵³⁵. La base de Smith para combatir una excesiva legalización sería principalmente su reconocimiento del principio que el castigo injustificado –que podría abundar en un esquema como el descrito– constituye en sí mismo una injusticia y es por tanto objeto de reproche⁵³⁶. De lo anterior se deriva también la necesidad de que los jueces se encuentren sometidos a reglas⁵³⁷.

Finalmente, el *rule of law* impondría que las reformas regulatorias sean graduales, paso a paso y no sistemáticas⁵³⁸. El fundamento estaría, por una parte, en la afectación a las libertades individuales que puede llevar aparejada una reforma regulatoria. En efecto Smith se refiere en estas situaciones a un *sentido de humanidad*, esto es, que las privaciones de trabajos y medios de subsistencia de quienes se veían beneficiados por las regulaciones que están siendo derogadas o modificadas, se produzcan de manera gradual, progresiva⁵³⁹. Por otra parte, en la base de la recomendación se encuentra

⁵³⁵ FLEISCHACKER (2005), pp. 165-166.

⁵³⁶ SMITH [1759] (1997), pp. 138-140, (III.iii.11). HAAKONSSSEN (1981), p. 116. Una ilustración de la crítica de Smith a un número excesivo de leyes de policía en LJ (B) 204, p. 486, donde contrasta la excesiva regulación en París con una escasa regulación en Londres, existiendo, no obstante, mayor seguridad en la segunda de estas ciudades.

⁵³⁷ “*In all well-governed states too, not only judges are appointed for determining the controversies of individuals, but rules are prescribed for regulating the decisions of those judges; and these rules are, in general, intended to coincide with those of natural justice*”, SMITH [1759] (1997), p. 403,(VII.iv.36).

⁵³⁸ “*Una moderada y gradual relajación de las leyes que otorgan a Gran Bretaña el comercio colonial en exclusiva, hasta que sea en buena medida un comercio libre, parece ser la única forma de librar a Gran Bretaña de ese peligro, de permitirle o incluso forzarla a retirar una parte de su capital desde este empleo hipertrofiado e invertirlo en otras actividades, aunque con un beneficio menor. Al reducir gradualmente una rama de su actividad e incrementar gradualmente todas las otras, eso puede paulatinamente restaurar en todas las ramas el equilibrio natural, saludable y adecuado que la perfecta libertad necesariamente establece y que sólo ella puede preservar. El abrir completamente el comercio colonial de un golpe y a todas las naciones puede descargar no sólo inconvenientes transitorios sino una pérdida abultada y permanente sobre la mayoría de aquellos cuyo trabajo y capital están hoy ocupados en él.*” SMITH [1776] (2008), p. 596, original en RN (IV.7.130). HAAKONSSSEN (1981), p. 138.

⁵³⁹ “*Un sentido de humanidad puede en este caso exigir que la libertad de comercio sea restaurada sólo gradualmente, y con mucha reserva y circunspección. Si esos elevados aranceles y prohibiciones fueran suprimidos abruptamente, los bienes extranjeros similares entrarían tan rápidamente al mercado local que arrebatarían de inmediato su puesto de trabajo y sus medios de subsistencia a varios miles de personas*” SMITH [1776] (2008), pp. 559-560, (IV.2.40).

también el escepticismo que le genera una reforma utópica sistemática: “[E]sperar que algún día se restaure completamente en Gran Bretaña la libertad de comercio es tan absurdo como esperar que se establezca en ella una Oceana o Utopía.”⁵⁴⁰⁻⁵⁴¹.

3.2.3. Ordoliberalismo y Escuela de Friburgo: orden y política orientada por reglas

El concepto de *Ordnung* (orden) constituye la noción central en el programa de investigación ordoliberal de la Escuela de Friburgo. Éste apunta al desarrollo de un enfoque integrado y sistemático para el estudio de la conformación política de un orden socio-económico-político (*Ordnungstheorie* y *Ordgnunspolitik*)⁵⁴².

A partir del concepto de orden surge una distinción elemental entre, por una parte, el nivel constitucional, donde rige la voluntariedad de los acuerdos sobre las reglas del juego o sobre la forma en que éstas son definidas (elecciones ‘constitucionales’ en

⁵⁴⁰ SMITH [1776] (2008), pp. 560-561, (IV.2.43).

⁵⁴¹ El punto sobre las reformas graduales y no sistemáticas lo explica con lucidez Fleischacker. En su interpretación, para Smith, las leyes que otorgan excesivo poder discrecional a los funcionarios de gobierno y las leyes que son modificadas con demasiada frecuencia, privan de certeza jurídica y abren espacio para los intereses privados -como los de los comerciantes que obtienen privilegios exclusivos- afectando, en ambos casos, la libertad individual. Sostiene que para Smith las estrategias regulatorias -y de actuación de los gobiernos en general- debieran fundarse en: (i) estrategias de largo plazo, (ii) fijadas por leyes simples y claras, (iii) que dichas leyes reflejen los intereses de los diferentes sectores de la sociedad y en particular de los sectores más débiles, y (iv) que se ajusten todo lo posible a la historia del país y sus prácticas actuales: leyes que establecen cambios radicales respecto de las costumbres en vigor interferirían con la acción individual tanto como harían la arbitrariedad o leyes frecuentemente modificadas. Resume la posición de Smith en los siguientes términos: “La notable idea filosófica de Smith consiste en apreciar que el cambio político radical opera a través del conservadurismo, a través de cambios graduales que conservan al mismo tiempo que transforman. Esta no es una presunción Burkeana a favor de la tradición por sobre la planificación conciente, si bien podría frecuentemente ser vista así, tampoco, por cierto, un afecto Benthamita o Rousseauviano por la completa reestructuración de la sociedad” FLEISCHACKER (2005), pp. 244-246.

⁵⁴² VANBERG (2014), p. 207. GERBER (1998), pp. 241-250, p. 246. “La respuesta de Eucken a la necesidad de integrar hechos con teoría y, pensamiento económico y jurídico, fue un método que el denominó ‘pensar en órdenes’ (*Denken in Ordnungen*)”. *Ibidem*, p. 243.

sentido amplio) y, por la otra, el nivel sub-constitucional, donde la voluntariedad de los acuerdos opera dentro de las reglas del juego previamente definidas (elecciones en los intercambios en el mercado). No se pretende que los sistemas económicos surjan de la nada, sino que han de ‘moldearse’ por medio de la adopción de decisiones políticas y jurídicas, que conformará el conjunto de opciones que integra la ‘constitución económica’⁵⁴³. Vanberg sostiene al efecto que “*Debe reconocérsele al programa de investigación de la Escuela de Friburgo el crédito de haber centrado su atención en la dimensión constitucional del paradigma liberal; así como el haber hecho explícito que el ideal de una sociedad libre es un ideal constitucional que debe especificarse en términos constitucionales; es decir, en términos de las reglas del juego por las que aboga y que tienen que discutirse en términos de qué tan atractivo resulten como régimen constitucional*”⁵⁴⁴. La referencia a la esfera o nivel constitucional no está limitada al marco formal legal-institucional sino que se extiende además a las convenciones y tradiciones informales a las que se sujetan las actividades económicas en las respectivas comunidades⁵⁴⁵. Lo mismo vale para la utilización del concepto de “regla”, fundamental en este enfoque, según veremos⁵⁴⁶.

De las nociones de orden y de la esfera o nivel constitucional se deriva la implicancia de concebir **la política económica como una actividad orientada por reglas**, en manifiesta contraposición a la entonces prevaeciente escuela histórica, desprovista ésta

⁵⁴³ Para los ordoliberalos, una constitución económica es “*una decisión comprensiva acerca de la naturaleza y forma del proceso de cooperación socio-económica*”. GERBER (1998), pp. 245-246; como fuente cita un trabajo de Franz Böhm quien habría tenido inspiración para este concepto en los trabajos de fines de los años 1920s del teórico del derecho público Carl Schmitt. *Ibidem*, p. 246, n.56

⁵⁴⁴ VANBERG (2002), pp. 79-116, p. 107

⁵⁴⁵ VANBERG (2014), p. 207.

⁵⁴⁶ Por tanto, al pensar en ‘reglas jurídicas’ cabe comprender aquellas de fuente legislativa, administrativa o judicial y ya sean autoimpuestas o heteroimpuestas.

de bases teóricas sólidas, sin sujeción a principios y que promovía la discrecionalidad⁵⁴⁷. “Los fundadores de la Escuela de Friburgo enfatizaron que el principal medio por el cual la política económica puede perseguir el progreso de la economía es por medio de mejorar el marco institucional dentro del cual las actividades económicas tienen lugar o, tal como se referían a ello, la constitución económica.”⁵⁴⁸. En esa actividad de mejora continua de las reglas del orden económico se nutrían de los desarrollos en derecho y en economía con miras a crear las condiciones requeridas para el funcionamiento de la mano invisible de Adam Smith y como parte de un proyecto mayor de identificar los fundamentos constitucionales de un orden socio-económico-político funcional y humano⁵⁴⁹.

En estas nociones de orden, nivel constitucional y política económica orientada por reglas, encontramos la contribución más directa del pensamiento ordoliberal al ideal jurídico-político del *rule of law*. En efecto, se ha sostenido de la *Ordnungspolitik* que constituye una adaptación de las ideas del liberalismo político germano a la economía política y que, por tanto, sus raíces se encontrarían en el *Rechtsstaat* y sus valores de certeza legal, de un derecho neutral y objetivo, fuera del control del poder discrecional de la autoridad de gobierno, conocido, y no sujeto a manipulación⁵⁵⁰.

Estos autores, si bien se sintieron herederos del liberalismo clásico anglosajón y, en este sentido, inclinan sus preferencias por el ‘orden de la economía de los intercambios’ (*Verkehrswirtschaft*) antes que por el ‘orden de la economía centralmente administrada’ (*Zentralverwaltungswirtschaft*)⁵⁵¹ no compartieron la interpretación de *laissez-faire* que

⁵⁴⁷ *Ibidem*. Para una visión menos crítica de la escuela histórica alemana –recordada hoy fundamentalmente por la disputa metodológica (*Methodenstreit*) entre su mayor representante, Gustav Schmoller, y el marginalismo de Carl Menger– v., MILONAKIS y FINE (2009), pp. 71-90.

⁵⁴⁸ VANBERG (2014), p. 207.

⁵⁴⁹ *Ibidem* pp. 207-208

⁵⁵⁰ GERBER (1998), p. 248.

⁵⁵¹ GERBER (1998), pp. 243, 245.

se hizo del mismo en el siglo XIX. Muy por el contrario, defendieron que la creación y mantención de un marco apropiado de ‘reglas del juego’ para una competencia cuyo desempeño fuera medido en términos de prestar mejores servicios a los consumidores (*Leistungswettbewerb*) era crucial para que se gatillaran los atributos que el liberalismo clásico atribuyó a la libertad en los mercados y la competencia. Dicho marco apropiado es el que necesita ser moldeado progresivamente como hace el jardinero con su jardín proveyendo las condiciones necesarias para el crecimiento natural de lo que es considerado deseable y podando los crecimientos no deseados, pero no con intervenciones directas en los resultados del juego, no como el ingeniero constructor⁵⁵².

Una política económica orientada por reglas con un enfoque de intervención indirecta en los mercados (en sus condiciones y no en sus resultados), en lugar de una política discrecional acompañada de un enfoque de intervención directa se justifica adicionalmente en el estudio de las razones para seguir reglas. Las facultades discrecionales implican que el gobierno puede adoptar entre sus opciones disponibles aquella que, en la situación particular que enfrenta, considera la ‘mejor’ a la luz de las consecuencias que de ella se esperan, considerando todos los factores. Por el contrario, una política orientada por reglas implica que el gobierno está sujeto ya sea a reglas prescriptivas o positivas, esto es, reglas que exigen que frente a determinados problemas se adopten ciertas acciones determinadas, o bien, a reglas proscriptivas o negativas, esto es, reglas que exigen abstenerse de ciertos tipos de acciones⁵⁵³.

La renovación de la Escuela de Friburgo y su colaboración con el programa de investigación en economía política constitucional impulsado por James Buchanan, han

⁵⁵² *Ibidem*, p. 209. Sobre el principio de regulación indirecta, GERBER (1998), p. 248. La idea de sentirse los ordoliberaliberales herederos del liberalismo clásico (ya expuesta *supra*) se extiende hasta nuestros días en la Escuela de Friburgo, sobre esto, WOHLGEMUTH (2013), pp.149-170.

⁵⁵³ VANBERG (2014), p. 214.

permitido a Vanberg sistematizar qué razones existen para seguir reglas en la tradición ordoliberal⁵⁵⁴.

Primero, un argumento general sugiere confiar en recetas o reglas que han sobrevivido el paso del tiempo y que han respondido satisfactoriamente en el pasado a situaciones recurrentes que se vuelven a enfrentar en el presente. Muchas veces, se sostiene, mantener dicha confianza conducirá a una situación mejor que intentar seleccionar discrecionalmente aquella que parece ser la mejor opción dadas las especificidades de cada caso particular. Sin embargo, más allá de este argumento general en favor de seguir reglas, el asunto con la política fundada en elecciones discrecionales es que presenta problemas de conocimiento, de incentivos y de reputación⁵⁵⁵.

El problema de las limitaciones al conocimiento administrable sobre la complejidad de la realidad moderna ha sido estudiado en profundidad por Hayek⁵⁵⁶. Confiar en reglas pre-existentes constituye un mecanismo para lidiar con dicha complejidad teniendo una racionalidad limitada e información incompleta. Toda regla es selectiva en el sentido que impone la consideración de sólo ciertos factores, dejando fuera otros. Esta selectividad de las reglas es buscada y permite, sin coerción, que los individuos –que actúan en base a decisiones también fundadas en información selectiva– escojan cómo conducirse dentro de su ámbito de libertad. Desde el punto de vista del problema del conocimiento, entonces, la ventaja de las reglas no es sólo facilitar nuestras elecciones al permitirnos enfocar nuestra atención en determinados aspectos de la situación subyacente a la elección, sino que, además, en la evolución de su aplicación⁵⁵⁷, la regla ha conservado

⁵⁵⁴ “Mientras que dentro de la tradición de Friburgo los fundamentos filosóficos del enfoque orientado por reglas se mantuvieron en gran medida implícitos, ha sido en la obra de Buchanan y en la de Friedrich Hayek donde los argumentos relevantes han sido explícitamente discutidos”. *Ibidem* p. 212.

⁵⁵⁵ *Ibidem* p. 213.

⁵⁵⁶ HAYEK (1945), p. 519-530. HAYEK [1960] (2006), p. 59.

⁵⁵⁷ HAYEK [1960] (2006), p. 55.

en ella sólo aquellos aspectos que en los hechos nos ayudan a hacer mejores elecciones que las que haríamos de considerar otros factores⁵⁵⁸. El argumento de seguir reglas por el problema de las limitaciones del conocimiento no sostiene que esto garantizará los mejores resultados en cualquier situación⁵⁵⁹. Tanto una política sujeta a reglas como una política discrecional que busca sustentarse en un conocimiento absoluto o más acabado están expuestas a errores: *“Sin embargo, para nosotros, en tanto seres humanos inevitablemente imperfectos, el estándar de evaluación relevante no es qué sería lo mejor a hacer si conociéramos toda la información. La comparación relevante es entre el conjunto de patrones de resultados que es esperable fruto de un sistema de elecciones discrecionales por una parte, y aquellos producto de un sistema orientado por reglas, por la otra. Y buenas reglas, especialmente reglas que superando el examen del tiempo incorporan las experiencias acumuladas por generaciones, podrían brindar en este aspecto mucho mejor orientación que nuestras elecciones discrecionales”*⁵⁶⁰.

Un segundo argumento para seguir reglas es el problema de incentivos. Bajo esta idea Vanberg se refiere a lo que en teoría de juegos y la economía del comportamiento se conoce como inconsistencia dinámica o temporal⁵⁶¹. Frente a decisiones discrecionales

⁵⁵⁸ VANBERG (2014), pp. 214-215.

⁵⁵⁹ HAYEK (2006), p. 139.

⁵⁶⁰ VANBERG (2014), p. 215. El marco de análisis que hoy se conoce como el ‘enfoque de minimización de los costos del error’ o la ‘teoría de la decisión’ en la literatura de derecho y economía para optar entre reglas (nula o mínima discrecionalidad) o estándares (mayor discrecionalidad) conduce a conclusiones similares (v. *infra*). Christiansen y Kerber han expresado: *“La idea básica es que seguir una regla apropiada sin intentar optimizar en cada caso específico podría producir en promedio menos decisiones incorrectas. Si además tomamos en consideración que el seguir reglas requiere menos información y, entonces, que conduce a menores costos que la maximización caso a caso, entonces la aplicación de reglas puede ser una manera muy económica de lidiar con problemas de conocimiento”*. CHRISTIANSEN & KERBER (2006), pp. 215-244, p. 220. El propio Vanberg ha contribuido al debate entre reglas y estándares en el derecho europeo de la competencia (v. *infra* 4.2.1.).

⁵⁶¹ El concepto describe una situación en que las preferencias de un tomador de decisiones cambian a lo largo del tiempo de una manera tal que una preferencia se torna inconsistente en otro momento. Puede entenderse como la existencia de diferentes “yo” dentro de un tomador de decisiones, en que cada “yo” representa al tomador de decisiones en un diferente momento; la inconsistencia ocurre cuando las preferencias no están alineadas.

nos inclinamos por valorar más nuestras necesidades actuales y los efectos de corto plazo de nuestras acciones que las consecuencias de largo plazo. Así, valoramos más el placer de las comidas poco saludables hoy que las eventuales patologías de unos años más ('efecto de inmediatez' o 'descuento temporal'). *“La explicación tras muchas de las tradicionales reglas de conducta que son traspasadas de generación en generación es corregir esta deficiencia en nuestra estructura motivacional. Ellas nos instruyen a comportarnos de una manera que nos obliga a doblegar nuestros actuales deseos en favor de beneficios superiores a cosechar en el largo plazo”*⁵⁶². En el caso de los gobiernos, sus períodos de mandato son temporalmente acotados lo que los induce a focalizarse en el corto plazo en perjuicio de políticas que requieren de una mirada de largo plazo.

Finalmente, están los aspectos reputacionales, esto es, cómo nuestras decisiones afectan la percepción que terceros tienen de nosotros y cómo dicha percepción incide en el conjunto de oportunidades a nuestra disposición para alcanzar nuestros objetivos. Vanberg ilustra el concepto contrastando la reputación del sujeto que siempre cumple sus promesas con aquella del sujeto que decide discrecionalmente caso a caso si cumplir o no las suyas, determinando en forma oportunista qué le resulta más conveniente. El oportunista quizás puede capturar situaciones de valor que no están al alcance de quien siempre cumple sus promesas. Pero la reputación adquirida por este último hacen a éste, y no al primero, candidato a futuros negocios cooperativos. *“Al seguir reglas uno puede adquirir una reputación de ser una persona honesta y confiable, una reputación que constituye un tipo de capital social, a partir del cual pueden cosecharse muchos beneficios en nuestras relaciones con otros”*⁵⁶³. El abuso en el ejercicio de la

⁵⁶² VANBERG (2014), p. 216.

⁵⁶³ VANBERG (2014), p. 216. A partir de estos conceptos, Vanberg muestra las implicancias de preferir políticas económicas orientadas por reglas, lo que lo conduce a no favorecer una política industrial que selecciona discrecionalmente sectores a apoyar, poner atención a los mayores riesgos de comportamientos

discrecionalidad socava entonces este capital social que puede ser un activo importante de un buen gobierno sujeto a reglas.

Christiansen y Kerber, autores cercanos al pensamiento ordoliberal y que recogen desarrollos sobre el *rule of law* aportan razones –adicionales a los ‘problemas de conocimiento’ ya descritos– para inclinarse por políticas orientadas por reglas ‘óptimamente diferenciadas’ antes que su entrega a la discrecionalidad de estándares amplios⁵⁶⁴. Primero, la función del marco institucional en una economía de mercado de orientar el comportamiento de las empresas hacia incrementos en el bienestar general sólo puede conseguirse cuándo éstas conocen de antemano cuáles son las conductas que se prohíben. De este modo, son las reglas y no decisiones discrecionales de autoridad las que permiten estabilizar las expectativas de quienes participan en los mercados, las que se ven frustradas cuando la reacción de la autoridad ante ciertos hechos no puede preverse con una probabilidad suficiente (falta de certeza legal, con consiguientes pérdidas de bienestar). Segundo, al reducir la discrecionalidad de la autoridad, las reglas disminuyen los espacios para comportamientos de búsqueda de rentas, lo que minimiza los efectos adversos en el bienestar que éstas tienen⁵⁶⁵. Sobre esto último, el riesgo de captura de un estado débil por intereses económicos privados constituye una preocupación central del pensamiento ordoliberal para cuya solución aboga por un estado fuerte capaz de crear y mantener las condiciones para la competencia en la economía⁵⁶⁶.

de *lobby* y búsqueda de rentas que genera la discrecionalidad, y la facilidad de fiscalización de reglas claras de política económica.

⁵⁶⁴ “Si bien es ampliamente reconocido que simples reglas per se no serán suficientes en la política de competencia, los argumentos sobre los méritos del *rule of law* deben tomarse en serio”. CHRISTIANSEN & KERBER (2006), p. 220.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, pp. 219-220

⁵⁶⁶ GERBER (1998), pp. 249-250.

Los desarrollos expuestos, principalmente de economistas en la tradición ordoliberal, utilizan la noción de “reglas” en sentido amplio, de un modo tal que trasciende el marco formal legal-institucional que se asocia a la noción de ‘regla’ desde el derecho. No obstante, la mirada jurídica estuvo presente desde los inicios en el pensamiento ordoliberal a través de Franz Böhm, para quien el desafío consistía en dar una lectura de la economía política clásica –de Adam Smith en especial– desde el derecho y, por tanto, en traducir sus enseñanzas al lenguaje de la ciencia jurídica. Cabe consignar lo anterior, porque la noción de regla, tan propia del derecho, podría estar en la génesis y no ser una derivación del concepto de orden, central para los ordoliberales⁵⁶⁷. En cuanto a las reglas jurídicas que conforman la ‘constitución económica’, confían más en lo que los poderes legislativo y judicial puedan aportar, y más bien tienden a desconfiar del poder ejecutivo⁵⁶⁸.

De este modo, los conceptos de orden, constitución económica, reglas y otros del pensamiento ordoliberal contribuyen a debates que para la teoría del derecho y el ideal jurídico-político del *rule of law* son hoy día centrales. Este pasaje de Schauer ilustra bien el carácter nuclear de las reglas para el derecho y el *rule of law*⁵⁶⁹: “*La importancia de lo que realmente dice una regla no es sólo un asunto de reglas. [...] [I]gnorar [...] la importancia de lo que las reglas hacen incluso allí cuando parecen injustas es ignorar algo muy importante sobre el derecho en sí mismo. [...] [E]xiste un importante grupo de valores –predictibilidad del resultado, uniformidad en el tratamiento (tratar casos*

⁵⁶⁷ NÖRR (2000), pp. 148-190, p. 156. Gerber lo expresa así: “*El sistema legal provee las reglas para el juego económico y, en este sentido, uno no podría entender los procesos económicos sin integrar el conocimiento de dichas reglas*”. GERBER (1998), p. 243. En cuanto a la idea de Böhm de traducir el conocimiento económico al lenguaje normativo, con ella pretendía que la ciencia económica describiera las condiciones de la competencia ‘completa’ y que dicha información proveyera los estándares a ser incorporados en reglas o leyes generales que sirvieran de base a las decisiones jurídicas y de políticas, decisiones no entregadas a la discrecionalidad de la autoridad. *Ibidem*, p. 247

⁵⁶⁸ GERBER (1998), p. 249.

⁵⁶⁹ El rol de las reglas en el derecho es abordado por SCHAUER (2009), en el capítulo 2, ‘Rules–in Law and Elsewhere’ y en SCHAUER (1991).

iguales del mismo modo) y, el miedo a otorgar una discrecionalidad ilimitada a individuos que toman decisiones aún cuando vistan una toga— que el sistema legal —en especial— considera valioso preservar. Estos valores frecuentemente caen bajo el concepto de lo que se denomina el Rule of Law, y muchas de las virtudes del Rule of Law se consiguen por medio de tomarnos las reglas seriamente como reglas. [...] [E]l derecho es más que simplemente hacer lo correcto en cada caso individual. [...] [L]o que hace del derecho lo que es [...] es que considera determinados valores institucionales y sistémicos más amplios como importantes, incluso si ello en ocasiones es a costa de la justicia o de una política sabia o de la eficiencia en el caso individual. Hay muchas vías por medio de las cuales el derecho hace esto, pero la principal es por medio de tomarse las reglas en serio.”⁵⁷⁰.

3.2.4. F.A. Hayek : Confluencia de las tradiciones del orden espontáneo y del “Rule of Law”

En un principio, Hayek se aproximó al estudio del *rule of law* con un interés secundario y accesorio a su objetivo primordial que era la crítica a la planificación centralizada. Sin embargo, con posterioridad a la publicación de “*Camino de Servidumbre*” en 1944, pasó a entender el *rule of law* como el fundamento central de la sociedad libre y el marco que permite su subsistencia. Esta última es la visión que plasmó en “*La Constitución de la Libertad*” (1960)⁵⁷¹. No obstante, no mantendrá una valoración igualmente intensa del *rule of law* en su obra tardía ya que reconoció limitaciones de la realidad que lo hacían insuficiente como marco protector de la libertad con apego al derecho⁵⁷².

⁵⁷⁰ SCHAUER (2009), p. 35.

⁵⁷¹ EALY (2010), p. 17.

⁵⁷² En este sentido, Hayek expresa en su obra publicada en 1973 que “*aquellos ideales fueron incapaces de seguir concitando el entusiasmo de los idealistas*”, y que identificó “*dogmas políticos contemporáneos que resultan incompatibles con dichos ideales*”; en concreto constató “*la pérdida de fe en la justicia*”

En el estudio de la concepción de Hayek sobre el *rule of law* es imposible disociar dos tradiciones diferentes.

Según la primera de ellas, con origen en su aproximación al estudio de los distintos órdenes sociales por las ciencias sociales, lo central es la generación espontánea de las reglas de justicia. El derecho es anterior a la legislación y, si bien ésta constituye un desarrollo crucial en la evolución de la civilización, no sería más que un invento relativamente tardío, que sobrevino sólo después de una prolongada existencia del derecho. Este derecho formado por reglas de conducta obligatorias, en este sentido, no puede considerarse ‘inventado’ por persona alguna y es consustancial a la sociedad: sólo la observancia de reglas comunes hace posible la existencia pacífica de individuos en el seno de la sociedad⁵⁷³. De este modo, la formulación del derecho es, en esencia, un trabajo de explicitar lo que ya existe de manera implícita, como derecho no positivado⁵⁷⁴. De esto se sigue que la concepción del derecho como limitado únicamente a aquello que el legislador ha establecido es incorrecta: la autoridad misma del legislador y del Estado deriva de concepciones pre-existentes de justicia. Y es también el motivo de la predilección de Hayek por el derecho de *common law* y sus elementos consuetudinarios antes que por el derecho legislado de tradición continental, toda vez que el primero permite al juez considerar reglas aún no explicitadas, pero que podrá formular como derecho vigente para el caso concreto, dando origen a un precedente que permitirá ulterior aplicación⁵⁷⁵.

independiente de los intereses particulares”, el “amparo legislativo del uso de la coerción [...] en favor de los intereses particulares de determinadas personas o grupos” y la mixtura de poderes normativos y de gobierno en una única asamblea. HAYEK [1973] (1978), p. 11.

⁵⁷³ HAYEK [1973] (1978), p. 118.

⁵⁷⁴ HAYEK [1973] (1978), p. 131-137.

⁵⁷⁵ HAYEK [1973] (1978), p. 181-190.

En el ámbito de la tradición descrita, el *rule of law* impone al juez el mandato principal de hacer respetar las reglas abstractas que guían el surgimiento de un orden social espontáneo⁵⁷⁶, reglas que denomina *nomos*, que son independientes de sus fines y que son justiciables en cuanto tales y no por los resultados concretos de su aplicación⁵⁷⁷, y que –en buena medida– se corresponden con las normas de derecho privado: “*La tarea del juez forma así parte de ese proceso de adaptación de la sociedad a las circunstancias que es el modo de desarrollo del orden espontáneo; participa en el proceso de selección respaldando aquellas normas que, como las que han funcionado bien en el pasado, hacen más probable la armonía de las expectativas. De esta manera se convierte en órgano de ese orden. Pero incluso cuando en el cumplimiento de sus funciones crea nuevas normas, no está creando un nuevo orden, sino tratando de mantener y mejorar el funcionamiento del existente*”⁵⁷⁸. El apego al *rule of law* exige adicionalmente que el Estado se provea de reglas de organización y gestión que Hayek denomina *thesis* y que se corresponden con las normas de derecho público. La introducción de este segundo grupo de normas conduce a Hayek al estudio de la historia de la tradición jurídico-política liberal del *rule of law*, la otra tradición que confluye en su concepción.

Del modo indicado, por una parte, sobre el Estado recae el mandato de hacer respetar el *nomos*, esto es, las reglas de una conducta justa dotadas de los caracteres de

⁵⁷⁶ Para una crítica desde el institucionalismo contemporáneo a la teoría del orden espontáneo en el surgimiento de las reglas jurídicas y a la identificación del derecho con la costumbre, v. HODGSON (2009), pp. 143-166. El autor, sin promover una posición positivista (es decir, sin sostener que sólo sea derecho aquello que emana de la voluntad o diseño del legislador), pone el acento en la crucial transición histórico-institucional que implicó pasar desde la adjudicación de controversias en base a reglas consuetudinarias en pequeñas comunidades, a sociedades de mayor refinamiento que condujeron al surgimiento de sistemas legales complejos con roles institucionales atribuidos a órganos del estado (p. ej., los jueces). En este sentido, postula que el estado es una condición necesaria, si bien no suficiente para el establecimiento y desarrollo de un sistema formal de derecho.

⁵⁷⁷ “*No hay sitio para [el juez] en una organización en la que los actos individuales han de ser juzgados por su utilidad respecto de los fines específicos a que ella aspira*” HAYEK [1973] (1978), p. 188.

⁵⁷⁸ HAYEK [1973] (1978), p. 186.

generalidad, abstracción, anonimato, no orientadas hacia un fin instrumental y preexistentes a la legislación. Sólo mediante el respeto de éstas puede asegurarse la mantención y la eficiencia del orden espontáneo de la sociedad⁵⁷⁹. Por ello, toda actuación del Estado que no es ejercida en función del *nomos* disminuye la seguridad de las expectativas y es, por tanto, de riesgo para el orden público.

Pero al mismo tiempo –y en esto la conjugación con la otra tradición– Hayek retomó también la argumentación jurídico-política según la cual sólo un gobierno de leyes, no de hombres, garantiza la libertad que es exigida por la dignidad humana y, por esta vía, reduce el ejercicio de coerción al mínimo compatible con la protección del orden público basado en la libertad entendida como independencia respecto de la voluntad arbitraria de otro⁵⁸⁰. La coerción que se opone a esta concepción de libertad implica el control del entorno o de las circunstancias de una persona por otra que fuerza a la primera a actuar no según un plan coherente que le es propio sino que para servir los fines de otro: esto hace desaparecer al individuo como persona pensante y valiosa y lo torna en un mero instrumento para el logro de los fines de otro⁵⁸¹. Dicha coerción no puede eliminarse del todo ya que sólo la amenaza de coerción puede contenerla. El mínimo de coerción en la sociedad libre se ha logrado al monopolizar la coerción en el Estado y al limitar la coerción estatal a aquellos casos donde es necesaria para evitar la coerción por

⁵⁷⁹ Y el sentido de este deber del Estado (y en especial del juez) que integra el *rule of law* está orientado más bien hacia el objeto de la protección (las normas que integran el *nomos*) que centrado en los requisitos de legalidad formal de estas reglas: “*Lo promulgado y anunciado de antemano sólo será con frecuencia una formulación muy imperfecta de principios que el pueblo es más capaz de respetar en sus actos que de expresar con palabras. El anuncio previo sólo será condición indispensable para el mejor conocimiento del derecho si creemos que toda ley es expresión de la voluntad de un legislador, es decir, invento suyo, y no expresión de los principios que subyacen en un orden ya operativo*” HAYEK [1973] (1978), 184-185.

⁵⁸⁰ “[*La libertad de los hombres libres*] siempre significó la posibilidad de una persona de actuar de acuerdo con sus propias decisiones y planes, en contraste con la posición de una que se encontraba sujeta irrevocablemente a la voluntad de otra, la que por medio de una decisión arbitraria podía forzar a la primera a actuar o no actuar de maneras específicas” HAYEK [1960] (2006), p. 12.

⁵⁸¹ HAYEK [1960] (2006), p. 19.

privados⁵⁸². Esto se consigue por medio de “*La protección estatal de las conocidas esferas privadas de los individuos contra la interferencia por otros y la delimitación de dichas esferas privadas, no mediante una asignación específica, sino mediante la creación de condiciones según las cuales el individuo puede determinar su propia esfera al descansar en reglas que le indican lo que el gobierno hará en diferentes tipos de situaciones*”⁵⁸³. De este modo, la coerción estatal fundada en reglas conocidas se transforma en un instrumento que asiste a los individuos en la persecución de sus propios fines y no en simple coerción como un medio para someter a la persona a fines perseguidos por otros⁵⁸⁴.

El punto de contacto entre las dos vertientes que confluyen en la concepción de *rule of law* de Hayek se da en que sólo la aplicación constante e inmemorial del derecho ha podido fijar la frontera entre la coerción legítima y la coerción ilegítima, esto es, ha sido capaz de fijar el contenido mismo de las reglas de conducta justa que son aquellas que permiten la cooperación humana en los intercambios voluntarios. Es decir, dos tipos de coerción –aquella que en lugar de liberar deja a la persona como un instrumento dependiente de la voluntad arbitraria de otra, y la coerción que implica la imposición por la legislación de reglas que desprotegen o contravienen las reglas de conducta justa que permiten el orden espontáneo– son las que han de ser objeto de reproche por el *rule of law*. Como ha sostenido un autor, el *rule of law* hayekiano reúne el aporte de dos tradiciones en un mismo concepto⁵⁸⁵.

Hayek configura de este modo la misión central que corresponde a un Estado democrático y liberal de derecho, que se integra por las funciones de: (i) el resguardo del orden espontáneo de la sociedad, esto es la sanción de los crímenes y de los delitos

⁵⁸² *Ibidem* p. 20

⁵⁸³ *Ibidem* p. 20

⁵⁸⁴ *Ibidem* p. 20

⁵⁸⁵ NEMO (1988), p. 130.

(ejercicio de la jurisdicción), (ii) la formulación y la mejora continua del conjunto de reglas jurídicas que favorecen la interacción espontánea (jurisprudencia, legislación), y (iii) la protección del orden público tanto al interior (funciones de policía) como respecto del exterior (defensa, diplomacia)⁵⁸⁶. Las ideas de predictibilidad a partir de reglas precisas, claras y de general aplicación, de disminución de la discrecionalidad y de efectividad y prudencia en su aplicación que subyacen al concepto de *rule of law* están presentes en todos estos ámbitos, con independencia de la naturaleza de derecho privado o derecho público que pueda atribuirse a las normas, e incluso en el ámbito de la política económica⁵⁸⁷.

De lo expuesto se desprende también que, en la discusión entre una concepción puramente formal del *rule of law* y una con elementos sustantivos⁵⁸⁸, la concepción de Hayek sobre el *rule of law* tiene elementos sustantivos evidentes⁵⁸⁹. La prioridad en el mandato al Estado en este ámbito es hacer respetar el *nomos*, esto es, las reglas de una conducta justa dotadas de los caracteres de generalidad, abstracción, anonimidad, no instrumentalidad y que son preexistentes a la legislación. Pero no cualquier contenido de las reglas que integran el *rule of law* da lo mismo, sino que dicho contenido debe apuntar a que el mercado funcione tolerablemente bien⁵⁹⁰. Sin embargo, el contenido de las reglas, más allá del referido objetivo general (reglas pro-mercado), no admite mucho mayor precisión en abstracto. Su detalle debe responder a la experiencia y a la evolución

⁵⁸⁶ Una segunda misión, también reconocida por Hayek, implica la gestión de los recursos puestos a disposición del Estado por los ciudadanos, para la prestación colectiva de bienes y servicios. NEMO (1988), p. 130.

⁵⁸⁷ HAYEK [1960] (2006), capítulo 15 (*Economic policy and the rule of law*)

⁵⁸⁸ Para una presentación de estos diversos enfoques en torno al *rule of law*, TAMANAHA (2004), pp. 91-113.

⁵⁸⁹ Cfr. TAMANAHA, *Ibidem*, pp. 93-94, para quien la concepción de Hayek es meramente formalista, incluyéndola entre las versiones que ponen el acento en la legalidad formal.

⁵⁹⁰ HAYEK [1960] (2006), p. 200. “*Para que [un sistema libre] pueda funcionar apropiadamente, no es suficiente que las reglas de derecho bajo el cual opera sean reglas generales, sino que su contenido debe ser tal que el mercado funcionará tolerablemente bien*”.

gradual que aportarán casos concretos a resolver⁵⁹¹. “[L]a tarea de modificar gradualmente nuestro sistema legal para hacerlo más conducente a un funcionamiento fluido de la competencia constituye un proceso tan lento que resulta poco atractivo para quienes buscan canalizar su creativa imaginación y están impacientes por diseñar proyectos para desarrollos adicionales”⁵⁹².

Una importante función del *rule of law* para Hayek es entonces brindar un criterio de evaluación de la *forma o carácter* de la actividad estatal legítima. El problema de la actividad estatal para Hayek, antes que una cuestión de volumen, es de *forma o carácter* de dicha actividad⁵⁹³. “El rule of law provee el criterio que nos permite distinguir entre aquellas medidas que son y aquellas que no son compatibles con un sistema libre. Aquellas que lo son pueden ser adicionalmente examinadas sobre la base de su conveniencia”⁵⁹⁴.

En este sentido, la actividad estatal satisface el *rule of law* cuando, junto con tratarse de medidas pro-mercado, se trata de “decisiones que derivan de reglas generales y no de preferencias particulares que guíen al gobierno de turno o de alguna opinión acerca de la posición en la que debieran ser situados determinados individuos. Los poderes coercitivos del gobierno aún estarán sirviendo propósitos generales y atemporales, no fines específicos. No debe hacer distinción alguna entre diferentes personas. La discrecionalidad conferida es una discrecionalidad limitada en el sentido que el agente ha de aplicar el sentido de una regla general. El que esta regla no pueda librarse de

⁵⁹¹ HAYEK [1960] (2006), p. 201. “La especulación general sobre el carácter de un orden social no puede producir mucho más que declaraciones igualmente generales sobre los principios que el orden legal debe seguir. La aplicación en detalle de dichos principios generales debe dejarse en gran medida a la experiencia y la evolución gradual. Ella presupone ocuparse de casos concretos, que es algo más propio del ámbito del abogado que del economista.”.

⁵⁹² HAYEK [1960] (2006), p. 201.

⁵⁹³ HAYEK [1960] (2006), pp. 194-195.

⁵⁹⁴ HAYEK [1960] (2006), p. 195.

*toda ambigüedad en su aplicación es una consecuencia de la imperfección humana. No obstante, el problema sigue siendo el de aplicación de una regla, lo que queda en evidencia por el hecho que un juez independiente, que de manera alguna representa los deseos o valores del gobierno o de la mayoría del momento, estará en condiciones de decidir no solo si acaso la autoridad tenía o no la potestad de actuar, sino también si acaso el derecho le imponía hacer exactamente lo que hizo”*⁵⁹⁵. Lo que así expresa Hayek para la aplicación del *rule of law* a la política económica no es sino manifestación de los elementos del *rule of law* que ya ha sintetizado previamente donde incluye el carácter general, abstracto y no retroactivo de las reglas, su publicidad, certeza y predictibilidad, la igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, la separación de funciones normativas en el legislador y de aplicación en los jueces, la revisión judicial de las acciones coercitivas del ejecutivo y la protección de la libertad personal y de la propiedad de expropiaciones sin compensación⁵⁹⁶.

Lo que termina de configurar el *rule of law* hayekiano es un elemento sustantivo: el *rule of law* se opone a medidas de justicia distributiva por oposición a atribuciones de justicia conmutativa⁵⁹⁷. En nuestra opinión, esto no es muy consistente con el resto de su descripción (particularmente con la admisibilidad de un amplio rango de actividades legítimas del Estado). Tampoco se encuentra con esa claridad en el pensamiento de otros autores del enfoque liberal clásico que hemos estudiado (entendemos que esto se debe a que el contexto histórico social que dichos autores enfrentaron fue diverso al que

⁵⁹⁵ HAYEK [1960] (2006), p. 198.

⁵⁹⁶ HAYEK [1960] (2006), pp. 182-191.

⁵⁹⁷ HAYEK [1960] (2006), p. 203. “Las restricciones que el *rule of law* impone al gobierno, de este modo, excluyen todas aquellas medidas que serían necesarias para asegurar que los individuos reciban una retribución conforme a una concepción de mérito o merecimiento distinta a aquella que corresponde al valor que sus servicios tienen para sus semejantes –o, lo que es lo mismo, excluyen el perseguir la justicia distributiva por oposición a la justicia conmutativa.”

enfrentó Hayek⁵⁹⁸). En efecto, Hayek experimentó un contexto de guerra fría, posterior a dos guerras mundiales, donde si bien la amenaza socialista comenzaba a disiparse –a diferencia de la realidad en el bloque oriental-comunista– en occidente se promovía el estado de bienestar, que Hayek vio como un socialismo disfrazado en las economías occidentales, por lo que se dirigió contra uno de sus conceptos centrales como es la idea de la justicia distributiva.

3.3. El “*Rule of Law*” en estudios contemporáneos sobre teoría del derecho

3.3.1. Tom Bingham: Divulgación de una concepción sustantiva de *Rule of Law*

El juez y jurista británico Thomas Bingham⁵⁹⁹, se abocó al estudio del *rule of law* hacia el final de su carrera. Sitúa a Dicey en la base de sus esfuerzos de sistematización⁶⁰⁰. En su concepción, el núcleo del *rule of law* consiste en que “*todas las personas y autoridades en el estado, sean públicas o privadas, deben estar sometidas a –y son titulares de los beneficios de– leyes que se han generado de manera pública, que tienen efecto (en general) en el futuro y que son administradas públicamente en los tribunales*”⁶⁰¹. No omite advertir sobre la falta de certeza y subjetividad debido a la gran diversidad de concepciones que en doctrina existen en torno al *rule of law*, lo que pondría en duda el interés de cualquier estudio a su respecto⁶⁰². A pesar de ello y, luego de un selectivo recorrido histórico, expone en su trabajo ocho componentes de su

⁵⁹⁸ El propio Hayek afirmó: “*Smith, por supuesto, no podía dirigir sus argumentos contra lo que ahora llamamos socialismo, ya que éste era desconocido en su tiempo.*” HAYEK [1978] (1986), pp.89-92, p.91.

⁵⁹⁹ Juez y Jurista Británico, servidor de las más altas funciones judiciales como Master of the Rolls, Lord Chief Justice y Senior Law Lord. Fallece el 11 de Septiembre de 2010, tras dedicar sus últimos años a la enseñanza de los Derechos Humanos.

⁶⁰⁰ BINGHAM (2011), pp. 3-5

⁶⁰¹ *Ibidem*, p.8

⁶⁰² *Ibidem*, pp. 5-8, 171-174.

concepción⁶⁰³. De ellos, aquí referimos cuatro, que están estrechamente vinculados con la concepción de *rule of law* que se sigue en esta investigación. Ellos son: la accesibilidad del derecho; derecho y no discrecionalidad; el ejercicio del poder; y la igualdad ante la ley.

En cuanto a **la accesibilidad del derecho**, Bingham plantea como regla que “*el derecho debe ser accesible y dentro de lo posible, inteligible, claro y predecible*”⁶⁰⁴. La regla se funda en que (i) debemos ser capaces de identificar lo que debemos hacer o abstenernos de hacer a objeto de evitar una sanción: si el derecho punitivo tiene una finalidad disuasiva de conductas, ésta no podrá cumplirse si los sujetos no saben y no pueden descubrir fácilmente de qué conductas deben abstenerse; (ii) en el derecho privado, es importante que conozcamos cuáles son nuestros derechos y nuestras obligaciones; de otro modo, no podremos exigir nuestros derechos ni cumplir nuestras obligaciones; y, (iii) constituye un prerequisite para el desarrollo exitoso del comercio, la inversión y los negocios en general, lo que ha sido tradicionalmente reconocido en el derecho y en la economía política, como también por la economía en las últimas décadas. La evaluación de si en un determinado sistema jurídico o área del derecho se cumple o no con este primer elemento pasa por un análisis del sistema de fuentes del derecho respectivas, cuestión que el autor presenta para el derecho británico, considerando el derecho legislado, el derecho de origen judicial y el derecho de la Unión Europea, con las virtudes y vicios que, cada una de estas fuentes, presenta para la accesibilidad y predictibilidad del derecho.

Al tratar del elemento **derecho y no discrecionalidad** expresa que “*las cuestiones de derecho y responsabilidad legal deben ser ordinariamente resueltas por la aplicación*

⁶⁰³ Además de los cuatro que son tratados acá, Bingham incluye los Derechos Humanos, la resolución de controversias, un juicio justo y, el rol del *Rule of Law* en el ordenamiento jurídico internacional.

⁶⁰⁴ BINGHAM (2011), p. 37.

del derecho y no por el ejercicio de la discrecionalidad". Para Bingham éste ha constituido desde siempre un aspecto central del *rule of law*, que se impone a todos los funcionarios del estado, en especial a los funcionarios del gobierno (ministros y oficiales) y a los jueces⁶⁰⁵, pero que en un estado moderno y una sociedad y economía complejas no puede implicar la privación de todo margen de discrecionalidad⁶⁰⁶. Lo que el *rule of law* exige en este punto es que no existan atribuciones absolutamente discrecionales, esto es, sin contenciones o límites de ningún tipo, ya que ello abriría el escenario a la arbitrariedad⁶⁰⁷. Se ocupa acá de los límites a la discrecionalidad de los jueces⁶⁰⁸. Primero distingue entre la adjudicación o juicio (aplicación de una regla de derecho precisa una vez verificados los supuestos de hecho que ella exige) y el ejercicio discrecional de jurisdicción (habilitación del juez para obrar según su criterio dentro de un margen más o menos amplio de alternativas). Reitera que no es conveniente imponer la supresión absoluta de la discrecionalidad del juez en todo tipo de materia pero que dicha discrecionalidad, a su vez, debe ser reglada, lo que es resultado de la aplicación de precedentes que acotan la discrecionalidad, de los lineamientos dictados sobre sentencias condenatorias que explicitan el rango de sanciones para diferentes tipos de delitos e infracciones y la ponderación de atenuantes y agravantes, como asimismo, de los mecanismos de apelación y otros recursos ante tribunales superiores.

El ejercicio del poder y la revisión judicial constituye un tercer componente de la concepción de Bingham sobre el *rule of law*. Sostiene que *“los ministros y los funcionarios públicos, a todo nivel, deben ejercer los poderes que les han sido conferidos de buena fe (honestamente), con miras al propósito para el cual dichos*

⁶⁰⁵ BINGHAM (2011), p. 51 Lo que en el sistema parlamentario de Reino Unido no necesariamente aplica para los miembros del parlamento. V. *Ibidem* capítulo 12 ‘*the rule of law and the sovereignty of Parliament*’.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 50

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 54

⁶⁰⁸ Sobre los límites a la discrecionalidad de los funcionarios del ejecutivo, los abordará al tratar del ejercicio del poder y la revisión judicial.

poderes les fueron conferidos, sin exceder los límites de dichos poderes y no de una manera no razonable”⁶⁰⁹. La sujeción al principio de legalidad o juridicidad por los funcionarios públicos aparece de este modo como fundamental en la tradición del *rule of law* (algo que encontramos en otros autores que estudian este mismo ideal jurídico-político⁶¹⁰, como también en las tradiciones del *État de Droit* francés y del *Rechtsstaat* alemán⁶¹¹). Nada autoriza a las autoridades y funcionarios públicos a actuar de un modo diferente de aquel que de modo estricto prescriben las leyes. Siendo los tribunales los encargados de velar por el cumplimiento de este principio, Bingham se ocupa de explicar el sistema de revisión judicial (*judicial review*) en derecho inglés. En primer lugar, se hace cargo de especificar el ámbito de la revisión: no es más ni menos que un control de legalidad. Esto es, en la revisión de la conformidad a derecho de una actuación administrativa, no corresponde que el juez se inmiscuya en las competencias de experto de los funcionarios u órganos administrativos en los cuales el legislador ha radicado las facultades técnicas de adoptar una decisión. La función revisora del juez no consiste en sustituirse y pasar a ocupar el rol de la administración, lo que importaría una usurpación de funciones. Por el contrario, es precisamente para velar por el *rule of law* que, producto de la revisión judicial, el juez puede llegar, ya sea, a anular una decisión o actuación administrativa y ordenar a la administración que actúe conforme a derecho, a restringir una propuesta de actuación administrativa que de llegar a ejecutarse sería contraria a derecho, o bien, a ordenar a la administración que actúe cuando estando obligada a ello no lo ha hecho⁶¹². Por tanto, la revisión judicial comprenderá evaluar, fundamentalmente: (i) si los ámbitos de discrecionalidad que se otorgan a la administración han sido o no ejercidos de buena fe, de manera honesta; (ii) si la administración, al decidir o actuar, ha brindado o no un trato justo a los afectados, entendiéndose por tal, a lo menos, el haber cumplido con los principios de la justicia

⁶⁰⁹ BINGHAM (2011), p. 60

⁶¹⁰ V. TAMANAHA, *supra* 3.3.2.

⁶¹¹ Para referencias a estudios comparados. V. *supra*, 3.1.

⁶¹² BINGHAM (2011) p. 61

natural que imponen que el funcionario administrativo no haya actuado con sesgos particulares por afectarle un conflicto de interés y que no haya privado a los afectados por su actuación del derecho a ser oído; (iii) si la administración ha sido leal en promover la política y objetivos que la legislación le han encomendado o si por el contrario ha promovido un objetivo ajeno a aquellos establecidos por el legislador; (iv) si la confianza que el parlamento ha depositado en el funcionario público confiriéndole facultades para cumplir con sus funciones se ha visto o no frustrada por un eventual ejercicio de éstas de manera incorrecta, inapropiada, o más allá de los límites que la propia ley establece; (v) finalmente, advierte sobre las dificultades que importa el evaluar en la revisión judicial el carácter razonable o no razonable de la actuación administrativa y el riesgo de que el juez incurra por esta vía en una usurpación de funciones administrativas. La cautela necesaria en este último punto imponen un test riguroso: si bien la jurisprudencia ha considerado como no razonable actuaciones ilógicas o inconsistentes con otras decisiones, Bingham se inclina por reservar dicha calificación sólo para aquellas actuaciones que *‘ninguna autoridad consciente habría adoptado de haber teniendo debida consideración de sus responsabilidades’*. Pero agrega a continuación que incluso un test como éste debe ser aplicado con cautela, ya que es perfectamente posible que dos personas razonables lleguen a conclusiones opuestas a partir de un mismo conjunto de hechos y porque así como lo razonable no siempre coincide con lo correcto, lo incorrecto no está siempre desprovisto de razonabilidad. Por lo anterior, muchas veces será suficiente con verificar que la decisión impugnada se encontraba dentro del rango de decisiones razonables permitidas al encargado de adoptar la decisión⁶¹³.

La **igualdad ante la ley** corresponde al último elemento del *rule of law* que tomaremos de la nómina que presenta Bingham. Sostiene que *“las leyes del país deben*

⁶¹³ *Ibidem*, p.64, notas omitidas.

aplicarse por igual a todos, salvo en la medida que hayan diferencias objetivas que justifiquen la diferenciación". Si bien éste aparece hoy como un principio consensuado en un gran número de jurisdicciones, este reconocimiento corresponde a un logro contemporáneo, toda vez que la historia del derecho da cuenta de importantes tratos injustificadamente diferenciados para grupos de personas como los extranjeros, los no católicos, los esclavos, las mujeres, minorías sexuales, étnicas, etc. Por otra parte, precisa que este elemento admite tratos diferenciados por la ley en la medida que respondan a diferencias objetivas reales. En este sentido, un trato diferenciado en el caso de menores de edad o de reclusos por delitos es conforme con la igualdad ante la ley⁶¹⁴. La igualdad ante la ley está estrechamente relacionada con el ejercicio de facultades discrecionales por la administración, tanto frente a un caso concreto en que existe más de un afectado, como en el patrón dinámico de actuaciones (brindar un trato igual frente a casos iguales) y en la definición y aplicación de criterios de priorización por parte de los órganos de la administración. Si bien Bingham no trata de este último punto acá, una cita del juez estadounidense Robert H. Jackson al cierre del capítulo lo anticipa: *"nada abre la puerta a la acción arbitraria de modo tan efectivo como permitir a aquellos funcionarios tomar y escoger sólo a unos pocos a quienes les aplicarán la legislación y entonces liberarse de la retribución política que les afectaría si un mayor número resultara afectado. Los tribunales no tienen mejor medida que tomar para asegurar que las leyes serán justas que exigir que las leyes sean iguales en su operación"*⁶¹⁵.

3.3.2. Jeremy Waldron: la reflexión teórica y la renovación del interés por el estudio del *rule of law*

⁶¹⁴ *Ibidem*, pp. 55-59.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 59.

Jeremy Waldron es reconocido a nivel comparado como uno de los principales teóricos del derecho. Liberal en un sentido contemporáneo, situado desde el positivismo jurídico normativo⁶¹⁶ y crítico de la teoría analítica, es conocido por mantener una postura sobre la revisión judicial (control constitucional) de la legislación que depende de la solidez del sistema democrático en vigor⁶¹⁷. El *rule of law* constituye uno de los principales temas en sus actividades docentes⁶¹⁸ y lo viene incorporando desde hace más de una década en su agenda de investigación.

Waldron desarrollar una concepción del *rule of law*, diferenciada de otros valores jurídicos ampliamente reconocidos (democracia, derechos humanos, derechos y libertades económicas)⁶¹⁹.

Ya en una publicación introductoria al derecho de 1990 y, tomando los hechos de una detención que sería declarada ilegal⁶²⁰, Waldron explica los elementos del *rule of law* de igual sujeción por toda persona, incluidos los funcionarios de gobierno, al derecho⁶²¹ y

⁶¹⁶ Se entiende por positivismo jurídico normativo la tesis de que la separación entre derecho y moral, la separación de los fundamentos de la evaluación jurídica y de los fundamentos de la evaluación moral, es algo bueno, algo que ha de ser valorado y promovido. WALDRON (2001a), p. 411.

⁶¹⁷ Waldron estima que una sociedad que satisface apropiadamente los principios democráticos no necesita de la revisión judicial de la legislación. Si la legislación persigue la protección de derechos (lo que se espera de una democracia robusta), en una sociedad democrática ellos son mejor protegidos por el legislador. WALDRON (2001b), *passim*.

⁶¹⁸ En la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, su curso sobre el *rule of law* (RL) entendido como un ideal jurídico-político, aborda su historia y las siguientes materias: (i) el RL y el uso de la discrecionalidad en casos difíciles; (ii) soberanía, constitucionalismo y el RL; (iii) F.A. Hayek sobre el RL y la libertad; (iv) Lon Fuller y la moralidad interna del derecho, (v) el RL y la elección entre reglas y estándares; (vi) concepciones discretas versus concepciones sustantivas; (vii) la indeterminación jurídica y el RL; (viii) las implicancias autoritarias del RL; (ix) el RL y el moderno estado administrativo; (x) el RL y el rol de los tribunales, el razonamiento judicial y los precedentes; (xi) el RL en el derecho internacional; (xii) el RL y construcción de nación / democratización; (xiii) la guerra contra el terrorismo y el RL

⁶¹⁹ WALDRON (2011), pp. 5-6.

⁶²⁰ Se trata del caso Inglés *Pedro v Diss* [1981] 2 All ER 59. La ilegalidad consistía en que el policía no identificó ni comunicó al aprehendido los fundamentos legales de su detención, lo que impedía a éste diferenciar si ella era una actuación de autoridad o un ataque de un privado.

⁶²¹ WALDRON (1990), p. 30.

la limitación jurídica de los poderes públicos⁶²². Al contraponer el *rule of law* y el *rule of men*, expresa:

*“Quizás podamos imaginar una forma de vida política en la que cada cual es un sujeto y cada cual no es gobernado por una persona, como tampoco por algún grupo particular de personas, sino por un conjunto compartido de reglas abstractas. Si me encuentro sometido a otra persona, entonces estoy a merced de sus caprichos y pasiones, su rabia y sus prejuicios. Pero si ambos quedamos sometidos al derecho, entonces el factor personal queda fuera de la política. Por medio de quedar todos sometidos al derecho nos hacemos nuevamente iguales en algún sentido”*⁶²³.

Sin embargo, dado que las leyes no son auto-creadas ni auto-ejecutadas, sino elaboradas, implementadas, y hechas cumplir por personas y, dado que el positivismo jurídico concibe el derecho, en efecto, como ‘los edictos y órdenes que el grupo u organización más poderoso en la sociedad postula’⁶²⁴, el *rule of law* no sería una auténtica alternativa al *rule of men*. Si el positivismo jurídico está en lo correcto, o al menos si en algún sentido son personas las que intervienen en redactar y hacer cumplir las leyes, la dicotomía *rule of law* vs. *rule of men* es falsa, sostiene Waldron⁶²⁵.

⁶²² WALDRON (1990), pp. 30-31, “Imagine estar viviendo en una sociedad cuyos ciudadanos masiva y correctamente creen que no existe límite alguno para lo que la policía puede hacer, o en cualquier caso, límite alguno que pueda invocarse y en el que pueda confiarse por gente común y corriente como ellos ... resulta difícil tolerar la imagen de un grupo de personas –los agentes organizados del estado– titulares de poder sobre otro grupo de personas, más numeroso –el resto de nosotros, más bien sin poder por nosotros mismos, vulnerables y sometidos a sus demandas. Unos son poderosos, otros no. La situación es la del gobierno sobre un grupo de personas por otro. Y una situación tal, por cierto, constituye una afrenta y una indignidad para quienes nos encontramos en la posición subordinada, toda vez que nos deja sin libertad y, evidentemente, desiguales.”

⁶²³ *Ibidem*, pp 31-32.

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 34.

La primera posibilidad que explora, entonces, es que **el *rule of law*** pueda ser entendido **como algo superior al derecho positivo vigente**, en línea con las diferentes tradiciones de derecho natural (teológicas, seculares, desde el propio razonamiento judicial en sistemas de *common law* o desde los principios fundamentales en derecho continental)⁶²⁶.

Otra alternativa es concebir este ideal **como una exigencia dirigida al buen legislador**, como criterio de evaluación de la **forma de las leyes**, esto es, de qué manera se plasma su contenido⁶²⁷. Y, lo anterior, como criterio necesario –pero no suficiente– de la evaluación de la bondad o calidad del derecho: “*Si quieres llegar a algún lado en el arte de la legislación, tienes que seguir ciertas formas*”⁶²⁸. Afirma, por cierto, que son estas consideraciones formales las que, de modo principal, guían las discusiones modernas del *rule of law* en el derecho.

Se detiene también a examinar la aspiración de **universalidad del *rule of law***, a la cual asocia las nociones de igualdad (no discriminación arbitraria), racionalidad y moralidad, el principio de justicia de tratar casos iguales del mismo modo, razones pragmáticas, pero a la vez enfatiza que una interpretación literal de la universalidad es simplista y carece de lógica⁶²⁹. La ilustración de este último punto la hará por medio de exponer cómo aplica la idea de universalidad y en último término el ideal de *rule of law* respecto del aparato de gobierno y sus funcionarios⁶³⁰.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 35.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 36, “[Al] evaluar la forma de un documento legislativo... decimos cosas como: las leyes deben ser generales y aplicarse igualmente a todos; las leyes no deben ser retrospectivas; las leyes deben ser inteligibles y fáciles de obedecer; las leyes deben publicitarse; el derecho no debe modificarse demasiado seguido; y así sucesivamente”.

⁶²⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁶²⁹ *Ibidem*, pp. 37-39.

⁶³⁰ *Ibidem*, pp. 39-45.

Lo central es que, dado que estos funcionarios tienen deberes especiales que les encomienda el legislador, requieren de poderes especiales para el cumplimiento de los mismos; y, a su vez, como no pueden existir poderes ilimitados, tienen límites especiales. Entonces, si bien podrá discutirse la naturaleza o composición del órgano encargado de aplicar justicia administrativa y el ámbito de sus competencias, aparece la necesidad de un *rule of law* modificado para evaluar la conducta de funcionarios⁶³¹ y, con esto, queda en evidencia lo simplista de una interpretación literal de la universalidad.

El problema es que si la discriminación jurídica está permitida se requiere de un criterio que determine cuándo tal discriminación es legítima, y eso no es algo que el *rule of law* provea. Ofrece entonces el criterio que propone Hayek⁶³² y sintetiza su planteamiento del siguiente modo: “[T]iene que existir cierta reciprocidad entre la manera en que las leyes son hechas y diseñadas y la manera en que se exige a cada uno respetarlas. No podemos, de manera creíble, exigir respeto universal para el derecho si el derecho y quienes lo producen no brindan respeto universal, en algún sentido, a aquellos sobre quienes pretenden gobernar... ‘un derecho para todos’, es decir, no sólo que el mismo cuerpo de derecho debe ser aplicado a todos sino también que existe, en un sentido más profundo, un derecho para todos –un derecho que toma a todos en consideración. Sin este compromiso más profundo, la doctrina parecerá formalista y sin propósito –como si hubiera alguna virtud obsesiva en la regulación uniforme en cuanto tal”⁶³³.

⁶³¹ *Ibidem*, p. 42. Sobre la idea de un *rule of law* modificado para el derecho público WALDRON (2014) ha vuelto recientemente en un artículo que referiremos, *infra*.

⁶³² *Ibidem*, p. 44, con cita a Hayek (1960): “En la medida en que, por ejemplo, la distinción es apoyada por la mayoría, tanto dentro como fuera del grupo, existe una fuerte presunción que ella sirve los fines de ambos. Sin embargo, cuando sólo los dentro del grupo apoyan la distinción se trata claramente de un privilegio; mientras que si la apoyan sólo quienes están fuera del grupo, es discriminación”.

⁶³³ *Ibidem*, p. 45.

Muy brevemente, aborda también la **función del *rule of law* en limitar la discrecionalidad administrativa**, contraponiendo una mirada de legalidad administrativa formalista sobre las actuaciones de la administración, que apunta a los mismos estándares de universalidad y no-arbitrariedad que el *rule of law* exige como forma de las leyes, con la visión de quienes critican lo anterior por inflexibilizar a la administración y promueven, en cambio, mayores ámbitos de discrecionalidad regulatoria. En un punto intermedio, complementa tal debate tradicional haciendo presente que las limitaciones a la discrecionalidad también tienen que ver con la necesidad de fortalecer la *accountability*, y lo que puede implicar la falta de ella o una discrecionalidad ilimitada de la administración para los ciudadanos⁶³⁴.

Finalmente, trata de los aportes de Fuller, que asocia con el conocimiento del derecho⁶³⁵, y de Hayek que vincula con la libertad y la predictibilidad⁶³⁶, ambos previamente examinados en este trabajo⁶³⁷.

Más recientemente, Waldron ha sintetizado su concepción ecléctica sobre el *rule of law*, que incluye aspectos formales, sustantivos, procesales e institucionales en estos términos: *“La idea es que el derecho debe situarse por sobre lo poderoso de personas y agencias en el territorio. La autoridad del gobierno debe ser ejercida dentro de un ámbito enmarcado por normas públicas. Ella debe ser controlada por el derecho... en contraste ‘con todo sistema de gobierno basado en el ejercicio por personas investidas de autoridad con base en poderes amplios, arbitrarios o discrecionales’.* Además el *Rule of Law* requiere que las personas comunes tengan acceso al derecho en dos sentidos: primero, el derecho debe ser accesible, esto es, promulgado prospectivamente como conocimiento público, para que las personas puedan incorporarlo y calcular su

⁶³⁴ *Ibidem*, pp. 45-46.

⁶³⁵ *Ibidem*, pp. 46-48.

⁶³⁶ *Ibidem*, pp. 48-52.

⁶³⁷ V. *supra* 3.3.1. y 3.2.4., respectivamente.

*impacto en sus acciones e intercambios; y, segundo, que los procedimientos legales estén disponibles para la gente común, para protegerlos contra los abusos del poder público y privado. Todo esto a su vez requiere la independencia del poder judicial, la rendición de cuentas de los funcionarios de gobierno, la transparencia de los asuntos públicos, y la integridad de los procedimientos jurídicos”*⁶³⁸.

Para la sistematización aquí efectuada, finalmente, seleccionamos dos artículos especialmente pertinentes a los propósitos de esta investigación.

En el primero de ellos, *The Rule of Law in Public Law*⁶³⁹, propone avanzar hacia una concepción ‘moderada’ del *rule of law*, que se tome en serio la misión del estado administrativo moderno, construida a partir de la herencia de la tradición del *rule of law* pero que reserve el derecho de reflexionar sobre cuáles son las exigencias del *rule of law* en el específico entorno referido. En este sentido, reconoce que dicho ideal jurídico-político algo tiene que decir sobre la interrelación de las preocupaciones privadas y públicas que permean mucho de la actividad regulatoria del estado administrativo⁶⁴⁰. Pero que una construcción no ideologizada del mismo debe abandonar el sesgo de protección de derechos privados en cuanto tales, y pasar a entenderse como una protección de los mismos sólo en cuanto son afectados por una arbitrariedad. De lo anterior resulta que el avanzar en la distinción entre lo arbitrario y lo no arbitrario de la acción estatal es fundamental en la conceptualización del *rule of law*.

Se aproxima a un concepto de *rule of law* en derecho público compatible con el estado moderno, entendiendo que lo que se busca es una comprensión del *rule of law* que no se encuentre en oposición de principio con la misión de la administración pública

⁶³⁸ WALDRON (2011), p. 3.

⁶³⁹ WALDRON (2014)

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 4.

y que no sea sólo la sombra de preocupaciones privadas o externas⁶⁴¹. Los elementos iniciales de tal concepción son los propios de la tradición: hay, en principio, un énfasis en las reglas y un énfasis en los procedimientos judiciales de revisión de la actuación administrativa, pero reconoce que en el estado regulatorio. Una discrecionalidad debidamente fundada podría ser mejor que una aplicación mecánica de reglas: la adjudicación no es un mecanismo útil para todos los ámbitos de la administración⁶⁴². El criterio racional que sugiere aquí, entonces, es que mientras más próximas al ámbito penal se encuentren las atribuciones administrativas, más debemos ocuparnos de las reglas, de disminuir la discrecionalidad y asegurar el debido proceso. A medida que nos alejamos de materias analogables al derecho penal, podemos ir relajando tales exigencias⁶⁴³.

Entre otros de los aspectos que son abordados en su búsqueda, se manifiesta partidario de una minimización de las situaciones de discrecionalidad absoluta⁶⁴⁴; a diferencia de la mirada de los organismos internacionales o de lo que se expuso sobre Adam Smith en este punto, una cantidad excesiva de regulación no debería considerarse como un menoscabo al *rule of law*⁶⁴⁵; y, finalmente, en cuanto a la predictibilidad y la estabilidad, se trata de valores importantes pero que deben compatibilizarse con la necesaria adaptabilidad a los cambios y evitar una defensa irrestricta del *status quo*⁶⁴⁶.

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 7. Con la referencia a ‘preocupaciones privadas o externas’, su crítica apunta al sesgo de protección de derechos privados en la concepción clásica del *rule of law* y las concepciones del *rule of law* que promueven los organismos crediticios internacionales.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 8.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 9.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, pp. 10-11.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, pp. 12-15.

En el segundo trabajo que aquí rescatamos, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*⁶⁴⁷, Waldron explora cómo se relaciona la teoría del respeto de precedentes en el *common law* (SD) con el *rule of law*. Efectúa aclaraciones relevantes de las cuales nos interesa retener:

Como primera cuestión, destaca la doble perspectiva de la doctrina de la SD, que exige la concurrencia copulativa de la mirada retrospectiva (es decir, al decidir, primero, tener a la vista lo que se ha hecho antes) y de la mirada prospectiva (es decir, concebir la decisión de hoy como un precedente para los futuros tomadores de decisiones): si falta alguna de ellas, la SD carecería de sustento.

Segundo, que si bien la jurisprudencia estadounidense ha sostenido que el respeto de precedentes es indispensable para el *rule of law* y, por tanto, constituiría una razón para no modificar precedentes de modo tan frecuente, la doctrina de la SD podría estar en oposición con el *rule of law*, precisamente por no vincular al tomador de decisiones actual con una regla sino con un tomador de decisiones previo⁶⁴⁸.

Tercero, se plantea como alternativa doctrinaria entender que seguir precedentes sea considerado algo propio del concepto de derecho y, de allí, integrante del *rule of law*; pero descarta esta alternativa, porque no todos los sistemas jurídicos siguen los precedentes y lo 'jurídico' varía de jurisdicción a jurisdicción y a veces dentro de una misma⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ WALDRON (2012)

⁶⁴⁸ La SD podría ser entonces una manifestación de '*rule of man*' y no de '*rule of law*'. En el derecho legislado habría un amarre más fuerte para el juez actual ya que lo limitan el precedente, el texto, la intención del legislador, en cambio, en el caso del derecho de *common law*, el juez actual estaría limitado únicamente por los precedentes. Con esto, la SD implica que pueden darse tanto la protección de decisiones erróneas contra la amenaza de correcciones posteriores, como la protección de decisiones correctas contra posteriores tentaciones y desviaciones: "*Tanto en el contexto del derecho constitucional como en el del common law la SD puede ser tanto la sirviente como la oponente del rule of law*" *Ibidem*, pp. 7-8.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, pp. 8-9.

Cuarto, examina la SD y su relación con la certeza, la predictibilidad y el respeto de expectativas establecidas, esto es, la idea de asegurar predictibilidad. Para que esto fuera así, sostiene, se requeriría copulativamente, primero, que la práctica jurídica y la forma de adoptar decisiones jurídicas sea tal que usualmente genere expectativas; y, segundo, que tales expectativas sean, en general, respetadas por otros encargados de tomar decisiones jurídicas⁶⁵⁰. Precisa que la predictibilidad que el *rule of law* demanda y que se espera que sea provista por la teoría de precedentes es aquella que asegura que el juez se aferre a las fuentes de derecho a la hora de resolver las controversias jurídicas de que toma conocimiento, y no librarse a la búsqueda irrestricta de la mejor solución para el caso⁶⁵¹.

En suma, Waldron acentúa lo complejo de las relaciones entre la doctrina de la SD y el *rule of law*. Finalmente, conjetura que, a diferencia de lo sostenido por la jurisprudencia en EE.UU., quizás no sea que el *rule of law* dependa de adherir a la SD, sino que la justificación misma de la SD dependa, en buena medida, del *rule of law*. Su proposición consiste, entonces, en entender el impacto de los principios del *rule of law* en la doctrina de la SD en diferentes capas: primero, la *generalidad* que exige a todos los jueces basar sus decisiones en normas generales y no sólo entenderlas como acciones aisladas; segundo, la *constancia*: es contraria a modificaciones débilmente fundadas de los precedentes en vigor; tercero, la *responsabilidad institucional*: impone al juez futuro no desconocer livianamente la formulación o utilización que el juez precedente ha hecho de ciertas normas generales para basar sus decisiones; y, cuarto: la *fidelidad con el derecho*: la exigencia del juez precedente de haberse aproximado a su decisión, en todo

⁶⁵⁰ *Ibidem*, p. 10.

⁶⁵¹ *Ibidem*, pp. 13-14.

lo posible, a develar la carga implícita de derecho vigente que resulta aplicable al caso a decidir⁶⁵².

3.4. Hacia una concepción liberal clásica del “*Rule of Law*”. Elementos

En este punto, ya recogidas las aproximaciones de autores liberales clásicos al ideal jurídico-político del *rule of law* y efectuada una revisión a los principales aportes contemporáneos en teoría del derecho sobre el *rule of law*, parece oportuno precisar la concepción de *rule of law* que se busca retener en este trabajo.

Así como la noción misma de liberalismo clásico puede ser ideologizada o utilizada instrumentalmente por un sector⁶⁵³, los ideales jurídico-políticos asociados a él –y particularmente el *rule of law*–pueden serlo también⁶⁵⁴.

Arribar a una concepción de *rule of law* alineada con los objetivos de esta investigación, para aspirar a científicidad, debería reunir los siguientes caracteres interrelacionados: (i) ser leal y consistente con la tradición liberal clásica que se ha escogido (enfoque que puede considerarse que cumple la función de supuesto o axioma de la concepción); (ii) evitar una concepción ideologizada; (iii) que reconozca el localismo de los problemas que está llamada a resolver; (iv) que se adapte a las necesidades modernas del área del derecho donde pretende ser aplicada.

Sobre lo primero, aclaramos al inicio de este capítulo, es que la concepción de *rule of law* que rescatamos surge de los desarrollos que sobre dicho concepto o sus elementos

⁶⁵² *Ibidem*, p. 31.

⁶⁵³ *V. supra*, 1.1.3.

⁶⁵⁴ *V. supra*, 3.1.

encontramos en los autores del enfoque liberal clásico. Por lo tanto, no se trata ni de una reconstrucción histórica del concepto, ni de la pregunta por todos los elementos y problemas que hoy son subsumidos bajo el ideal del *rule of law*. Quizá incluso sea posible sostener que cualquier concepción de *rule of law* que se formule no puede independizarse de una mirada más comprensiva de lo que se espera debiera ser el derecho o algún sector normativo en particular; y, que es esto lo que constituye el nodo central de las diferentes concepciones sobre el *rule of law*; y que, por tanto, no puede aterrizarse concepción alguna de éste sin explicitar previamente desde qué perspectiva nos dirigimos⁶⁵⁵. En este sentido, ser leal y consistente con el enfoque liberal clásico adoptado implica profundizar en el pensamiento de sus autores –según hemos intentado hacer en este trabajo. Significa además, desde dicha perspectiva, tomar posición sobre las controversias conceptuales centrales sobre el *rule of law*, como son si éste es integrado únicamente por elementos formales o si se compone también de elementos sustantivos, y cuáles, en cualquier caso. Con todo, si procediendo como indicamos nos encontráramos con una concepción excesivamente amplia (leal y consistente con el enfoque liberal clásico), es posible que por razones prácticas y de operativa, atendiendo la extensión de este trabajo, nos centremos en desarrollar únicamente algunos de sus elementos.

Evitar una concepción ideologizada del *rule of law* –el segundo carácter identificado– no es un asunto baladí. Una ideología, de modo neutro y general, se entiende como un

⁶⁵⁵ En este sentido, Marmor afirma que “parecería que cualquier intento de explicar qué es realmente el ideal del *rule of law*, debe esperar una explicación filosófica sobre la naturaleza del derecho”. MARMOR (2008), p. 4; En contra de esta conclusión metodológica, WALDRON (2008), pp. 9-13. Para Waldron, el que la palabra “*law*” forme parte de la expresión “*Rule of Law*” constituye un ‘accidente del uso’ y ese ideal, que otros denominan “*legality*” o “*principles of legality*” debe ser interpretado como un elemento independiente pero parte de un conjunto, parte de un paquete integrado también por una concepción de derecho, pero no en sentido que esta última determine la concepción que se tenga de dicho ideal.

‘conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento’⁶⁵⁶ o como un ‘sistema de ideas políticas’⁶⁵⁷. En términos así de amplios, resulta imposible liberar al derecho de toda ideología. Para el estudio científico del derecho, sin embargo, el problema se genera cuando son las ideas en sí mismas –y no los desarrollos metodológicos que las anteceden– lo que las ideologías enarbolan. En tal caso, el riesgo es que éstas respondan a un propósito político o sirvan ciertos intereses y distorsionen la finalidad epistémica del investigador, quien más que contribuir al incremento del conocimiento de la realidad, se transforma en un instrumento panfletario al servicio de un interés particular.

Intentar arribar a una concepción no ideologizada del *rule of law* debiera, por tanto, atender a las siguientes consideraciones. Por una parte, en tanto central a un ordenamiento jurídico liberal, el *rule of law* ha sido atacado por quienes ven en el derecho la mera transposición de una ideología, un recipiente vacío que se limita a reflejar las relaciones de poder al interior de una sociedad⁶⁵⁸. Desde dicha perspectiva, el *rule of law* “al restringir el ejercicio del poder del gobierno y del poder judicial, facilita el propósito de quienes ostentan poderes de otro tipo, particularmente, poder económico”⁶⁵⁹. Suscribir lo anterior haría perder todo sentido al intento de conceptualización objetiva del *rule of law* y quizás de cualquier aproximación científica al derecho. El investigador jurídico no debería permitirse una renuncia tal si no es previa confirmación de la evidencia empírica que sustenta la mera instrumentalidad del *rule of*

⁶⁵⁶ Voz “ideología”, Real Academia Española (2012).

⁶⁵⁷ SYPNOWICH (2014).

⁶⁵⁸ Una aguda crítica contra el *rule of law* como instrumento del poder puede examinarse en MATTEI y NADER (2008). Mattei resume parte de su crítica sosteniendo que “Hoy en día, debido a esta revolución ideológica [del análisis económico del derecho] promovida por destacados académicos estadounidenses y financiada por fundaciones conservadoras, es el mercado dominado por las empresas el que gobierna al derecho y no al revés” y que “En una historia mundial del capitalismo en donde el *rule of law* ha reproducido precisamente [la imagen de una cena para siete comensales donde uno come el 90% de la comida y deja a los demás con una porción insuficiente para uno] admirar los instrumentos que han sido utilizados para garantizar una situación injusta semejante parece, en efecto, paradójico.” MATTEI y DE MORPURGO (2009), pp. 17, 19.

⁶⁵⁹ SYPNOWICH (2014).

*law*⁶⁶⁰. Por otra parte, la construcción se hace aquí desde un enfoque liberal clásico donde cada uno de los autores que lo integra ha elaborado sus ideas fundamentales en conocimiento y respuesta a realidades históricas particulares y, por lo general, bien diferentes de aquellas donde las mismas ideas se han buscado aplicar. Por esto último, en la aproximación a la conceptualización no se debiera desatender al localismo de los problemas que el concepto está llamado a resolver (iii), ni a las necesidades modernas del área del derecho donde pretende ser aplicado (iv), aspectos que utilizamos para someter a prueba una concepción preliminar, según explicaremos en breve. Finalmente, considerando que buscamos llegar a conceptualizar un ideal jurídico-político dentro de un sector normativo (el derecho de la competencia) cuyo objetivo es precisamente disciplinar ciertas formas de poder económico, evitar caer en una trampa ideológica parece aún más difícil.

Un escape al anterior dilema –quizás la única salida– es aferrarse a aquello que integra la esencia del derecho en general⁶⁶¹ y del *rule of law* en particular, limitar la concepción a aquellos aspectos en donde no exista controversia en cuanto a sus elementos. Y si desde el liberalismo clásico el *rule of law* representa una forma de contener el poder, que dicho ideal sea defendido por igual frente a las diversas formas de poder que reconoce la sociedad contemporánea. Como veremos, esto nos dejará con un concepto de *rule of law* incompleto, minimalista y formalista, incluso para una visión liberal clásica, pero de suficiente objetividad y que resulta operativo como instrumento de evaluación de la política y el derecho de la competencia.

⁶⁶⁰ Una investigación semejante debería, por ejemplo –en una perspectiva empírica como la cultivada por investigadores que adscriben al neo-realismo jurídico estadounidense– mostrar que la utilización del *rule of law* en el discurso se hace con una finalidad exclusiva o principalmente instrumental para defender (o atacar) específicas posiciones de poder y quienes utilizan (o critican) dicho concepto en defensa de sus posiciones, lo que en realidad ocultan tras de él, es su objetivo de orientar la acción hacia un sistema de creencias predeterminado. V. MILES y SUNSTEIN (2007).

⁶⁶¹ Dando por sentado que iusnaturalismo y iuspositivismo tienen diferentes respuestas a la pregunta por lo esencial en el derecho, ambos comparten en que hay algo de esencial en él, es decir, que no es un mero instrumento al servicio exclusivo de intereses meta-jurídicos.

Tomando en consideración los primeros dos requisitos previamente expuestos, podemos brindar una primera aproximación a la concepción de *rule of law* que se sigue en este trabajo.

Entendemos por **concepción liberal clásica de *rule of law*** aquella que *vela por la capacidad del ordenamiento jurídico de crear reglas que restrinjan la discrecionalidad de quien ostenta un poder, reglas que brinden predictibilidad a los individuos sujetos a dicho ordenamiento y, que no dejen entregada la sub-aplicación o sobre-aplicación del derecho a la voluntad de individuos.*

Se constata de esta concepción su constitución por cuatro elementos que, a su vez, sirven de criterios de evaluación para determinar qué tan fiel a los principios del *rule of law* es un determinado ordenamiento jurídico o sector normativo⁶⁶². Ellos son: (i) la capacidad del ordenamiento jurídico para crear reglas de general aplicación; (ii) la aptitud de éstas de restringir la discrecionalidad de quien ostenta un poder; (iii) el nivel de predictibilidad que dichas reglas otorgan a los individuos; (iv) qué tan ajena a la voluntad de individuos se encuentra la sub-aplicación o sobre-aplicación del derecho.

A partir de la concepción anterior, podemos llegar a precisar de qué cuestiones y problemas de *rule of law* hablamos en la medida que nuestra concepción tome en consideración los otros dos caracteres a que hacíamos referencia, esto es, que la

⁶⁶² Robert S. Summers, académico de la facultad de derecho de la Universidad Cornell, quien por años ha promovido una concepción formalista del *rule of law* sintetiza en un trabajo de 1999 los prerequisites institucionales (formales, sociales y legales) para la eficacia de los principios del *rule of law*, entre los que incluye que “*los profesores de derecho deben estudiar y organizar los sectores jurídicos que manifiestan e implementan los principios del rule of law y deben ser críticos, no sólo de injustificados apartamientos de los principios del rule of law, sino también de cualquier actitud contraria al rule of law por parte de funcionarios, jueces, legisladores, la prensa y la ciudadanía*”. SUMMERS (1999), pp.1691-1712, pp. 1711-1712; v. también, SUMMERS (1993), pp. 127-142.

concepción reconozca el localismo de los problemas que está llamada a resolver y que se adapte a las necesidades modernas del área del derecho donde pretende ser aplicada.

Con dicho propósito, y dado que la presente investigación se pregunta por los desarrollos teóricos previamente expuestos en su aplicación al derecho de la competencia (Tercera Parte), necesitamos someter a prueba esta concepción hasta ahora preliminar de *rule of law*, primero, ante el derecho de la competencia a nivel comparado y, segundo, frente a las particularidades del derecho de la competencia en Chile.

Si los elementos de dicha concepción coinciden con problemas y cuestiones objeto de discusión en derecho de la competencia en el extranjero, esto brindaría un primer soporte de plausibilidad a la concepción adoptada (capítulo 4).

A continuación, si las particularidades del diseño y aplicación del derecho de la competencia en Chile hacen que la concepción preliminarmente expuesta cobre un especial sentido, esto podrá evidenciar ciertos problemas y cuestiones específicos de *rule of law* en derecho de la competencia en Chile (al mismo tiempo que descartar otros). La aprobación de este segundo examen por la concepción preliminarmente expuesta, permitirá atribuir a ésta un segundo nivel de sustento, de mayor solidez (capítulo 5).

Una vez puesta en evidencia la plausibilidad de este andamiaje conceptual a nivel teórico-abstracto y luego en un contexto específico de aplicación, resulta posible ir tras situaciones ilustrativas en la práctica decisoria de los encargados de la adopción de decisiones en aplicación de la política y el derecho de la competencia (capítulo 6).

TERCERA PARTE:

RULE OF LAW Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

CAPÍTULO 4

CUESTIONES Y PROBLEMAS DE “*RULE OF LAW*”

EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

EN EL EXTRANJERO

Este cuarto capítulo –primero de esta tercera parte– al llevar la concepción sobre el *rule of law* a la que se arribó en la segunda al contexto del derecho positivo de la competencia extranjero, busca evaluar si ella encuentra o no sustento. Para ello se examinan las razones que brinda la doctrina para introducir consideraciones de *rule of law* en la política y el derecho de la competencia (4.1.), se estudian las principales cuestiones y problemas de *rule of law* en el derecho de la competencia en el extranjero (4.2.) y se postula que la concepción propuesta sí encuentra un importante sustento de plausibilidad para la argumentación en derecho de la competencia (4.3.).

4.1. Consideraciones de “*Rule of Law*” por el derecho y la política de competencia

En la medida que al ordenamiento jurídico le hacemos exigible el cumplimiento de los elementos del *rule of law*, este último impone al primero un conjunto de atributos. Fundamentalmente, (i) limitar la discrecionalidad de la autoridad, lo que reduce el riesgo de ejercicios arbitrarios del poder en sede administrativa o judicial; (ii) brindar predictibilidad y certeza para que los individuos puedan planificar sus negocios conociendo anticipadamente las situaciones de ejercicio del poder coercitivo por la autoridad; (iii) evitar discriminaciones arbitrarias en la aplicación del derecho; y, (iv)

obtener para el derecho, en virtud de una aplicación general, uniforme y consistente de sus normas, una mayor aptitud de ser obedecido⁶⁶³. “*Un componente clave de estos principios del rule-of-law es que las autoridades encargadas de la aplicación de la ley apliquen prohibiciones legales claras a hechos particulares con suficiente transparencia, uniformidad y predictibilidad para que los privados puedan anticipar razonablemente qué acciones serán perseguidas y adecúen su comportamiento de modo consistente. El derecho debe ser suficientemente específico y su aplicación predecible y equitativa*”⁶⁶⁴.

Si el *rule of law* corresponde a un atributo exigido en términos generales al derecho y a su aplicación por diferentes tradiciones de pensamiento, según hemos visto, ¿tendrá algo de diferente el derecho de la competencia que lo exima de estas consideraciones o permita reducir su importancia?⁶⁶⁵ ¿acaso el imperialismo de la ciencia económica que rige en el derecho de la competencia nos conduce a prescindir de las consideraciones jurídicas?⁶⁶⁶⁻⁶⁶⁷

⁶⁶³ STUCKE (2009), pp. 101-216, pp. 143-144.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, p. 144

⁶⁶⁵ En el ámbito del derecho de la competencia en Chile, el Fiscal Nacional Económico hace poco tiempo remarcaba cómo “*la economía cumple un rol crucial en el ámbito de la libre competencia*”, cómo la “*microeconomía, la teoría de juegos y la nueva economía institucional han fijado el límite externo de nuestro quehacer*” pero, lo anterior, frente a una “*creciente indiferencia por el aspecto jurídico de nuestra disciplina*”. IRARRAZABAL (2013).

⁶⁶⁶ Como extensión del análisis económico a las diferentes ciencias sociales, el fenómeno del ‘imperialismo económico’ es incluso anterior a que Gordon Tullock plasmara dicha noción en el título de un célebre artículo de 1972. Un análisis reciente al concepto de imperialismo de la ciencia económica es provisto por MÄKI (2009), pp. 351-380, quien, desde la filosofía de las ciencias sociales y al margen de dogmatismos, redefine el concepto de imperialismo económico como: “*una forma de expansionismo de la ciencia económica donde los nuevos tipos de fenómenos a ser explicados (explanandum) se sitúan en territorios ocupados por disciplinas diversas a la economía y en donde la ciencia económica se presenta a sí misma como poseedora hegemónica de teorías y métodos superiores y, por esa vía, excluye la consideración de teorías y enfoques rivales*”.

⁶⁶⁷ Stucke subraya la contradicción que implicaría exigir que el derecho en general cumpla con los principios del *rule of law* para que –entre otras cosas– la economía funcione apropiadamente y, a la vez, eximir del cumplimiento de dichos principios al derecho de la competencia –cuya función es precisamente disciplinar las conductas en el mercado. STUCKE (2009), pp. 101-216, p. 147.

El recurso al concepto de *rule of law* como marco analítico para abordar un asunto o para fundamentar una postura frente a un problema en derecho de la competencia suele ser menos frecuente que los discursos en este ámbito que siguen el marco de referencia de la teoría del bienestar general y los conceptos asociados a los modelos de equilibrio parcial en los mercados.

Con todo, según referiremos, las controversias en torno a insuficiente tipicidad legal, reglas vs. estándares, falta de predictibilidad en la actuación de las autoridades de competencia, abuso de la discrecionalidad, sub-aplicación o sobre-aplicación del derecho, garantías de debido proceso y diseño institucional, no son aisladas y, sin embargo, muchas de ellas son reconducibles a alguna concepción de *rule of law*. La inquietud de la doctrina frente a una evolución en la aplicación del derecho de la competencia hacia mecanismos administrativo-regulatorios por oposición a mecanismos jurídico-judiciales también tiene fundamentos de *rule of law*.

Maurice E. Stucke ha brindado una completa respuesta a la pregunta de por qué las consideraciones de *rule of law* son importantes para una aplicación efectiva del derecho de la competencia⁶⁶⁸. Sostiene que un derecho de la competencia sin consideraciones de *rule of law* fracasa (i) en proveer el conjunto normativo que constituye las reglas del juego a las que se sujetan los actores en los mercados⁶⁶⁹; (ii) en brindar instituciones

⁶⁶⁸ STUCKE (2009), pp. 101-216, pp. 144-146.

⁶⁶⁹ El desarrollo sobre el fracaso en este aspecto que hace Stucke puede resumirse en que la falta de reglas claras, precisas y apropiadas para evitar determinados problemas derivados de situaciones de poder de mercado significativo individual o conjunto, primero, impide que empresas, consumidores, competidores y proveedores se formen expectativas acerca de los límites en el comportamiento de los demás actores de los mercados, incertidumbre que puede incluso inhibirlos de actuar, consumir, invertir, etc., o bien hacerlos escoger formas de actuación menos eficientes. En este sentido, el *rule of law* genera predictibilidad y fortalece las expectativas, lo que conduce a comportamientos individuales más eficientes. Segundo, la falta de aplicación uniforme de reglas del juego puede tornarse en ventajas competitivas para unos (los que apuestan por no cumplirlas sin ser detectados) y en costos para otros (los que optan por cumplirlas a pesar de una aplicación no uniforme), asimetría ilegítima y que carece de justificación. En este sentido, el *rule of law* se compone del elemento igualdad ante la ley que se difumina en un derecho

constitutivas de bienes públicos esenciales para el buen funcionamiento de las economías de mercado⁶⁷⁰; (iii) en mitigar los problemas de conocimiento e información del gobernante y hace que los resultados de los intercambios se vayan trasladando cada vez más desde el anonimato de los mercados a la planificación del regulador⁶⁷¹; y, (iv) en reducir la incertidumbre y costos de transacción en los mercados, lo que impide alcanzar mejores niveles de eficiencia asignativa⁶⁷².

que no atiende a él, legitimando así situaciones de discriminación arbitraria. Tercero, la mayor discrecionalidad que importa la falta de reglas precisas invita a que las empresas incurran en excesivos costos no productivos en abogados, economistas y lobbistas para escapar de la aplicación de la ley. En este sentido, el *rule of law* contribuye a minimizar estas acciones de búsqueda de rentas que reducen el bienestar general.

⁶⁷⁰ Sobre esto, su planteamiento puede resumirse en que tanto política y derecho de la competencia como *rule of law* constituyen instituciones indispensables para las economías modernas, al facilitar el comercio y el crecimiento económico. Los mercados no operan en el vacío ni son una abstracción sino que sus resultados hoy vienen anteceditos por una evolución histórico-institucional que ha moldeado su desarrollo. Instituciones como éstas proveen bienes públicos para el buen funcionamiento de los mercados y al mismo tiempo establecen límites a la discrecionalidad de los poderes del estado en la intervención en los mercados. Si bien el *rule of law* y la política de competencia son instituciones independientes, se requiere su concurso copulativo para el logro de los objetivos de facilitar el comercio y el crecimiento económico y, dado que ambas instituciones descansan en el derecho, concebir un derecho de la competencia sin consideraciones de *rule of law* (así como concebir el *rule of law* sin consideraciones de competencia), implica no moldear las instituciones con todos sus elementos indispensables. En este sentido, las consideraciones de *rule of law* en diferentes sectores normativos permiten configurar instituciones más robustas, que satisfacen de mejor modo los objetivos que con ellas se busca.

⁶⁷¹ En este sentido, para Stucke, reglas precisas, uniformemente aplicadas, predeterminan selectivamente qué factores considerar frente a determinadas situaciones, lo que mitiga problemas de conocimiento e información. Mayores espacios de discrecionalidad, en cambio, particularmente al regirnos por estándares de decisión que consideran todas las circunstancias económicas del caso, generan oportunidades de planificación arbitraria por el regulador. La función reguladora comúnmente se concibe como de naturaleza estatal (la administración o el juez aplicando un amplio estándar legal, o incluso el legislador que ante las debilidades en el funcionamiento de algún sector normativo se ve en la necesidad de regular). Con todo, la posibilidad de concebir que determinados privados desprovistos de legitimidad democrática se constituyan, en los hechos, en verdaderos reguladores de las libertades de terceros cuando no existe disciplina jurídica que se los impida, también ha sido explorada doctrinariamente. Sobre esto último, v. NACHBAR (2013), pp. 57 y ss. En cualquiera de estos casos, las consideraciones de *rule of law* contribuyen a evitar que la voluntad del regulador se sustituya al desenvolvimiento de la libertad individual sujeta a reglas de derecho en los mercados.

⁶⁷² Como explica Stucke, la ausencia de consideraciones de *rule of law* por el derecho de la competencia obligaría a los particulares en las relaciones de intercambio a negociar complejas cláusulas contractuales que consignen la obligación de no incurrir en específicas conductas contrarias a la competencia, o a contratar seguros con el objeto de prevenir el riesgo de ser afectado por dicho tipo de conductas en un contexto extracontractual. En este sentido, el *rule of law* disminuye la incertidumbre y los costos de transacción y con ello incrementa la eficiencia productiva y asignativa.

Varias de las razones expuestas por Stucke para que el derecho de la competencia incluya consideraciones de *rule of law* son similares a aquellas que ya nos encontramos en los desarrollos que diversos autores hacen de dicho ideal jurídico-político para el derecho en general. Destacamos como lo más interesante el recordatorio de Stucke en cuanto a que la recomendación de la economía institucional y de organismos internacionales de introducir efectivas políticas de competencia en las economías de mercado va de la mano con consagrar instituciones que brinden debido respeto al *rule of law*.

En su tesis doctoral, Steiner ha sintetizado bien este mismo punto, vinculándolo además con la protección de la libertad económica: *“Los arreglos institucionales, y de modo muy importante la adhesión al rule of law y a la libertad económica, han sido identificados como dos elementos decisivos para la prosperidad y el crecimiento económico. Uno de los elementos más importantes del rule of law es la capacidad de los individuos y las empresas de poder predecir los resultados de sus acciones según el derecho. Especialmente en el derecho de la competencia, la certeza legal es de la mayor importancia porque tiene una influencia decisiva en las decisiones de las empresas de invertir, sus apuestas a experimentar con innovaciones, y consecuentemente en su éxito y su capacidad de generar crecimiento económico. Al mismo tiempo, la certeza legal también promueve la libertad económica porque brinda a las empresas la libertad para hacer cualquier cosa que no se encuentra claramente prohibida según el rule of law. En la política de competencia, la claridad sobre qué prácticas son prohibidas entonces limita la discrecionalidad del poder de las autoridades de competencia y los tribunales y de este modo fortalece la libertad económica de empresas y emprendedores.”*⁶⁷³.

⁶⁷³ STEINER (2007), pp. 147-148.

Identificamos dos razones adicionales que tornan importante considerar aspectos de *rule of law* en el derecho de la competencia y su aplicación.

Primero, desde el punto de vista sustantivo, los desarrollos conceptuales que mayor influencia han tenido en el derecho de la competencia, esto es, los propios del análisis económico del derecho y en particular de la Escuela de Chicago de *Antitrust*, reconocen su influencia, en último término, en la tradición racionalista de Europa continental, precisamente, aquella que autores como Hayek han identificado como contrapuesta a la tradición liberal clásica británica⁶⁷⁴. Esta última, en definitiva, se trata esencialmente de

⁶⁷⁴ La distinción entre un racionalismo anti-histórico originado en el cartesianismo francés, por una parte, y un enfoque antirracionalista asociado en su origen a los pensadores británicos del s. XVIII, es recogida en HAYEK [1948] (1986), pp. 1 y ss.; y, en HAYEK [1960] (2006), capítulo 4 (*Freedom, reason and tradition*). Numerosos pasajes de la obra de Hayek están dedicados a criticar los abusos de la razón y defender un rol limitado para ésta. Así, sostuvo: “*El racionalista que desea someter todo a la razón humana enfrenta entonces un verdadero dilema. El uso de la razón persigue el control y la predictibilidad. Pero el proceso de desarrollo de la razón descansa en la libertad e impredecibilidad de la acción humana*”; más adelante precisará, “*sin embargo, no hemos querido decir que la razón no desempeñe una importante y positiva tarea. La razón es sin duda el atributo más apreciado del ser humano. Nuestro argumento pretende meramente mostrar que la razón no es todo-poderosa y que la creencia de que ella puede devenir en su propia maestra y controlar su propio desarrollo podría destruirla. Lo que hemos intentado hacer es una defensa de la razón en contra del abuso de la misma por quienes no comprenden las modalidades de su efectivo funcionamiento y constante crecimiento. Es una invitación a descubrir que debemos utilizar nuestra razón de manera inteligente y que para hacer esto, debemos preservar una indispensable matriz de aspectos incontrolados y no-racionales que constituye el único ambiente en donde la razón puede crecer y operar efectivamente.*”; “*La posición antirracionalista adoptada acá no debe ser confundida con un irracionalismo o con algún llamado al misticismo. Lo que se defiende acá no es una renuncia al uso de la razón sino un examen racional respecto del ámbito donde la razón debe ser adecuadamente sujeta a control. Parte de este argumento consiste en que un uso inteligente de la razón no significará una utilización deliberada de la razón en el mayor número de ocasiones posibles*”; “*La primera condición para semejante uso inteligente de la razón en la ordenación de las cuestiones humanas es que aprendamos qué rol desempeña ella en los hechos y puede desempeñar en el desenvolvimiento de cualquier sociedad basada en la cooperación de muchas mentes separadas. Esto significa que, antes de intentar remoldear inteligentemente la sociedad, debemos comprender su funcionamiento; debemos admitir que, aún cuando creamos que lo comprendemos, podríamos estar equivocados. Lo que tenemos que entender es que la civilización humana tiene una vida en sí misma y que todos nuestros esfuerzos para mejorar las cosas deben operar dentro de un complejo de fuerzas en funcionamiento (working whole) que no podemos controlar por completo, y que a todo lo que podemos aspirar es a facilitar y asistir en la operación de dichas fuerzas, en la medida que comprendamos su funcionamiento. Nuestra actitud debiera ser similar a la del médico frente a un organismo viviente: como él, tenemos que tratar con un complejo autosustentado (self-maintaining whole) que es mantenido por fuerzas que no podemos reemplazar y las que por tanto deben ser tenidas en cuenta en todo aquello que*

una posición escéptica frente al uso de la razón y parece posible trazar un continuo intelectual entre el racionalismo cartesiano, el utilitarismo y el análisis económico del derecho fundado en la economía del bienestar⁶⁷⁵. Por tanto, en la genealogía misma del enfoque que hoy es prevaleciente en el análisis sustantivo de los asuntos de competencia podrían encontrarse los vicios de abuso del racionalismo y una desconsideración de los principios del *rule of law*⁶⁷⁶.

Segundo, desde el punto de vista de la aplicación⁶⁷⁷, durante los últimos veinte años en diferentes jurisdicciones se ha experimentado un cambio progresivo en la manera de concebir el derecho de la competencia, desde una aplicación preponderantemente jurídico-judicial a una aplicación preponderantemente administrativo-regulatoria, esto es, desde un derecho de la competencia compuesto por reglas de general aplicación hacia una regulación de la competencia con decisiones y medidas caso a caso, fenómeno que se subsume en los conceptos de “*Regulatory Antitrust*” o “*Competition Law as Regulation*”⁶⁷⁸. Se ha descrito el primer modelo como aquel donde “*el gobierno*

nos proponamos alcanzar. Lo que puede hacerse para mejorarlo debe hacerse trabajando con dichas fuerzas en lugar de contra las mismas. En todos nuestros empeños por mejorar tenemos que trabajar siempre dentro de este complejo establecido, apuntando a construcciones parciales en lugar de planos totales y, utilizando en cada etapa el material histórico disponible y mejorando detalles paso a paso en lugar de intentos por rediseñarlo todo”, HAYEK [1960] (2006), pp. 34, 61-62, 351.

⁶⁷⁵ Lo anterior, a pesar que Richard Posner rechaza que el análisis económico del derecho sea utilitarista, ya que dicho análisis se regiría por un concepto ético más acotado, el de la maximización de la riqueza, donde los riesgos de instrumentalización de derechos serían menores que en un sistema utilitarista. V. POSNER [1979] (1998) pp. 207 y ss., pp. 223, 241.

⁶⁷⁶ Por tanto, si nos queremos tomar en serio el enfoque liberal clásico y las advertencias de Hayek en contra de un racionalismo ingenuo, el cumplimiento con los principios del *rule of law* es sin duda una de las cuestiones de las que deberíamos ocuparnos, y no como han defendido autores libertarios –que suelen auto-denominarse “liberales clásicos”– la derogación del derecho de la competencia. Entre estos últimos, v. ARMENTANO (2007).

⁶⁷⁷ Con o sin cambios en el diseño institucional de por medio.

⁶⁷⁸ Mientras que en el derecho europeo este fenómeno ha sido objeto de estudio sistemático relativamente reciente, en EE.UU. se ha abordado al menos desde mediados de los años noventa. El interés en el tópico suele aflorar en cada jurisdicción en los períodos en que dentro del continuo que sitúa a un extremo el modelo jurídico-judicial y en el polo opuesto al modelo administrativo-regulatorio, se ha transitado desde el primero al segundo, no en momentos en que la evolución en lo institucional y en la aplicación ha operado en dirección inversa. En la literatura reciente cabe referir la tesis doctoral publicada como libro de

simplemente hace cumplir la ley; se enfoca en la conducta pasada e intenta establecer si acaso la conducta infringió normas legales”, entendiendo por ‘norma legal’ aquella que de manera pública, comprensible y anticipadamente describe qué conductas son ilícitas, y que recibe aplicación uniforme para situaciones equivalentes; en tanto que del modelo administrativo-regulatorio se ha dicho que “*tiende a enfocarse más en la regulación prospectiva del sector privado por el gobierno*”, busca resolver para un caso “*de qué manera deberían comportarse las entidades privadas o cómo podría usarse la propiedad privada para maximizar el bienestar social –en el contexto antimonopolios, comúnmente el bienestar del consumidor– en lugar de la pregunta más acotada de si acaso la conducta del privado infringió o no una norma legal*”, “*se enfoca más en las medidas para una falla de mercado que ha sido identificada y confía más en la capacidad del gobierno para perfeccionar los esquemas del sector privado*”⁶⁷⁹. La inquietud de sustituir la aplicación de reglas de derecho por los jueces por una regulación administrativa, inquietud presente en los autores de la tradición liberal clásica

DUNNE (2015) y la VIII conferencia anual de la Academic Society for Competition Law (ASCOLA) del año 2013 sobre el tópico “Competition Law as Regulation?”, cuyas ponencias serán publicadas como libro por la editorial Edward Elgar Publishing en 2016. Entre los primeros trabajos que estudiaron el fenómeno en EE.UU., cabe referir, MELAMED (1995), pp. 13-15 y WALLER (1998), pp. 1383-1449. Este último autor describe históricamente cómo se pasó en EE.UU. de un modelo jurídico-judicial de *common law* a un modelo administrativo-regulatorio, analiza el fenómeno desde los marcos analíticos del *legal process* y del *public choice*, e identifica las implicancias de lo anterior. Según el principio de competencia institucional del enfoque de *legal process*, los tribunales y la función jurisdiccional no estarían capacitados de proveer la fundamentación necesaria para decidir de manera coherente y efectiva las cuestiones de libre competencia, por lo que el modelo administrativo-regulatorio habría llegado para quedarse. En la mirada del *public choice*, en cambio, este modelo sería impulsado sólo hasta el punto donde pase a ser contraproducente y genere reacciones adversas para el auto-interés de las autoridades de competencia.

⁶⁷⁹ MELAMED (1995), p. 13.

debiera aparecer entonces frente a estos desarrollos⁶⁸⁰, de los cuales el sistema de derecho de la competencia en Chile no ha estado excluido⁶⁸¹.

Con todo, es en la revisión bibliográfica sobre los problemas de *rule of law* en derecho de la competencia a nivel comparado que nos encontramos con las inquietudes preponderantes en cada jurisdicción. Ellas están determinadas, en buena medida, por los diseños y arreglos institucionales en vigor. Así, en el caso de EE.UU. una descentralización –quizás excesiva– en la aplicación del derecho de la competencia y

⁶⁸⁰ Dunne resume los problemas que para el *rule of law* representa el modelo administrativo-regulatorio de aplicación sosteniendo que el mismo (i) priva de los principios del procedimiento contencioso que brindan importantes garantías ante normas de textura abierta y la discrecionalidad de la autoridad; (ii) obliga a las autoridades de competencia a definir opciones de política lo que no resulta apropiado para organismos concebidos con una función eminentemente jurisdiccional; y (iii) lleva a una utilización instrumental del derecho de la competencia para satisfacer objetivos regulatorios. DUNNE (2015), pp. 91-93.

⁶⁸¹ En la cuenta pública presentada en noviembre de 2014, el Fiscal Nacional Económico expresaba: “*El objetivo de esta Fiscalía no es judicializarlo todo[...]entendemos la lógica de la actividad empresarial y el enorme valor que tiene el tiempo para los negocios[...]muchas veces privilegiamos una mirada prospectiva, más que obstinarnos con obtener una multa. / Durante los últimos años, hemos puesto énfasis en la firma de acuerdos extrajudiciales, que nos han permitido solucionar diversos asuntos sin tener que incurrir en el costo que implica un juicio. / El aporte de estos acuerdos ha sido reconocido por el propio Tribunal, y hay consenso en que un acuerdo extrajudicial es una fórmula válida y legítima y eficiente. [...]Ejemplos [de acuerdos extrajudiciales en temas de fusiones]tenemos varios: compra de CFR Pharmaceuticals (Recalcine) por parte del laboratorio Abbott; el acuerdo firmado con la empresa Polifusión y el firmado con Oben Holding Group, que fue aprobado el jueves de la semana pasada por el Tribunal. / También hay que destacar las conciliaciones que se logran bajo el Tribunal, como la alcanzada en abril con Unilever, respecto a cláusulas con efecto exclusorio; en mayo con CCU por la inscripción de marcas de la competencia y en julio con Claro sobre el cumplimiento de instrucciones generales. / Por eso, también son importantes nuestros informes de admisibilidad y de cierre de investigaciones, que publicamos en nuestra página web [...]que contiene las resoluciones y los informes internos[...] Son relevantes esos antecedentes, porque cuando cerramos una investigación o cuando la admitimos a tramitación estamos revelando la doctrina de la Fiscalía, y así señalizando a las empresas qué se puede o no hacer desde el punto de vista de la libre competencia.[...]Uno de [los capítulos del proyecto de ley en discusión en el Congreso]tiene que ver [con]la posibilidad de que la Fiscalía comience a proponer soluciones de ordenación económica para mejorar el funcionamiento de diversos mercados, pero con una mirada de futuro. Y para eso no es adecuado el procedimiento contencioso, que como sabemos, es extenso y restrictivo. / A través de la vía no contenciosa, que ofrece un campo de acción más amplio y flexible -pero que igualmente permite considerar la opinión de todos los interesados-, es posible arribar a soluciones de fondo para problemas observados de manera transversal en un mercado. El DL 211 consagra, y con una tradición de muchos años anteriormente alojada en las comisiones, la posibilidad de revisar hechos, actos o contratos por celebrarse pero también existentes y el tribunal está facultado para establecer las condiciones que estime necesarias para corregir o prevenir posibles riesgos de libre competencia.” IRARRAZABAL (2014), pp. 4, 6, 7, 11.*

particularidades propias como son la superposición de funciones entre diferentes autoridades y el rol de los jurados, hacen del diseño institucional y el anhelo de su mejora uno de los principales problemas de *rule of law*⁶⁸². En tanto, en el caso del derecho de la competencia de la U.E., la circunstancia que la Comisión Europea actúe como investigador, acusador y resolutor, hacen de las garantías de debido proceso y la justicia procedimental el problema de *rule of law* más inquietante⁶⁸³. Un punto en común que amerita mención es que el formalismo que se asocia con reglas de ilicitud per se o de ilicitud por el objeto y que se conciben como más próximas a los requerimientos del *rule of law*, lleva a que, en ambas jurisdicciones, un funcionalismo extremo (una regla de la razón desestructurada en el caso de EE.UU., una regla de ilicitud por el efecto o ‘un enfoque más económico’ en la U.E.) sea objeto de críticas basadas en la contravención al *rule of law*⁶⁸⁴.

El localismo de las cuestiones y los problemas de *rule of law* es evidente y estos responden no sólo a lo que nos permitimos denominar ‘el funcionamiento interno del sistema de derecho de la competencia’ (esto es, si su diseño satisface o no los objetivos

⁶⁸² P. ej., CRANE (2011).

⁶⁸³ P. ej., MARSDEN (2009), pp. 51-61.

⁶⁸⁴ Para EE.UU., STUCKE (2009), pp. 101-216; para el derecho europeo, CHRISTIANSEN & KERBER (2006), pp. 215-244. Cfr. Marsden, quien sostiene que un ‘enfoque más económico’ proveerá mayor certeza y predictibilidad: “*A medida que la Comisión implemente su ‘enfoque más económico’, inevitablemente tendrá que brindar una explicación más exhaustiva de sus decisiones; ya sea al brindar lineamientos informales, decisiones absolutorias o derechamente prohibiciones [...] Significa también que los casos serán razonados más a fondo e intensamente debatidos, y así mejor examinados en su tránsito por los controles y contrapesos existentes [...] Aunque resulta irónico, descansar en más ciencia económica y más tests de ponderación, tal como la regla de razón facilita, puede ser lo que llegue a permitir al derecho de la competencia de la UE guardar una mayor conformidad con el rule of law. Sin embargo, esto puede llegar a ocurrir únicamente si los propios jueces son capaces y tienen la disposición de desarrollar una evaluación más rigurosa en lugar de descansar en precedentes que jamás fueron guiados por el análisis económico*”. MARSDEN, Philip, “Checks and Balances: European Competition Law and the Rule of Law”, *Loyola Consumer Law Review*, V. 22, N° 1, 2009, p. 61. La confianza en un riguroso análisis económico en respaldo de una mejor fundamentación de las decisiones y de mayor transparencia y predictibilidad fue también lo que en Chile pensaron los impulsores de la creación del TDLC en el año 2003 y al tiempo de definir su integración. Sin embargo, en opinión de la OCDE, en cuanto a certeza legal y predictibilidad, el sistema manifestaría aún serias insuficiencias (v. *infra*).

que son predominantemente buscados por quienes en él intervienen)⁶⁸⁵, sino además por las pretensiones y presiones externas al sistema (esto es, en qué medida el derecho de la competencia se hace cargo e incorpora a su instrumental la solución de nuevos problemas que enfrentan las jurisdicciones⁶⁸⁶ y los nuevos marcos de análisis que los desarrollos teóricos y empíricos van proponiendo⁶⁸⁷).

Con el fin de mostrar cuestiones y problemas de *rule of law* en derecho de la competencia en el extranjero, profundizaremos en dos materias: el uso de reglas y estándares sustantivos para la adjudicación y las críticas a un funcionalismo extremo (4.2.1.); y, la discrecionalidad en la aplicación de la ley por el persecutor (4.2.2.). Con menor profundidad se abordarán el abuso en la utilización de salidas alternativas, los principios (p.ej. legalidad, predictibilidad y uniformidad) que han de regir en la aplicación de medidas y sanciones, y lo necesario de avanzar hacia una teoría de precedentes vinculantes (4.2.3). Estas cuestiones y problemas resultan todos

⁶⁸⁵ A nuestro entender, la distinción fundamental aquí es entre buscar satisfacer caso a caso el objetivo de política que sea predominantemente defendido (p. ej. maximizar la eficiencia asignativa) o, por el contrario, buscar mediante un enfoque consistente para la generalidad de los casos que se presenten, la creación de un conjunto de reglas jurídicas respaldado por un sistema de aplicación que las haga aptas de ser efectivamente cumplidas. En nuestra concepción, es en el segundo enfoque en que existe una promoción del *rule of law*, no en el primero. Por otra parte, en la extensa discusión sobre objetivos o finalidades de la política y derecho de la competencia hay dos consideraciones que suelen ser omitidas, estas son, si acaso es posible y legítimo defender un objetivo único vs. mantener una pluralidad de objetivos a realizar; y, si acaso, para la sociedad, es un objetivo final o sólo un objetivo intermedio el que busca ser satisfecho con la política y derecho de la competencia. Sobre esto último, STUCKE (2012), p. 551.

⁶⁸⁶ P.ej. sobre nuevos modelos de negocios en la tendencia del consumo colaborativo y tecnologías disruptivas, WEST (2015) y el seminario organizado el 09.06.15 por la Federal Trade Commission de EE.UU., “The ‘Sharing’ Economy: Issues facing Platforms, Participants and Regulators; sobre política de competencia y desigualdad, BAKER (2015), pp.1-28.

⁶⁸⁷ P. ej. el rol tradicional de la determinación del mercado relevante como un método indirecto para establecer la existencia de poder de mercado sustancial ha sido puesto en cuestión por el profesor Kaplow, en especial, frente al surgimiento de herramientas analíticas y empíricas que permiten, en ciertos casos, determinar de modo directo los efectos en la competencia. KAPLOW (2011) pp. 437-517, lo que ha dado lugar a intercambios con WERDEN (2014). O el estudio de las implicancias de la economía del comportamiento en el derecho de la competencia; para revisiones recientes, HEINEMANN (2015), pp. 211-242; y, TOR (2014), pp. 573-667.

subsumibles en la concepción de *rule of law* que hemos definido, según se muestra con su desarrollo y se recoge, luego, en la conclusión del capítulo (4.3.)

4.2. Cuestiones y problemas de “*Rule of Law*” en el derecho de la competencia en el extranjero

4.2.1. Reglas y estándares. Teoría de la decisión

La distinción entre reglas y estándares es uno de los temas centrales en teoría del derecho⁶⁸⁸, ha motivado una extensa literatura⁶⁸⁹ y ha tenido una importancia fundamental en el derecho de la competencia⁶⁹⁰.

Desde comienzos de la historia moderna del derecho de la competencia en Estados Unidos, la jurisprudencia introdujo una distinción en materia de acuerdos restrictivos para la competencia (‘*contract, combination...or conspiracy, in restraint of trade*’ según la sección 1 de la Ley Sherman), entre aquellos que debían ser juzgados por sus efectos en el mercado o en la economía en general –y que por tanto se sometían a una ‘*regla de*

⁶⁸⁸ Para estos efectos, la teoría denomina ‘reglas’ a aquellas disposiciones detalladas, específicas, concretas y determinadas, como por ejemplo: “*la velocidad máxima permitida en carretera es 120 kms./hora*”; “*se prohíbe cruzar si el semáforo indica luz roja*”; “*los acuerdos entre competidores sobre los precios de sus productos están prohibidos*”; y ‘estándares’ a aquellas disposiciones amplias, vagas, generales e imprecisas, como por ejemplo: “*los directores deben ejercer sus funciones con el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios*”; “*serán sancionados los actos que restrinjan o entorpezcan la libre competencia o tiendan a producir dichos efectos*”; “*podrá ejercer sus funciones en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones*”. En este sentido por ej., SCHAUER (2009), pp. 188 y ss.

⁶⁸⁹ ATIYAH & SUMMERS (1987); DAVIS (1969); EPSTEIN (1995); POSNER (1990), pp. 42-61; SCHAUER (1991); DIVER (1983), pp. 65 y ss.; DWORKIN (1967) 14 y ss., pp. 22-29; KAPLOW (1992), pp. 557 y ss.; KENNEDY (1976), pp. 1685 y ss.; POSNER (1997), pp. 101 y ss.; SUNSTEIN (1995), pp. 953 y ss., pp. 956-57.

⁶⁹⁰ CRANE (2007), pp. 49-110.

la razón’ – (un “estándar”)⁶⁹¹ y aquellos en que dicho análisis global no era necesario ya que, siendo tal su gravedad, dicha afectación podía presumirse sin que se justificara discutir sus efectos reales o potenciales al mercado, sometidos por tanto, a una ‘*regla de ilicitud per se*’, (una “regla”) no pudiendo esgrimirse a su respecto defensas de falta de afectación al mercado⁶⁹².

En el derecho europeo de la competencia, a partir del tenor del TFUE (art. 101) la doctrina y la jurisprudencia distinguen entre los acuerdos definidos como *ilícitos por su efecto* en la competencia y aquellos *anticompetitivos por su objeto*. El ilícito anticompetitivo por su objeto en Europa presenta analogías con la *ilicitud per se* del derecho de EE.UU., sin embargo, existe una diferencia importante referida a las

⁶⁹¹ Si bien el concepto se plasmó con claridad en el caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* 221 U.S. 1 del año 2011, la formulación más recurrente de la ‘regla de la razón’ es aquella que quedaría establecida más tarde por el precedente del caso *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 del año 1918, donde el juez Brandeis sostuvo que no cualquier restricción al comercio es ilegal sino sólo aquellas restricciones no razonables, razonabilidad que debía atender a los siguientes factores: “*El verdadero test de legalidad es si acaso la restricción impuesta es tal que meramente regula y tal vez promueve la competencia o si es tal que puede suprimir o incluso destruir la competencia. Para determinar dicha cuestión el tribunal ordinariamente debe considerar los hechos particulares del negocio al que se aplica la restricción; su situación antes y después de que la restricción fue impuesta; la naturaleza de la restricción y su efecto, real o probable; la historia de la restricción; la nocividad que se le asocia; la razón para adoptar la medida en particular; el propósito o finalidad que se buscó alcanzar, son todos hechos relevantes. Esto no es porque la buena intención vaya a ser determinante en justificar una regulación reprobable o viceversa; sino porque el conocimiento de la intención puede ayudar al tribunal a interpretar los hechos y a predecir consecuencias.*”

⁶⁹² Tal como enseñan SULLIVAN y GRIMES (2000), pp. 199, 191, “*El desarrollo embrionario de la doctrina per se comenzó con el caso Joint-Traffic [1898] (esquemas como los acuerdos de fijación de precios, que tienen un “efecto directo e inmediato * * * en el comercio interestatal” son inválidos) y con el caso Standard Oil [1911] (la fijación de tarifas entre competidores es por su “naturaleza y carácter” contraria a la competencia y, consecuentemente, está sujeta a una “concluyente presunción” de invalidez).*” Si bien, en el caso *Addyston Pipe*, el juez Taft de la Corte Federal de Circuito [1898] ya había manifestado: “*Allí donde el único objeto de ambas partes para la celebración del contrato * * * fue meramente restringir la competencia, y mejorar o mantener los precios, pareciera que no hubo nada que justificara o excusara la restricción* * **”. El consenso académico en EE.UU. es que la aplicación de una regla *per se* para los acuerdos de fijación de precios entre competidores quedó establecida por el precedente en el caso *Socony-Vacuum Oil* 310 U.S. 150 del año 1940. Una interpretación minoritaria, ha defendido que en los razonamientos de éste y otros casos, cabe distinguir entre una interpretación literal de la expresión ‘acuerdo de fijación de precios’ y una ‘razonable’ interpretación de ‘acuerdo de fijación de precios’ para fines de la ley antimonopolios, donde sólo situaciones subsumibles en la segunda categoría quedarían sujetas a una regla *per se*. V., en este sentido, KIMMEL (2006).

defensas o justificaciones posibles de invocar según el art. 101(3) TFUE. De este modo, la calificación de ilicitud por el objeto implica una presunción de ilicitud que invierte la carga de la prueba haciendo recaer sobre las empresas el peso de acreditar que un acuerdo, no obstante subsumirse en el art. 101(1) TFUE, reúne los requisitos de la justificación del art. 101(3) TFUE⁶⁹³.

En el caso de las conductas unilaterales desarrolladas por empresas con un poder de mercado sustancial o posición dominante y con riesgos o efectos de exclusión de competencia o cierre de mercados (*'monopolization'* en EE.UU. y abuso de posición dominante en la U.E.), la experiencia ha mostrado que traducir los amplios estándares definidos por el legislador en reglas precisas de aplicación se ha hecho aún más difícil. El marco analítico en esta materia siempre ha sido más flexible y dependiente de los hechos específicos del caso⁶⁹⁴. Lo anterior ha generalizado en este ámbito la utilización del estándar de la regla de la razón en EE.UU.⁶⁹⁵; y, en el derecho europeo, aún cuando

⁶⁹³ Esta última sección importa el cumplimiento copulativo de cuatro requisitos (i) que el acuerdo contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; esto es, ganancias de eficiencia económica; (ii) que el acuerdo reserve a los consumidores o usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante; (iii) que las restricciones impuestas por el acuerdo sean indispensables, esto es, que las eficiencias buscadas no hayan podido alcanzarse por medio de otro mecanismo menos restrictivo y que cada una de las restricciones haya sido necesaria para producir las eficiencias; (iv) finalmente, que el efecto restrictivo que el acuerdo implica para la competencia no brinde a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate, de lo contrario, cualquier ganancia de eficiencia de corto plazo sería superada por las pérdidas en el largo plazo por la eliminación de la competencia permitida por el acuerdo. JONES & SUFRIN (2011), pp. 189-258.

⁶⁹⁴ CRANE (2007), pp. 49-110, p. 66.

⁶⁹⁵ No obstante, Crane muestra cómo sería posible inferir de la práctica de decisiones de la jurisprudencia estadounidense algunas reglas, incluso en el ámbito de conductas sometidas a (al estándar de) la regla de la razón. En este sentido, afirmar que 'precios por sobre los costos jamás son predatorios', que 'precios por debajo de los costos se presumen predatorios', que 'se presume que las patentes confieren poder de mercado y al imponer a los clientes la compra de un producto separado cuando solo desean adquirir el producto patentado se configura una venta atada ilegal *per se*', que 'no es monopolista la empresa con una participación de mercado inferior a un 50%', que 'aún tratándose de una empresa en posición de dominio, ésta no tiene obligación de cooperar con sus competidores', que 'los acuerdos de exclusividad son legales *per se* si más de un 80% del mercado permanece abierto para los competidores', que 'los acuerdos de exclusividad no pueden reputarse ilegales cuando la parte no dominante es libre para poner término al contrato en cualquier tiempo mediando aviso previo', que 'una empresa carece de poder de mercado en el

se mantiene hoy un cierto apego al formalismo que históricamente primó en el análisis, la promoción de un ‘enfoque más económico’ desde mediados de los años noventa ha presionado hacia la adopción de decisiones basadas en los efectos económicos reales o potenciales de la conducta⁶⁹⁶. Dos tendencias adicionales se identifican en este tipo de materias. Por una parte, frente a la elevada carga probatoria que implica llegar a acreditar la ilicitud de una conducta según la regla de la razón en EE.UU. (y, con menor dificultad relativa, bajo la categoría de los abusos de posición dominante del art. 102 del TFUE), hay quienes afirman que, en los hechos, someter la evaluación de la ilicitud de una categoría de conductas y prácticas a la regla de la razón, se traduciría en una regla de licitud *per se* con un importante grado de sub-aplicación del derecho, en especial en EE.UU.⁶⁹⁷ En segundo lugar, es en las materias sujetas a la regla de la razón (conductas unilaterales principalmente pero también algunas categorías de acuerdos como las restricciones verticales y los acuerdos de colaboración empresarial), cuya aplicación implica contrapesar los efectos anticompetitivos con los pro-competencia y, particularmente, en aquellos casos en que la teoría del daño a la competencia es difusa o carece de sólido sustento en los hechos o en el análisis económico, donde el fenómeno

mercado de productos conexos cuando ella carece de poder de mercado en el mercado del producto primario’, que ‘los descuentos multi-producto no son ilegales a menos que un competidor igualmente eficiente, que comercializa sólo uno de los productos del paquete multi-producto de descuento, tenga que establecer precios por debajo de sus costos para poder competir’, que ‘una empresa no puede incurrir en monopolización por el solo hecho de haber diseñado sus productos de una manera que perjudica a competidores’, serían todas reglas que tendrían sustento en la jurisprudencia. *Ibidem*, pp. 66-67.

⁶⁹⁶ JONES & SUFRIN (2011), pp. 259-282. COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” OJ C 45, 24.02.2009, pp. 7-20.

⁶⁹⁷ Las aseveraciones en tal sentido son numerosas en la literatura estadounidense, entre las más recordadas están las del juez Posner (“*el contenido de la regla de la razón es ampliamente desconocido; en la práctica no es mucho más que un eufemismo para afirmar la ausencia de responsabilidad*”(1977)) y del juez Easterbrook (“*desde un punto de vista práctico [resolver según la regla de la razón] significaba declarar [las prácticas impugnadas] como legales per se*” (1987)); ambos, citados por CRANE (2007), p. 64 y el texto que acompaña las notas 60 a 63.

del ‘derecho de la competencia como regulación’ ha encontrado el terreno más fértil para su desarrollo⁶⁹⁸.

En teoría del derecho se ha sostenido que la distinción entre reglas y estándares da cuenta –más que de normas jurídicas de formas alternativas o en oposición– de dos extremos de un continuo de formas de normas donde unas se asemejan más bien a reglas y otras más bien a estándares con una serie de disposiciones intermedias como aquellas que establecen presunciones e invierten la carga de la prueba, o aquellas que establecen ‘puertos seguros’ (garantías de no intervención por debajo de determinados umbrales)⁶⁹⁹. También se ha sostenido que toda regla, en la medida que para su aplicación requiere de otras reglas, no resulta directamente aplicable por lo que termina tornándose en un estándar, haciendo la distinción entre regla y estándar menos nítida, pero no por ello sin importantes consecuencias para la aplicación del derecho de la competencia⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ Véase, por ejemplo, el tipo de casos en donde se ha utilizado por la Comisión Europea el procedimiento de compromisos (artículo 9 Reglamento 1/2003) en DUNNE (2014), pp. 399-444, pp. 406-411; o el análisis crítico a la utilización de la regla de la razón en EE.UU. por parte de los encargados de resolver los casos, para conseguir el resultado óptimo de mayor competencia en lugar de utilizar dicho estándar para meramente determinar la ilicitud anticompetitiva de una conducta, en DEVLIN (2012), pp. 823 y ss.

⁶⁹⁹ En este sentido, Sunstein, *“Existe un continuo entre las reglas y una discrecionalidad sin trabas, donde cabe situar los factores, los lineamientos y los estándares”* SUNSTEIN (1995), p. 961; Schauer, *“[M]ás que pensar en una distinción entre reglas y estándares, sería mejor pensar en una ubicación en el continuo vaguedad-precisión, y ‘¿qué tan vaga?’ o ‘¿qué tan precisa?’ podrían ser preguntas más útiles que si acaso alguna norma se asemeja más a una regla o más a un estándar. / El continuo reglas-estándares es importante por muchas razones pero, entre ellas, la principal es la circunstancia de que la selección del punto en el espectro puede ser un mecanismo muy efectivo para gestionar la discrecionalidad”* SCHAUER (2009), p. 190; y, también, Christiansen & Kerber, *“En lugar de la dicotomía entre regla per se por una parte y regla de la razón por la otra, queremos introducir la noción de un continuo de reglas mayor o menormente diferenciadas [...] muchas soluciones intermedias existen tales como la ya mencionada ‘regla de la razón trunca’ y ‘reglas quick look’ [...] el nuevo ‘puerto seguro’ [...] los términos ‘regla de la razón trunca’ y ‘reglas quick look’ son otras expresiones para soluciones intermedias”* CHRISTIANSEN & KERBER (2006), pp. 220-221.

⁷⁰⁰ CRANE (2007), pp. 71-80, con referencias a las ideas de indeterminación y textura abierta del lenguaje natural (H.L.A. Hart) y la ausencia de dispositivos internos que instruyan cuándo aplicar las reglas (Wittgenstein) Crane sostiene que las reglas podrían ser menos precisas y más manipulables de lo que habitualmente se cree; la distinción, no obstante, en tanto expresión de la cultura jurídica, es crucial ya que el someter una conducta a la evaluación según una regla (y no un estándar) implica que se prejuzgan varios elementos, que resulta más probable su revisión por tribunales superiores, que se determina el tipo

Hay quienes ven en la distinción entre reglas y estándares, fundamentalmente, un dilema entre radicar las facultades de decisión en el presente o efectuar una atribución de facultades hacia el futuro. En este sentido, reglas de gran especificidad maximizarán la certeza, las limitaciones en su aplicación y la predictibilidad, pero con el costo de restringir la posibilidad de lograr en el futuro un resultado correcto en alguna situación que no fue prevista; mientras que estándares que implican mayor vaguedad quizás dejarán abierta a futuros tomadores de decisiones la posibilidad de adoptar la decisión exactamente correcta, pero con el costo de proveer escasa certeza, predictibilidad y limitaciones en la aplicación⁷⁰¹. Bajo esta concepción, no existe una solución definitiva a este dilema y no tendría sentido argumentar en favor de reglas o en favor de estándares en términos de los valores del *rule of law* porque “*si bien algunos valores del Rule of Law se satisfacen con reglas precisas, predecibles y de fácil comprensión, otros se satisfacen por medio de estándares relativamente abiertos que otorgarán a los jueces y a otros funcionarios que toman decisiones la discrecionalidad para hacer justicia en el caso individual*”⁷⁰².

No obstante, en el derecho de la competencia y desde la perspectiva del *rule of law*, el excesivo uso de una regla de la razón que abre el análisis a una infinidad de factores (económicos a lo menos), tanto anticompetitivos como pro-competencia, no ha sido indiferente para los autores, según referimos a continuación.

La literatura en derecho y economía, para resolver el dilema entre escoger una regla o un estándar, provee el marco analítico de ‘minimización de los costos de los errores’,

de defensas y el tipo de evidencias que resultarán pertinentes, y que el juez asumirá un diferente rol a aquél que asumiría si debiese juzgar en base a un estándar.

⁷⁰¹ SCHAUER (2009), p. 195.

⁷⁰² *Ibidem*.

también conocido como la ‘teoría de la decisión’⁷⁰³. La idea central consiste en que se considera como una regla óptima aquella que reduce a un mínimo el total de pérdidas de bienestar social producto de decisiones incorrectas (costos de los errores) y producto de los costos de la regulación. Entre los costos asociados a las decisiones incorrectas se consideran los ‘falsos positivos’ (calificar como infracción una conducta que no afecta la competencia, “sobre-inclusión”) y los ‘falsos negativos’ (no calificar como infracción una conducta que sí afecta a la competencia, “sub-inclusión”)⁷⁰⁴; y los ‘costos de transacción asociados al uso del proceso legal’, entre los que cabe incluir los costos de información incompleta e incertidumbre de las reglas legales –en cuanto pueden disuadir conductas pro-competitivas o bien dejar de disuadir conductas anti-competitivas– y, los costos por conductas de búsqueda de rentas orientadas a distorsionar las decisiones generales en favor de intereses particulares⁷⁰⁵. Entre los costos de la regulación cabe considerar los costos de establecer las reglas⁷⁰⁶, los costos de conseguir y evaluar la

⁷⁰³ En economía, la teoría de la decisión propone un proceso para establecer hechos y tomar decisiones cuando la información es costosa y por tanto imperfecta. La diferencia con el análisis de los costos de los errores radica en que mientras en ésta el enfoque es de minimización del total de los costos sociales, en el caso de la teoría de la decisión el enfoque es de maximización del total de los beneficios. Sobre esto, BECKNER III y SALOP (1999), pp. 41 y ss.; y, BAKER (2015), pp. 1-38, p. 7 n.24. Este último autor es crítico de la utilización del enfoque de los costos de los errores con un prisma conservador y un sesgo de mínima intervención, expresando al efecto: *“Al igual que con la microeconomía en general, la teoría de la decisión no es una herramienta inherentemente conservadora. Sin embargo, al aplicar dicha herramienta neutral para el análisis de las reglas antimonopolio, los conservadores han formulado un conjunto de supuestos erróneos, que en su conjunto han torcido tales aplicaciones para incorporar a sus conclusiones un sesgo de no intervención”*. *Ibidem*.

⁷⁰⁴ Estos errores suelen concebirse como una consecuencia de que la norma misma conduce a ellos. Así, por ejemplo, si contiene una redacción que no incorpora los desarrollos teóricos (en organización industrial en el caso del derecho de la competencia) –en cuyo caso mejorar la regla sustantiva podría minimizar los errores– o si la ambigüedad de los efectos positivos o negativos de la práctica en evaluación hace imposible resolver correctamente todos los casos que se presenten –invertir en mejoras a la regla podría ser inoficioso: siempre habrá errores. V. CHRISTIANSEN & KERBER (2006), p. 223.

⁷⁰⁵ Estos errores suelen concebirse no como producto de la norma misma, sino como resultado del proceso de su aplicación. BAKER (2015), pp. 5-6.

⁷⁰⁶ Los propios del proceso legislativo formal (redacción de iniciativas e indicaciones, discusión, deliberación, etc.), como también los inherentes a procesos regulatorios infralegales, donde se incluye la redacción de lineamientos y guías (“*soft law*”), de especial relevancia práctica en el derecho de la competencia. La redacción de resoluciones judiciales con el objetivo que sean considerados como precedentes en ulteriores casos de aplicación involucra también costos subsumibles en esta categoría. Todo lo anterior comprendería costos significativos y fijos (esto es, se incurre en ellos ex – ante

información para la decisión⁷⁰⁷, los costos de supervisar el cumplimiento y hacer cumplir la regulación⁷⁰⁸ y, los costos de cumplimiento y otros costos indirectos que soportan los particulares producto de la incertidumbre legal⁷⁰⁹.

Christiansen y Kerber, utilizando el marco analítico de la minimización de los costos de los errores y asumiendo como objetivo de la política de competencia la maximización del bienestar⁷¹⁰, pero con una importante mirada desde el *rule of law*⁷¹¹, han desarrollado un modelo de “reglas óptimamente diferenciadas”. Según éste cabe concebir, por una parte, reglas complejas, precisas, específicas y diferenciadas que han de reservarse para conductas y prácticas con algún nivel de ambigüedad sobre los efectos en la competencia, y en donde los costos de la regulación se justifican con el fin de minimizar

independientemente del número de casos que en definitiva vayan a ser sometidos a la norma resultante del proceso regulatorio), por lo que la inversión en este ámbito debería reservarse para áreas importantes de aplicación de la ley. V. CHRISTIANSEN, & KERBER (2006), p. 231.

⁷⁰⁷ La recopilación, procesamiento y análisis de la información necesaria para la aplicación de la regulación implica acciones por parte de las autoridades de competencia, de los tribunales, de las empresas demandadas y, eventualmente, de los demandantes particulares. Dichas acciones tienen costos asociados que se incrementarán mientras mayor sea la profundidad en el análisis requerido para resolver, de acuerdo con el diseño de la regla. V. CHRISTIANSEN & KERBER (2006), p. 231.

⁷⁰⁸ Son aquellos en que incurren las autoridades de competencia para divulgar de modo general los alcances de la legislación aplicable, reglas y estándares, y supervisar su cumplimiento. Pero además habrá sectores específicos en que la divulgación y supervisión revista caracteres particulares (p. ej., por tratarse de un sector donde se arrastran fallas regulatorias por muchos años), e incluso, situaciones acotadas a una o a unas pocas empresas que ameriten acciones específicas de supervisión o fiscalización por la autoridad (p. ej. porque dichas empresas recientemente han sido sometidas a la aplicación de la ley y las medidas impuestas ameritan fiscalización). En esta categoría de costos cabe incluir además los costos privados en que incurren las empresas para cumplir con la regulación (p.ej. asesoría, redacción de manuales y protocolos internos, capacitación, etc.), los que tenderán a ser mayores mientras mayor sea la incertidumbre legal o mientras más factores haya que considerar para un debido cumplimiento. V. CHRISTIANSEN & KERBER (2006), p. 232.

⁷⁰⁹ El cumplimiento con una regla que implica una sobre-aplicación del derecho de la competencia disuade prácticas competitivas y la inversión por parte de las empresas potencialmente sujetas a la aplicación de dicha regla. A su vez, una regla que en los hechos lleva a una sub-aplicación del derecho de la competencia disuade decisiones de inversión y consumo por parte de empresas y consumidores que, con una regla adecuada, serían víctimas de un poder de mercado sustancial que en los hechos resulta impune. A estos costos de cumplir con reglas inadecuadas se suman los vinculados a la incertidumbre de los resultados durante el período que toma el procedimiento de aplicación de la ley, lo que en muchos casos paraliza las acciones de inversión y consumo privadas. V. CHRISTIANSEN & KERBER (2006), p. 232.

⁷¹⁰ CHRISTIANSEN & KERBER (2006), p. 223 y nota 15.

⁷¹¹ *Ibidem*, pp. 219-220.

la posibilidad de decisiones incorrectas; y, por otra parte, reglas simples y generales, sin diferenciaciones, que son suficientes para aquellas conductas y prácticas cuyos efectos en la competencia son siempre, ya sea positivos, o bien, negativos, pero considerando posibles costos de decisiones incorrectas. La regla óptimamente diferenciada se consigue allí donde el nivel de complejidad de la regla se extiende sólo hasta donde se minimizan todos los costos⁷¹². La virtud de una regla óptimamente diferenciada no está en resolver correctamente todos los casos que se sujetan a ella, sino en que *“hace un buen trabajo en disuadir conductas anticompetitivas en la economía considerando todos los costos relevantes, beneficios e incertidumbres asociados con el diagnóstico y los remedios”*⁷¹³. Las implicancias de política son (i) que se reduce a un mínimo las situaciones que ameritan ser resueltas ‘caso-a-caso’, es decir, con la consideración de todos los posibles efectos pro-competencia y anti-competencia de la conducta⁷¹⁴ y, (ii) que los desarrollos en economía y en organización industrial que justifican una nueva mirada a las prácticas y conductas deben incorporarse en reglas con mayor o menor diferenciación según corresponda y no utilizarse para el análisis con un enfoque caso-a-caso⁷¹⁵. De acuerdo con estos autores, este último es el punto crucial para una política de competencia basada en reglas, consistente con los valores del *rule of law*: tanto *“los criterios utilizados en la diferenciación de las reglas [como] la extensión en la diferenciación deben estar basados en el análisis económico. De este modo, no existe un dilema entre ‘un enfoque más económico’ y una política de competencia basada en reglas, sino que más bien las reglas de la competencia deben estar fundadas en la economía. Toda vez*

⁷¹² *Ibidem*, p. 224. Una aplicación de este modelo proponiendo ir en casos de colusión desde una regla de la razón hacia una regla per se en Chile, Tapia (2009).

⁷¹³ Joskow (2002), citado por CHRISTIANSEN & KERBER (2006). Esta idea la encontramos anteriormente en los autores de la tradición liberal clásica (v. *supra*). BORK (1978, 1993), p. 123, en un sentido similar, expresa: *“Ningún sistema de leyes está exento de errores. El sistema legal comete errores al percibir la realidad en la decisión de diversos tipos de casos, desde daños por negligencias y disputas contractuales hasta acusaciones de homicidios. Exigir la perfección es exigir la derogación del derecho. La cuestión es si acaso un método para aplicar el derecho puede brindar un grado aceptable de precisión y si acaso dicho método es mejor que cualquier otro método alternativo”*.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 228.

⁷¹⁵ *Ibidem*, pp. 235-240.

que las reglas óptimas son el resultado de una comparación entre reglas alternativas considerando sus efectos promedio en el bienestar (incluyendo los costos por decisiones erróneas y los costos de la regulación), una política de competencia basada en reglas se funda también en un ‘enfoque de efectos’. Sin embargo, en el caso de la aplicación de las reglas, una conducta comercial no será prohibida o permitida a base de los efectos esperados en el bienestar en el caso específico, sino que de los efectos promedio de dicha categoría de conducta según un conjunto predefinido de circunstancias (el cual se ha determinado por la regla diferenciada)”⁷¹⁶.

Estas conclusiones de Christiansen y Kerber, quienes miran principalmente al derecho europeo de la competencia, van en una línea similar a aquella que traza Maurice Stucke para el derecho antimonopolios estadounidense quien, luego de confrontar la regla de la razón con los principios del *rule of law*, recomienda avanzar hacia una ‘mejor’ regla de la razón.

Stucke agrupa del siguiente modo las debilidades de la ‘regla de la razón’ frente a los principios del *rule of law*. La ‘regla de la razón’ (i) impide a los participantes en el mercado predecir con certeza de qué modo la autoridad utilizará su poder coercitivo en determinadas circunstancias y con ello les hace más onerosa una efectiva planificación de sus negocios y acciones⁷¹⁷; (ii) no es adecuada en un sistema legal donde la Corte

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 237.

⁷¹⁷ STUCKE (2009), pp. 148-154. Esto es así, primero, porque la regla de la razón se enfoca, más que en la conducta, en sus subsecuentes efectos en la competencia y, dados los problemas de información y conocimiento, la predicción de efectos anticompetitivos futuros de la conducta (y por tanto su ilegalidad) no es algo que podrán hacer bien ni los particulares como tampoco las autoridades de competencia o los tribunales; segundo, porque tanto la determinación del mercado relevante y la evaluación de lo significativo del poder de mercado como la prueba que ha de rendirse a su respecto son cuestiones sujetas a una incertidumbre tal que hace difícil entender cómo han llegado a transformarse en los elementos centrales en la resolución de los casos; tercero, porque una excesiva confianza en teorías basadas en la economía neoclásica para establecer efectos anticompetitivos no introduce las necesarias correcciones a los supuestos de aquella para adaptarla a la realidad de la naturaleza humana y de los mercados: “*La complejidad e impredecibilidad del proceso competitivo, las imperfecciones del conocimiento humano, y*

Suprema revisa una proporción menor del total de casos que se resuelven, ya que con ello no podrá dar orientaciones hacia futuro⁷¹⁸; (iii) colocada al servicio de un objetivo o finalidad discutible y carente de legitimidad democrática, vulnera el sistema de fuentes del derecho afectando adicionalmente la predictibilidad⁷¹⁹; (iv) guiada por el análisis económico, obliga a los jueces a resolver dilemas o efectuar balances, lo que está más allá de sus capacidades y funciones y afecta adicionalmente la predictibilidad⁷²⁰; (v) al

la diversidad de condiciones intrínsecas a los mercados o que los afectan, tales como las normas legales, culturales y morales, las normas sobre tecnología, producción y servicios, todas ellas socavan aquellas políticas económicas que se fundan ya sea en agentes racionales maximizadores de beneficios o en planificadores centrales”; cuarto, porque la admisibilidad de defensas fundadas en la teoría económica, particularmente, la posibilidad de proponer un enfoque de excedente total frente a cualquier acusación fundada en la afectación del excedente del consumidor, o la admisibilidad de amplias y generales defensas de eficiencia implica la introducción de aún mayores incertidumbres.

⁷¹⁸ *Ibidem*, pp. 155-159. Esto es así en EE.UU., pero sus reflexiones son interesantes para cualquier sistema de competencia en que los casos son revisados sólo en una proporción insignificante por el máximo tribunal. “Si la Corte decide tan pocos casos anualmente, no es realista esperar que su test sobre el total-de-circunstancias-económicas provea una orientación comprensiva a tribunales inferiores”. Para configurar una regla de la razón objetiva (más como regla que como estándar) que prediga con precisión los efectos en la competencia, la Corte debería revisar nuevamente los fundamentos de hecho de muchos casos y estar continuamente reevaluando los efectos de las restricciones en diferentes industrias y, a partir de ello, ir adecuando las reglas. Por el contrario, un estándar anclado principalmente a los hechos específicos del caso a resolver y que es excepcionalmente revisado por el máximo tribunal no genera conocimiento acumulado que pueda ser transmitido en el tiempo.

⁷¹⁹ *Ibidem*, pp. 160-165. “Según el rule of law el rol de la Corte debiera ser interpretar la Ley Sherman en base a (i) el derecho en sus orígenes y (ii) los precedentes que sean fieles al derecho en sus orígenes. No debiera interpretar la Ley en base a lo que cree que constituye lo último en el pensamiento económico sobre la política de competencia”. No obstante, la realidad en el derecho antimonopolios estadounidense da cuenta más bien de un desapego del texto y de la historia legislativa de las leyes antimonopolios, cuyas disposiciones redactadas como estándares amplios han sido entendidas como delegaciones del legislador en los tribunales para que éstos, actuando dentro de la tradición del *common law* hicieran evolucionar dichos estándares dentro del mandato general de dichas leyes. Pero esta última concepción, dadas las debilidades relativas en este ámbito del sistema de precedentes (y la doctrina de la *stare decisis*), tampoco parece satisfacer como explicación. La imposición de un objetivo o finalidad de bienestar del consumidor o eficiencia es lo que se identifica en la evolución jurisprudencial, un objetivo cuya imprecisión (eficiencia estática vs. eficiencia dinámica; corto plazo vs. largo plazo; excedente total vs. excedente del consumidor) lo hace discutible y su falta de adopción política (es el legislador y no los jueces los llamados a resolver el punto) le resta legitimidad democrática.

⁷²⁰ *Ibidem*, pp. 165-172. Existe una serie de dilemas no resueltos en derecho de la competencia, como si debe seguirse un objetivo de excedente total o de excedente de los consumidores y si hay que centrarse en el corto plazo o en el largo plazo. Asimismo, si bien el consenso mayoritario se inclina por objetivos únicamente económicos, hay quienes promueven la inclusión de objetivos sociales no-económicos en el análisis. En las decisiones de materias sujetas a la regla de la razón los tribunales por lo general se verán obligados a efectuar balances y tomar opciones sacrificando un interés u objetivo en beneficio de otro,

carecer de las mínimas precisiones necesarias no impide el ejercicio arbitrario por la administración de su poder discrecional e incentiva comportamientos de búsqueda de rentas⁷²¹; (vi) al carecer de las mínimas precisiones necesarias no impide el ejercicio arbitrario por los jueces de su poder discrecional e incentiva comportamientos de búsqueda de rentas⁷²²; y, (vii) no permite una aplicación del derecho antimonopolios de manera expedita y a bajo costo⁷²³.

ejercicio para el cual en muchos casos no están capacitados (de allí que suelen centrarse en lo medible, descartando la ponderación de bienes incommensurables) ni corresponde a la función que les ha sido encomendada. Previa a la definición de una regla, cuando el encargado de la decisión se enfrenta por primera vez a un conjunto de hechos, el balance entre objetivos puede ser justificado como única alternativa, pero no debería volverse a efectuar dicho balance cada vez que quien decida deba enfrentar el mismo conjunto de hechos. Parece menos razonable aún que la definición de la política de competencia sea fruto de un proceso de semejante incertidumbre.

⁷²¹ *Ibidem*, pp. 172-182. Estándares débiles en claridad y precisión pueden considerarse antidemocráticos y anticonstitucionales, ha sostenido el juez Scalia, al dejar entregada buena parte de la decisión a la voluntad de quienes no han sido electos como representantes de los ciudadanos. Esta mayor discrecionalidad de la administración deja expuesta la política de competencia a (i) distorsiones en favor de intereses particulares por lobby y otros comportamientos de búsqueda de rentas, (ii) una aplicación con una selectividad sesgada en favor de intereses empresariales, políticos o personales del encargado de la aplicación, (iii) la ineffectividad por la imposición política o acuerdo de no ejercer acciones administrativas, (iv) las distorsiones que el poder económico de las empresas objeto de la aplicación del derecho sean capaces de imponer. Si a un estándar sustantivo vago se agregan la falta de transparencia en la aplicación y apropiada rendición de cuentas de la administración, los problemas descritos se vuelven aún más complejos.

⁷²² *Ibidem*, pp. 182-185. Los jueces no están libres de profesar o ser influidos por alguna ideología. Estudios empíricos muestran y teóricos del derecho sostienen que la ideología de los jueces y la consistencia con ella en sus diferentes decisiones podría ser un mejor elemento de predictibilidad de sus futuras decisiones que la precisión o claridad de las reglas. Estándares vagos como la regla de la razón abren espacio a los jueces para introducir sus convicciones ideológicas (ya sean de derecha o de izquierda) en la aplicación del derecho de la competencia. La posibilidad de manipular o influir en dichas convicciones en favor de intereses particulares incentiva comportamientos de búsqueda de rentas: el foco de las acciones de lobby deja de lado al poder legislativo o a la administración y se dirige ahora a los miembros de los tribunales superiores de justicia. “*Con sus estándares legales vagos y frecuentemente elevados montos financieros en juego, la litigación antimonopolios resulta inherentemente atractiva para comportamientos de búsqueda de rentas. / Cuando el derecho antimonopolios se torna en una competencia entre buscadores de rentas, éste pierde su legitimidad según el rule of law*”.

⁷²³ *Ibidem*, pp. 186-191. Llevar adelante un juicio por una materia sujeta a la regla de la razón tiene un costo enorme en recursos escasos que deben ser destinados a cubrir todos los vértices de dicho estándar, partiendo por la compleja y siempre disputable determinación del mercado relevante. En el caso de la administración, dichos recursos compiten con mejores usos dentro de la propia autoridad de competencia o fuera de ella para la implementación de otras políticas públicas de mayor prioridad o más costo-efectivas. En el caso de los privados, en caso de no disponer de dichos significativos recursos, la aplicación del derecho de la competencia en materias sujetas a la regla de la razón se torna ilusoria.

Para Stucke, las anteriores no sólo son debilidades de la regla de la razón a la luz del *rule of law* sino, en cuanto tales, ellas perjudican a la política y al derecho de la competencia. El efecto, en último término, es un menor desempeño de los mercados⁷²⁴. Admitiendo que un apego a un formalismo estricto inspirado en los principios del *rule of law* podría imponer ciertas innecesarias limitaciones al derecho de la competencia⁷²⁵, Stucke concluye su análisis formulando como recomendaciones de mejora (i) un retorno a los objetivos de política definidos por el legislador y una auto-contención de los tribunales por medio de evitar perfilar la política de competencia a partir de las ideologías de sus miembros o de los últimos desarrollos en economía⁷²⁶; (ii) una precisión de la regla de la razón para cada materia que haga el estándar más inteligible y más coherente con los objetivos de política definidos por el legislador⁷²⁷; y (iii) un mayor desarrollo de estudios empíricos que permitan una mejor comprensión de cómo funcionan y evolucionan los mercados, estudios que sirvan de insumo para ir precisando los estándares y para sustentar los criterios de evaluación ex-post de las decisiones adoptadas en las industrias⁷²⁸.

En definitiva, autores como Christiansen y Kerber, y Stucke parecen enfrentar el dilema entre funcionalismo y formalismo, desde una perspectiva de *rule of law*, mostrando una ruta para apartarse del escenario de un funcionalismo excesivo, sendero que, a modo de síntesis, podemos delinear del siguiente modo:

(i) sea cual sea el punto dentro del continuo formalismo-funcionalismo donde radiquemos la norma para la decisión del caso (y con ello, el margen de discrecionalidad

⁷²⁴ *Ibidem*, pp. 191-199.

⁷²⁵ *Ibidem*, pp. 199-205.

⁷²⁶ *Ibidem*, pp. 206-208.

⁷²⁷ *Ibidem*, pp. 208-213.

⁷²⁸ *Ibidem*, pp. 213-214.

del encargado de la decisión), el diseño normativo envuelve costos de las decisiones y costos de la regulación, cuya minimización debiera buscarse;

(ii) los desarrollos en economía deben basarse no sólo en la modelación teórica sino contar con un sustento empírico obtenido del contexto relevante para el diseño de la norma; dichos desarrollos deben ser incorporados al diseño de la norma antes que utilizarse para el análisis caso-a-caso con ponderación de una infinidad de factores;

(iii) los encargados de la decisión y, en especial, los jueces, deben abstenerse de volcar en sus decisiones su ideología personal o los últimos desarrollos en economía; en lugar de ello, deben ser leales con las reglas vigentes que hubiere y guardar respeto hacia la voluntad del legislador;

(iv) existe un enorme espacio por transitar desde una regla de la razón desestructurada en la dirección de las reglas, con varias alternativas intermedias que eviten un formalismo extremo; en cuanto dicho tránsito aporte en predictibilidad, certeza y acote la discrecionalidad, es un curso que corresponde seguir para aproximarse al ideal del *rule of law*.

Con todo, si bien estos autores no están solos en la posición crítica ante las consecuencias a las que conduce un funcionalismo excesivo producto de una utilización desestructurada de la regla de la razón⁷²⁹, también hay quienes relativizan las críticas y

⁷²⁹ Crane, p. ej., al concluir su análisis de este dilema, sostiene que la circunstancia que, en el pasado, el derecho antimonopolios estadounidense haya basado sus decisiones en reglas deficientes, no debiera hacernos incurrir en el error de creer que estándares flexibles van a ser siempre superiores a las reglas: ni siquiera un sistema predominantemente basado en estándares puede prescindir de toda regla precisa; históricamente, el acento en las reglas o en los estándares oscila como un péndulo en cada momento en que quedan en evidencia las consecuencias nefastas de alguno de los extremos aplicados a un área específica. Es sólo con un importante número de reglas precisas sobre ilicitud y licitud, definidas con

sostienen que la aplicación de la regla de la razón, en los hechos, cultiva una estructura y permite un importante sustento económico en su aplicación⁷³⁰.

Sin embargo, lo que no es posible hacer es desconocer lo central de esta controversia en los sistemas de derecho de la competencia y su estrecho vínculo con el ideal del *rule*

atención a diversos aspectos del contexto jurídico, que puede atenuarse el trauma de dichas oscilaciones, sostiene. CRANE (2007), pp. 109-110.

Vanberg, en una línea similar a la de Christiansen y Kerber, expresa que, primero, a ‘nivel sub-constitucional’, la aplicación de la economía del bienestar de un modo instrumental (esto es, que las autoridades de competencia decidan los casos funcionalmente a cómo los economistas evalúan los efectos en el bienestar de la conducta respectiva) está en conflicto con la lógica inherente del orden de mercado, a saber, que en tanto sujetos de derecho privado, los participantes en el mercado se encuentran limitados en sus decisiones sólo por reglas negativas que prohíben ciertas conductas pero, fuera de dichas prohibiciones, son libres para ejercer su autonomía privada; segundo, que las razones para las reglas y, en particular, las restricciones cognitivas y de información respecto de una economía compleja que enfrentan los encargados de decidir los casos, junto con el primer fundamento, llevan a inclinarse por una política de competencia basada en reglas en lugar de un enfoque caso-a-caso; y, por el contrario, que los desarrollos teóricos y empíricos de la economía, descriptivos y predictivos, deben ser utilizados a ‘nivel constitucional’ (no necesariamente constitución formal), e incorporados a la mejora continua de las reglas de competencia. VANBERG (2011), pp. 44-71, pp. 60-65.

Wickelgren, por su parte, sostiene que la tendencia general hacia un incremento en el ámbito de conductas y prácticas sometidas a la regla de la razón se funda en una serie de supuestos que no tienen validez general. Así, sostiene que no es efectivo que más evidencia conduzca necesariamente a una decisión más acertada; que no es efectivo que una decisión más acertada genere necesariamente mejores incentivos para conductas socialmente beneficiosas; y que, en los costos administrativos suele considerarse los costos de la litigación, en circunstancias que en la gran mayoría de los casos no hay juicio sino que las partes optan por una salida alternativa. Una corrección a dichos supuestos obligaría a reformular el ejercicio de minimizar los costos para resolver el dilema entre adoptar reglas o estándares, quizás reduciendo el amplio ámbito de conductas sometidas hoy a regla de la razón. Pero, de cualquier modo, los factores centrales a tener presente en el diseño normativo son cómo las opciones por una regla o por un estándar (y la menor o mayor evidencia a evaluar en cada caso), en la medida que predeterminan los resultados probables de los juicios sometidos a una u otro, influyen en los incentivos para demandar o para allanarse a una salida negociada. WICKELGREN (2012), pp. 52-59.

⁷³⁰ Gavil, por ejemplo, ha mostrado que si bien en sus orígenes la regla de la razón en EE.UU. pudo constituir una invitación a plantear una infinidad de argumentos sobre la naturaleza competitiva de una determinada práctica restrictiva, ello ya no es así. En la práctica actual, el análisis según la regla de la razón es bastante estructurado: la demandante primero debe demostrar que la conducta de la demandada tuvo un efecto anticompetitivo. Si lo consigue, la demandada tendrá la carga de demostrar que su conducta tiene beneficios pro-competencia. Sólo si ambas partes han satisfecho sus respectivas cargas probatorias iniciales, el tribunal efectuará una ponderación de los efectos anticompetitivos y pro-competencia. GAVIL (2012), pp. 733 y ss.

*of law*⁷³¹, al punto de haber ocupado no sólo a los autores que aquí hemos referido, sino también al Comité de Competencia de la OCDE. Para este organismo, las normas del derecho de la competencia deben satisfacer los principios del *rule of law*, para lo cual, en su diseño, deben considerarse atributos que promuevan⁷³²:

- la precisión (a objeto de minimizar falsos positivos y falsos negativos);
- la administrabilidad (a objeto que la norma sea de fácil aplicación);
- la consistencia (a objeto de conducir a resultados que sean predecibles);
- la objetividad (a objeto que la norma no sea vulnerable a consideraciones subjetivas de los encargados de decidir);
- un ámbito de aplicación amplio (a objeto de cubrir diferentes contextos y formas de conducta);
- la transparencia (a objeto que la norma, sus objetivos y su aplicación sean comprensibles);

A la hora de utilizar los desarrollos que han sido expuestos con objetivos de análisis y evaluación de un sistema de derecho y política de la competencia en específico, de inmediato surgen preguntas o problemas que pueden ser utilizados como hipótesis de trabajo a ser probadas o falseadas, tales como: ¿se mantiene un exceso de resoluciones caso-a-caso con consideración de todas las circunstancias económicas? ¿ha provisto el sistema un número suficiente de reglas? ¿de qué calidad son las reglas del sistema, están óptimamente diferenciadas?

Pero, además, se abriría la posibilidad de trabajar en la elaboración de un indicador que, con auxilio de herramientas cuantitativas, permita situar en una escala a un

⁷³¹ De la concepción que hemos propuesto, *supra*, los aspectos (i) (capacidad de crear reglas), (ii) (restricción de la discrecionalidad de quien ostenta un poder) y (iii) (niveles de predictibilidad del sistema) están claramente vinculados con las discusiones aquí planteadas.

⁷³² OECD (2005), p. 23.

determinado sistema de derecho y política de la competencia según cuán próximo –o lejano– es el cumplimiento (en cuanto a diseño normativo, dilema formalismo-funcionalismo) con los principios del *rule of law*⁷³³.

Cual sea la metodología de análisis a la que los desarrollos previos sean incorporados, cabrá tener presente que, en todo sistema, en los extremos habrá casos en que se deben aplicar reglas y casos en que no puede sino aplicarse un estándar. En el arte de la decisión se debiera identificar si se está frente a alguno de estos extremos.

Parece lógico entender que si, a pesar de existir una regla cuya aplicación se impone al caso concreto, el juez opta por resolver sobre la base de un estándar que introduce factores de evaluación adicionales a los previstos por dicha regla, sin fundamentar mayormente su opción diferenciadora en la adjudicación, habrá un manifiesto apartamiento del *rule of law*.

⁷³³ Actualmente existen a nivel comparado diversos instrumentos que buscan atribuir calificaciones a la política y derecho de la competencia y los organismos encargados de su aplicación en los diversos países como son la clasificación que elabora anualmente la publicación Global Competition Review (*rating enforcement*); el indicador de efectividad de la política antimonopolios que forma parte de The Global Competitiveness Report que elabora anualmente el World Economic Forum; y los nuevos indicadores sobre derecho y política de la competencia que presentó el Departamento de Economía de la OCDE en el año 2013. De modo más general, cabe mencionar aquí los Worldwide Governance Indicators del Banco Mundial (que incluyen indicadores para ‘*rule of law*’, ‘*regulatory quality*’ y ‘*government effectiveness*’ definidos en términos más amplios de lo que se discute aquí); y otros indicadores de calidad de la regulación de mercados elaborados por la OCDE. Cabe destacar que ninguno de estos instrumentos aborda en específico el grado de predictibilidad o el margen de discrecionalidad de la autoridad en la aplicación del derecho de la competencia que resulta de la opción preponderante por el formalismo o el funcionalismo en el diseño normativo. Esto es así porque en distintas jurisdicciones y en distintas áreas de la política de competencia dentro de cada jurisdicción se valora diferentemente el formalismo o el funcionalismo, por lo que asignar puntuación de modo uniforme en este ámbito es imposible. Por otra parte, la información necesaria para atribuir puntuación a un indicador tal debería considerar los resultados de la aplicación de la ley en los casos, lo que haría el ejercicio en extremo difícil. Es por lo anterior que los indicadores existentes suelen centrarse en el buen diseño de las instituciones encargadas de la aplicación de la política de competencia y otros elementos que permiten inferir su efectividad, siendo muy pocos los criterios de los cuales podría inferirse la calidad de los resultados de su aplicación. Considerando lo anterior, entendemos que la propuesta que hacemos en el texto quizás funciona bien en un plano teórico, pero no es realizable en la práctica.

En el polo opuesto, allí donde no puede resolverse un tipo de materia sino en base a un estándar (p. ej., una conducta eventualmente anticompetitiva totalmente novedosa en el sistema) tratar de imponer una regla simple y precisa podría tornarse en un encadenamiento al encargado de la decisión tanto o más perjudicial para el *rule of law* que la situación inversa y hacer inoperante el carácter de experto que dicho resolutor ostenta. No obstante, la virtud de su decisión estará en brindar a dicho estándar una estructura que permit a a futuro, frente a casos equivalentes, recurrir a ese estándar estructurado y no partir el análisis desde cero.

Sin embargo, el gran desafío no parece estar en dichos extremos, donde el cumplimiento o el apartamiento de los principios del *rule of law* pareciera relativamente más sencillo de identificar, sino que en el deber de los encargados de las decisiones de recurrir a mecanismos intermedios que permitan transitar en la dirección desde los estándares hacia las reglas tales como las presunciones y los ‘puertos seguros’. En cuanto reducen la discrecionalidad, incrementan la predictibilidad y hacen que los resultados de la aplicación dependa más que de los operadores jurídicos, del derecho, el cumplimiento de dicho deber será un avance en el camino del *rule of law*.

4.2.2. Discrecionalidad en promover la aplicación de la ley (*prosecutorial discretion*)

Más allá de la preocupación por la norma sustantiva que utilizan los jueces en la función de adjudicación y, en definitiva, por la discrecionalidad del juez en dicha función, el ideal del *rule of law* también examina la discrecionalidad de la administración.

Los órganos de la administración en general y las autoridades de competencia en particular están dotados de márgenes de discrecionalidad o ejercen potestades discrecionales respecto de determinada materia en todos aquellos casos donde el derecho les otorga cierta libertad para elegir entre diferentes cursos de acción posibles, libertad que ejercen según su propio criterio⁷³⁴. Lo anterior será así cuando ni la legislación en sentido amplio (límite *ex – ante* de la discrecionalidad)⁷³⁵ ni las decisiones de los tribunales (límite *ex – post* de la discrecionalidad) han acotado u orientado el sentido del ejercicio de la potestad⁷³⁶. Por el contrario, el establecimiento de límites por el legislador o el juez puede considerar, por ejemplo, la exclusión de ciertos cursos de acción, el hacer explícitos los objetivos que debe perseguir la autoridad, la determinación por inclusión o por exclusión de qué elementos deben (o no deben) ser considerados en la decisión administrativa, etc.⁷³⁷.

Esta sección trata de la discrecionalidad de las autoridades de competencia, teniendo presente en especial (i) su libertad para elegir los casos para sus investigaciones, esto es, la mayor o menor selectividad que las autoridades imponen y pueden imponer para escoger los casos para la aplicación de la ley, asunto que también es tratado en la literatura bajo la denominación de ‘criterios de priorización de las agencias de competencia’⁷³⁸; y, (ii) su libertad para definir si promover o no una intervención en el

⁷³⁴ WILS (2011) p. 4.

⁷³⁵ Una aproximación conceptual a la discrecionalidad administrativa que se origina por falta (buscada o no) de concreción legislativa, entendida ésta como ‘encomienda o delegación’ del legislador a la administración, en TAPIA y CORDERO (2015), pp. 21-25.

⁷³⁶ *Ibidem*. El que los tribunales no lo hagan puede deberse a que no están facultados para ello (mecanismos de revisión judicial inexistentes o excesivamente restrictivos) o a que, estando facultados, no ejercen dichas atribuciones de control judicial o no desean sustituirse en la decisión de la autoridad.

⁷³⁷ WILS (2011). La distinción entre potestades o actos reglados y discrecionales es tradicional en la doctrina de derecho administrativo. En nuestro medio, SAAVEDRA (2011), pp. 9-15 y 52-62 consigna una revisión. Hoy en día los administrativistas remarcan la inexistencia de extremos puros en esta distinción mostrando que “*en todo acto de contenido discrecional, existen elementos reglados cuya configuración no queda a la libre decisión de la autoridad administrativa.*” *Ibidem*, p. 15.

⁷³⁸ ICN (2010) *passim*

mercado y, en caso afirmativo, su libertad para escoger el instrumento de intervención que considere más idóneo⁷³⁹.

Las aproximaciones conceptuales al *rule of law*, tanto por autores liberales clásicos como por teóricos del derecho⁷⁴⁰, reparan en la discrecionalidad de la administración –ya sea en la aplicación de la ley o en el diseño e implementación de políticas económicas– como una situación de riesgo para dicho ideal. Frente a las complejas realidades que enfrenta el estado moderno, sin embargo, la literatura contemporánea ya sea en la tradición liberal clásica, en teoría del derecho o en derecho de la competencia coincide en que la discrecionalidad de la administración no puede eliminarse del todo, que se debe convivir con ella pero con adecuados mecanismos de controles y contrapesos. A diferencia de lo anterior, lo que está del todo proscrito desde un enfoque de *rule of law* es la discrecionalidad absoluta o ilimitada de la administración: “*La discrecionalidad puede ser más acotada o más amplia, pero es improbable que llegue a ser ilimitada. El rule of law exige que no existan potestades discrecionales ilimitadas al punto de ser potencialmente arbitrarias*”⁷⁴¹.

Hayek, por ejemplo, en un capítulo de CL que lleva por título “política económica y el *rule of law*”, no se opone a la discrecionalidad de los agentes estatales en el cumplimiento de las funciones que el derecho les encomienda. Sin embargo, entiende que ésta se trata siempre de una discrecionalidad limitada. Los límites que Hayek tiene

⁷³⁹ En la taxonomía de tipos de discrecionalidad administrativa que ofrece la doctrina, las referidas parecen subsumirse en las categorías de ‘*discrecionalidad de iniciativa*’ (aquella que permite a la Administración decidir sobre sus prioridades y acciones a emprender) y ‘*discrecionalidad táctica*’ (aquella que permite a la Administración adoptar medidas rápidas y eficaces ante situaciones de hecho que lo ameriten). Una revisión de esta taxonomía en SAAVEDRA (2011), pp. 23-31. Su relevancia radica en que se postulan diversos alcances del control judicial según el tipo de discrecionalidad en que se funda la decisión administrativa impugnada, esto es, mayores o menores grados de deferencia judicial hacia la Administración.

⁷⁴⁰ V. Capítulo 3.

⁷⁴¹ WILS (2011) p. 4.

en mente son el carácter general de las reglas a que se sujeta el ejercicio de las potestades discrecionales y la revisión judicial, es decir, límites de *rule of law*: “*En todas dichas instancias las decisiones provienen de reglas generales y no de preferencias particulares que guían al gobierno de turno ni de alguna opinión sobre la posición en que debe situarse a determinado individuo. Los poderes coercitivos del gobierno aún sirven propósitos generales y atemporales, no fines específicos. El gobierno no debe hacer distinciones de ninguna especie entre personas diferentes. La discrecionalidad que se le confiere al gobierno es una discrecionalidad limitada en el sentido que el agente ha de aplicar el sentido de una regla general. El que esta regla no pueda estar libre de toda ambigüedad en su aplicación es una consecuencia de la imperfección humana. No obstante, el asunto sigue siendo el de la aplicación de una regla, lo que se muestra por el hecho que un juez independiente, que de manera alguna representa los particulares deseos o valores del gobierno o de la mayoría del momento, será capaz de decidir no sólo si acaso la autoridad –jurídicamente– pudo actuar, sino además si acaso el derecho le exigía hacer exactamente lo que hizo*”⁷⁴².

En situaciones donde este tipo de límite no está presente, ya es posible intuir una serie de problemas desde la perspectiva del *rule of law*⁷⁴³. Pero adicionalmente conjugadas con una norma sustantiva imprecisa –un estándar de una vaguedad tal como una ‘regla de la razón’ desestructurada– tales situaciones se vuelven especialmente complejas y demasiado próximas al extremo de una discrecionalidad ilimitada. En un escenario semejante, la doctrina ha identificado problemas tales como mayores incentivos en favor de acciones de *lobby* y otros comportamientos de búsqueda de rentas; una selectividad en la aplicación de la ley que no se basa en criterios objetivos, sino que es sesgada en favor de intereses empresariales, políticos o personales del encargado de la aplicación; casos de manifiesta falta de aplicación de la ley por la

⁷⁴² HAYEK [1960], (2006), pp. 197-198.

⁷⁴³ *Ibidem* pp. 210-216.

imposición política o por acuerdos de no ejercer acciones administrativas; y diferentes tipos de distorsiones que el poder económico de las empresas objeto de la aplicación del derecho es capaz de imponer⁷⁴⁴.

En el extremo opuesto a aquél de una discrecionalidad ilimitada, la ausencia de todo margen de discrecionalidad podría describirse del siguiente modo. Privar de discrecionalidad a la autoridad de competencia implicaría que la legislación o lo resuelto por los tribunales de justicia han fijado con detalle: (i) qué casos puede la autoridad de competencia llevar adelante de oficio o a qué sectores puede destinar recursos para estudios de mercado u otras acciones de promoción de la competencia; (ii) en qué situaciones puede legítimamente dejar de investigar denuncias que le han sido presentadas; (iii) en base a qué criterios y procedimientos debe fijar periódicamente sus prioridades en la aplicación de la ley; (iv) cuáles son las normas de procedimiento y garantías a las que debe rigurosamente sujetarse al momento de conducir sus investigaciones; (v) cuándo puede utilizar sólo parte de las conductas que la investigación ha establecido como ilícitas en un caso (y no todo el conjunto) para fundar sus acciones; (vi) qué cursos de acción o instrumentos de intervención taxativamente determinados puede seguir la autoridad una vez concluidas sus investigaciones. En la práctica, una situación semejante implicaría que la autoridad carece de una mínima independencia en la administración de sus recursos y que la calidad de experto de quien(es) la dirige(n) carece de relevancia al no existir un mínimo ámbito de libertad de actuación donde volcar el saber experto. Tal escenario podría traducirse en una excesiva inflexibilidad para la autoridad y hacerle aún más difícil la administración de la política de competencia. En último término, lo anterior podría implicar un sacrificio en cuanto a efectividad de la política de competencia y repercutir tanto en el *rule of law* como en el buen funcionamiento de la competencia en los mercados.

⁷⁴⁴ STUCKE (2009) pp. 172-182. MARSHALL (2010) *passim*

La resolución al dilema de situar el punto medio entre los extremos de una discrecionalidad ilimitada y la ausencia de todo margen de discrecionalidad pasa por la identificación de límites y controles razonables existentes o que sea necesario implementar⁷⁴⁵. La evaluación de la razonabilidad de dichos límites y controles, a su vez, requiere la consideración de los argumentos en favor y en contra de mayores márgenes de discrecionalidad en el ámbito de las potestades administrativas de que se trate.

Restringiendo el análisis a las actuaciones discrecionales que aquí se tiene en cuenta, vale decir, la libertad de la autoridad en la selección de los casos a investigar y su libertad en la determinación de si promover o no una intervención en el mercado y, en caso afirmativo, la selección del instrumento, los siguientes seis argumentos en torno a amplios márgenes de discrecionalidad merecen consideración.

Primero, la misma circunstancia de la textura abierta de las normas sustantivas del derecho de la competencia –que autores como Stucke asocian con los riesgos más graves para el *rule of law*⁷⁴⁶– lleva a sostener a otros autores que ella impone a la autoridad la necesidad de actuar selectivamente para excluir de la aplicación de la ley los casos ‘anómalos’, vale decir, casos en los que la aplicación de la ley a su respecto implicaría

⁷⁴⁵ Para el mecanismo del control judicial de la discrecionalidad, se resume por Saavedra que éste debe “situarse en un justo equilibrio que evite dos posiciones extremas que hoy no resultan doctrinaria ni jurisprudencialmente admisibles. En efecto, por una parte, como expresa MUÑOZ MACHADO, no es posible entender que la Constitución limite el control judicial de la actividad administrativa, porque eso supondría aceptar que la Administración está por sobre la ley y el Derecho; pero, por otra parte, los tribunales en el ejercicio de su función no pueden incurrir en excesos en nombre de supuestos principios constitucionales interpretados con ligereza o para la ocasión, porque ello supondría una ilegítima sustitución de la Administración y un desplazamiento de la ley que ha otorgado a la Administración y no a los tribunales la atención de determinadas tareas de interés general”. SAAVEDRA (2011), pp. 4-5.

⁷⁴⁶ V. *supra* 4.2.1.

una manifiesta sobre-inclusión o exceso de aplicación del derecho⁷⁴⁷. No obstante, defender un ámbito de discrecionalidad que permita a la autoridad actuar selectivamente con el fin de evitar la sobre-inclusión, no debería servir para defender algo del todo diferente como sería una práctica sistemática de no aplicación de alguna categoría de normas o una situación que, en los hechos, implique exenciones de sectores o conductas de la aplicación del derecho. Esto último sería una usurpación de funciones legislativas o pondría en evidencia un comportamiento negligente de la autoridad en el cumplimiento de sus deberes. En efecto, al definir sus prioridades en la aplicación de la ley, la autoridad de competencia debe guardar respeto hacia la voluntad del legislador⁷⁴⁸.

Segundo, márgenes de discrecionalidad permiten a la autoridad determinar si acaso los beneficios esperados de la investigación y eventual intervención excederán o no sus costos públicos y privados esperados, siendo que es ella la mejor posicionada para efectuar una evaluación tal. Cabe tener presente en dicha evaluación que los beneficios esperados pueden ir en provecho tanto del mercado objeto de la actuación de la autoridad como de objetivos más allá de dicho mercado tales como la clarificación de algún punto obscuro del derecho (efecto precedente) o la disuasión de actuaciones anticompetitivas respecto de actores en otros mercados (efecto prevención general)⁷⁴⁹. No obstante, la única manera de determinar si las proyecciones de beneficios y costos fueron acertadas es hacer evaluaciones *ex – post* de las intervenciones, lo que constituye una buena práctica que se promueve para las autoridades de competencia pero que

⁷⁴⁷ WILS (2011), p. 26. Dado que el tema de la aplicación prudencial de las normas se encuentra entre las concepciones sobre *rule of law* de autores liberales clásicos (p. ej. A. Smith, *supra* 3.2.2), el argumento en favor de la discrecionalidad para evitar problemas de sobre-inclusión iría de la mano con dichas concepciones de *rule of law*.

⁷⁴⁸ WILS (2011) p. 26, con referencia a la sentencia del TJUE de 04.03.99, caso C-119/97 P, *Ufex v Commission*. MARSHALL (2010), *passim*.

⁷⁴⁹ WILS (2011), p. 27.

presenta importantes dificultades metodológicas y de costos⁷⁵⁰. No se trata de establecer que todas las proyecciones hayan sido coincidentes con los resultados posteriores a la intervención, pero sí de identificar una incidencia anormal de proyecciones que sobreponderaron los beneficios y/o sub-ponderaron los costos de la actuación administrativa (sobre-aplicación del derecho), o bien, que sub-ponderaron los beneficios y/o sobreponderaron sus costos (sub-aplicación del derecho).

Tercero, mayor discrecionalidad de la autoridad de competencia le permite una gestión más autónoma de los recursos limitados que le son asignados. El argumento de la suficiencia/insuficiencia de los recursos que han sido asignados a la autoridad para que ésta acometa sus funciones descansa en ciertos aspectos del contexto en que se formula. Así, por ejemplo, cabe considerar la regulación presupuestaria, en particular, la vinculación o no de parte significativa del presupuesto total asignado a estándares de desempeño previamente acordados o las posibilidades de ajustes al alza o a la baja durante la ejecución presupuestaria o los márgenes de libertad permitida para efectuar reasignaciones entre partidas presupuestarias. Con idéntico propósito, cabe tener en cuenta los factores que inciden tanto en el número de casos nuevos que ingresan al conocimiento de la autoridad como en el número de casos que componen el *stock* total de casos en actual tramitación. Lo anterior equivale a la consideración de los incentivos que tienen las víctimas y terceros interesados para presentar denuncias, los incentivos de los funcionarios para acciones de detección y generación de casos de oficio, y las facultades de la autoridad para dar pronto término a determinados casos que carecen de relevancia. La respuesta convencional a las (mayores o menores) restricciones presupuestarias de las agencias de competencia es el establecimiento de criterios de atribución de prioridades fruto de un proceso interno y coherente con los objetivos

⁷⁵⁰ El Comité de Competencia de la OCDE ha desarrollado desde el año 2013 trabajos orientados a mejorar las prácticas de las autoridades de competencia sobre evaluación del impacto de sus actuaciones. Una descripción de estos trabajos y sus materiales se encuentra disponible aquí: [en línea] <<http://www.oecd.org/daf/competition/evaluationofcompetitioninterventions.htm>>

institucionales definidos en la planificación estratégica de la organización. Se ha afirmado que la definición de prioridades (*prioritisation*) es “*el proceso de traducir los objetivos estratégicos en prioridades operacionales [...] implica decidir qué proyectos o tipos de proyectos no ejecutar y qué proyectos o tipos de proyectos ejecutar [...] por medio de la definición de prioridades, las agencias destinan recursos, tiempo y energía a aquellos proyectos que consideran más relevantes para el logro de los objetivos establecidos en el plan estratégico de la agencia*”⁷⁵¹. La definición de prioridades no se vincula sólo con la eficiente administración de recursos escasos⁷⁵² sino además con el alineamiento organizacional entre los objetivos estratégicos y los productos generados por la agencia como, asimismo, con el diseño de un portafolio equilibrado de instrumentos para la actuación de la autoridad, esto es, una combinación óptima entre aplicación efectiva de la ley, acciones de promoción, investigación y desarrollo, elaboración de guías y lineamientos, respuestas a consultas, acciones de divulgación y educación a consumidores y empresas, etc⁷⁵³. La efectiva implementación de las prioridades definidas pasa por su comunicación al interior de la organización y su eventual comunicación a usuarios externos⁷⁵⁴ y, por la revisión periódica de si los proyectos sobre los cuales se está trabajando mantienen o no su calificación en el grado

⁷⁵¹ ICN (2010), p. 28.

⁷⁵² “*Provee un mecanismo para que las agencias asignen recursos a los proyectos más relevantes en un contexto de recursos limitados. En efecto, sin excepción, siempre hay más proyectos potenciales que las agencias podrían ejecutar –investigaciones, acciones de promoción, o estudios– que recursos disponibles para llevarlos a cabo*”. *Ibidem*, p. 29.

⁷⁵³ *Ibidem* pp. 28-29.

⁷⁵⁴ *Ibidem* pp. 34-35. Sobre la comunicación externa hay buenas razones tanto para hacerla como para no hacerla, indica el documento de la ICN. La comunicación de las prioridades definidas a usuarios externos brinda mayor transparencia y reduce la opacidad e incertidumbre que podría existir sobre el actuar de las agencias de competencia; contribuye a construir relaciones más sólidas entre las autoridades de competencia y diferentes grupos de interesados; facilita la generación de una red de aliados de las agencias en la promoción de una cultura de competencia; y, permite evaluar la calidad de las actuaciones desde el punto de vista de su coherencia con las prioridades definidas. No obstante, para la agencia este tipo de comunicación podría ser contraproducente: revelar demasiado sobre prioridades actuales o futuras sobre industrias o conductas en específico podría otorgar señales inapropiadas a las empresas que las lleve a destruir u ocultar evidencia sobre posibles ilícitos. Asimismo, la agencia podría estar generando expectativas que, frente a un cambio de prioridades podrían verse frustradas, afectando la credibilidad y reputación de la agencia.

de prioridad correspondiente y tienen o no asignados los recursos que dicha calificación amerita⁷⁵⁵. En base a lo expuesto, favorecer la discrecionalidad de la autoridad fundándose en permitir una autónoma administración de los recursos escasos que le son asignados, tampoco es un argumento en favor de una discrecionalidad absoluta, sino que la mirada debe dirigirse, entre otros, a lo razonable de los convenios presupuestarios de desempeño institucional y a lo razonable de las definiciones de prioridades incluyendo la implementación y cumplimiento efectivo de éstas.

Una cuarta consideración al momento de determinar el margen de discrecionalidad con el que debe contar la autoridad de competencia es que debido a restricciones a la selectividad de los casos iniciados por denuncia (p.ej. el deber legal de iniciar investigaciones en todos ellos) y a la circunstancia de seguir en exclusiva una estrategia reactiva, la autoridad, en los hechos, podría estar concentrando sus recursos exclusivamente en casos menos importantes desde el punto de vista de los objetivos institucionales. Así, por ejemplo, el que las víctimas de un abuso de posición dominante de exclusión identifiquen los hechos y los presenten como una denuncia a la autoridad es mucho más probable que lo que víctimas de una colusión pueden llegar a hacer en igual sentido. Del mismo modo, si la autoridad descansare exclusivamente en la auto-denuncia o ‘delación compensada’ para la detección de casos de colusión ella podría estar centrando la atención excesivamente en colusiones menos estables y dejando fuera del radar de la persecución a colusiones más estables⁷⁵⁶. La autoridad de competencia no debería tener la libertad para permanecer en una situación de ineficiencia productiva semejante. Por el contrario, este problema se podría evitar conjugando, por una parte,

⁷⁵⁵ *Ibidem* pp. 33-34. Las modificaciones en la prioridades, indica el documento de la ICN, pueden estar motivadas por cambios políticos, por cambios en el escenario macroeconómico, por cambios en la estructura de las industrias o en conductas de sus empresas, por la evidencia recopilada producto de investigaciones, por cambios en el presupuesto de la agencia, o por el ingreso de nuevos casos cuyo posible impacto amerita atribuirles prioridad por sobre aquello que era prioritario hasta entonces.

⁷⁵⁶ WILS (2011), p. 28

adecuados grados de discrecionalidad en la selectividad para permitir a la autoridad deshacerse rápidamente de casos que efectivamente sean menos importantes con, por la otra, incentivos eficaces para motivar una proporción importante de proactividad en la actuaciones e iniciación de investigaciones de oficio por parte de la autoridad.

Un quinto argumento en favor de mayores márgenes de discrecionalidad suele sostener que es la autoridad la que se encuentra mejor posicionada para definir qué estrategia de aplicación de la ley permitirá aproximarse más a una ‘disuasión óptima’ de conductas constitutivas de ilícitos contra la competencia. La literatura económica sobre el castigo sostiene que en el cálculo de costos vs. beneficios esperados por la comisión de un ilícito el futuro infractor considera como costo de la sanción el valor nominal de la sanción esperada (p. ej. el promedio o la mediana de las multas impuestas en el pasado reciente por conductas similares) dividido por la probabilidad de detección y efectiva persecución y condena⁷⁵⁷. De este modo, la disuasión óptima, esto es, que para los infractores los costos esperados de incurrir en ilícitos anulen los beneficios esperados de

⁷⁵⁷ Ésta, que se conoce hoy como la ‘regla de Becker’ ha sido formalizada en el siguiente sentido: si los costos de hacer cumplir la ley son iguales a cero y existe información completa y simétrica, el nivel óptimo de disuasión se obtiene al fijar la sanción efectiva (S) y la estimación de probabilidades de ser detectado y condenado (a) en un nivel tal que la sanción esperada ($S*a$) sea igual al daño social (H), esto es: $S*a = H$. Es sólo de este modo que una conducta socialmente ineficiente (el beneficio del infractor (G) es inferior al daño social) no será ejecutada, pues al ser la sanción esperada superior a la ganancia prevista ($S*a > G$), la expectativa de resultados será negativa y, por tanto, desde un punto de vista de maximización de beneficios, incumplir la ley no sería racional. Por el contrario, aún con incumplimiento de la ley, se seguirán ejecutando aquellas conductas socialmente eficientes (el beneficio del infractor es superior al daño social) pues al ser la sanción esperada inferior o igual a la ganancia prevista ($S*a \leq G$), la expectativa de resultados será positiva y, por tanto, desde un punto de vista de maximización de beneficios, incumplir la ley sí sería racional. BECKER (1968). BUCCIROSSI *et al* (2009), pp. 4-5. La ‘regla de Becker’ busca entonces la internalización por los potenciales infractores de los costos sociales de sus acciones y lleva (en un escenario sin costos de hacer cumplir la ley y con información completa) a la disuasión de toda conducta socialmente ineficiente pero sólo aquellas que así lo sean. De este modo, el cumplimiento de la ley vigente, como un valor en sí mismo, resulta indiferente. Si la ley tipifica como infracciones conductas socialmente ineficientes se requiere sanciones suficientemente disuasivas que efectivamente internalicen los costos sociales de dichas conductas. Pero si la ley tipifica como infracciones conductas socialmente eficientes, se requiere de sanciones bajas para incentivar su cumplimiento ‘racional’ o, derechamente, promover su modificación o derogación. Lo anterior evidencia un manifiesto dilema entre la maximización de la riqueza y los valores político-democráticos que sustentan el cumplimiento de las leyes vigentes, aún de aquellas ineficientes.

ello⁷⁵⁸, puede alcanzarse igualmente por diferentes combinaciones alternativas entre niveles de sanciones y grados de probabilidad de detección y condena, teniendo a la vista los beneficios que normalmente obtienen los infractores. Con dicho propósito, las autoridades de competencia estarían constantemente buscando y definiendo la combinación más apropiada para alcanzar la disuasión óptima entre los extremos de, por una parte, perseguir pocos casos con grandes efectos de bienestar y la imposición de muy elevadas sanciones⁷⁵⁹ y, por la otra, perseguir casos con mayor frecuencia, con disímiles efectos de bienestar y diferentes niveles de sanciones⁷⁶⁰. El margen de libertad en la definición de la estrategia adoptada por cada autoridad aquí debería tener por contrapeso algún sustento en evidencia empírica del contexto en el que actúa, ya que la combinación necesaria para alcanzar la disuasión óptima en una jurisdicción podría ser diferente de la idónea para otra, y la experiencia muestra que en una misma jurisdicción la estrategia varía a través del tiempo⁷⁶¹. Una autoridad que en esta materia actúa con

⁷⁵⁸ La literatura económica distingue entre disuasión general –la ya referida– y disuasión especial, entendida ésta como la inhibición de incurrir en nuevas conductas ilícitas o socialmente ineficientes con posterioridad a la primera intervención persecutoria de la autoridad, esto es, el cambio de comportamiento motivado por la aplicación efectiva de la ley. Distingue también entre disuasión óptima –explicada anteriormente– y disuasión excesiva. Bajo este último concepto, consistentemente con lo expuesto en nota anterior, se hace referencia a aquellas situaciones en que el marco legal y la experiencia de su aplicación efectiva desincentiva a los agentes a ejecutar acciones socialmente eficientes (p.ej. leyes que castigan con elevadas sanciones conductas socialmente eficientes). V. BUCCIROSSI *et al* (2009), pp. 5-6.

⁷⁵⁹ BECKER (1968).

⁷⁶⁰ WILS (2011), p. 29. Wils explica que el sesgo de disponibilidad que nos lleva a estimar frecuencia y probabilidad de un suceso –como la posible detección de un ilícito– atribuyendo mayor ponderación a la información más a mano, sí podría ser consistente con una estrategia de ‘pocos casos – con grandes efectos de bienestar – muy elevadas sanciones’, ya que su mayor publicidad, los hará más recordables por los agentes relevantes. Sin embargo, el mismo sesgo podría hacer más eficiente una persecución más frecuente de un mayor número de casos que sean efectivamente comparables por los agentes relevantes lo que incrementará en éstos sus estimaciones sobre probabilidades de ser detectado y condenado. Por otra parte, la imposición de muy elevadas sanciones, en especial su incremento progresivo a partir de casos y no a partir de cambios en las reglas, podría superar la capacidad de pago del infractor forzando su salida del mercado con un riesgo de mayor concentración en el mismo, podría vulnerar criterios de proporcionalidad y podría infringir el principio de *rule of law* de tratar casos iguales del mismo modo.

⁷⁶¹ GHOSAL y SOKOL (2014), p. ej., identifican tres períodos en la aplicación efectiva de la ley contra los carteles duros en EE.UU: (i) una etapa previa a 1980, con un número de carteles perseguidos relativamente escaso, y con muy bajas sanciones en multas y en períodos de privación de libertad; (ii) el período que va de 1980 a 1995, con un incremento en el número de casos de carteles perseguidos, no así de los montos de las sanciones o períodos de cárcel; y, (iii) la situación actual en que el número de casos

absoluta discrecionalidad podría estar siguiendo una estrategia no apropiada para la realidad que enfrenta y de ello podría derivarse un manifiesto y significativo apartamiento de la disuasión óptima, una forma de sub-aplicación o sobre-aplicación del derecho y de afectación del *rule of law*⁷⁶².

Finalmente, Wils sostiene, la autoridad de competencia, con mejor conocimiento del estado actual de la aplicación del derecho de la competencia en diferentes sectores está mejor posicionada para inhibirse del conocimiento de un asunto cuando estima que una autoridad diversa (de competencia, de protección de consumidores, de sectores regulados), o bien, la aplicación privada del derecho de la competencia, brindarán

es relativamente menor a la segunda etapa, pero en que ha habido muy significativos incrementos en los montos de las multas y los períodos de cárcel. Para los autores, estos cambios evidencian modificaciones en las prioridades de las autoridades y la constante búsqueda por una óptima aplicación de la ley.

⁷⁶² Una digresión acerca de la relación entre ‘disuasión óptima’ y el tipo de instrumento a utilizar parece oportuna. Tradicionalmente, la aplicación efectiva de la ley de competencia (*competition law enforcement*) se percibe como una actividad retrospectiva al ejecutarse y que, una vez ejecutada y en una mirada prospectiva, persigue una disuasión óptima. La herramienta alternativa o complementaria del fomento de la competencia (*competition advocacy*) –en el sentido estricto de promover reformas pro-competencia– en cambio, suele considerarse como una actividad prospectiva, de solución de raíz al problema de competencia, hacia lo futuro. Pero ni la literatura sobre disuasión óptima ni aquella sobre los determinantes del cumplimiento suelen incluir la ‘amenaza de actividad regulatoria pro-competencia’ entre sus análisis. La literatura sobre oligopolio la refiere vagamente. No obstante, determinar cuánto influye la amenaza de reformas regulatorias pro-competencia en la disuasión/cumplimiento podría ser importante, en especial, en un contexto donde las autoridades recurren cada vez más al fomento de la competencia de modo *alternativo* al *competition law enforcement*, una característica –esta última– de lo que se denomina ‘*regulatory antitrust*’. Es posible que la percepción sea que la actividad regulatoria (no vinculante) promovida desde las autoridades de competencia es una amenaza tan poco creíble (p. ej., por la posibilidad de ejercer *lobby* en diversas instancias previas a que la regulación se concrete) que su impacto en disuasión/cumplimiento es insignificante. Si esto fuera así, al escoger esta herramienta alternativa, ¿las autoridades de competencia estarán perjudicando o favoreciendo la óptima disuasión/cumplimiento? De este modo, la literatura en la tradición de la ‘disuasión óptima’ debiera considerar el abanico de instrumentos de intervención a disposición –no sólo la aplicación efectiva de la ley– entendiendo el cambio regulatorio pro-competencia como una forma de sanción pero con probabilidad muy baja que se concrete, vale decir, con un efecto disuasivo relativamente menor. CLOUGHERTY *et al* (2015) pp.7-8, al evaluar empíricamente la capacidad disuasiva de la política europea de control de fusiones, muestran que “*el marco metodológico de la literatura sobre la economía del crimen provee una base sólida para un análisis específico de los efectos disuasivos vinculados a los diferentes instrumentos de la política de control de fusiones de la UE*”. Ahora, desde el punto de vista de la discrecionalidad de la autoridad para elegir entre los instrumentos de aplicación efectiva de la ley vs. aquellos de fomento de la competencia, las relativas efectividad y eficacia de estos últimos sin duda serán determinantes en su evaluación desde una perspectiva de disuasión óptima.

soluciones apropiadas a la controversia que se sometió preliminarmente a su conocimiento⁷⁶³. Si el legislador restara aquí todo margen de flexibilidad a la autoridad, muy probablemente incurriría en un error. Las posibilidades de inhibición deben adaptarse continuamente a los desarrollos sobre aplicación del derecho de la competencia y a lo que sucede en otros sectores normativos, y es una cuestión que debe considerarse en el buen uso de los recursos de la autoridad, todo ello a una velocidad que la tramitación legislativa no permite. Pero, al igual que con el argumento de evitar la sobre-inclusión, el margen de discrecionalidad para inhibirse del conocimiento de un asunto por existir una solución alternativa fuera de la aplicación efectiva de la ley de competencia por iniciativa pública, no debe transformarse en algo del todo diferente como sería la inhibición sistemática del conocimiento de problemas de competencia donde las soluciones alternativas no llegan a ser más que malos sucedáneos.

Revisados los principales argumentos sobre la discrecionalidad de la autoridad de competencia, teniendo en mente las materias que se indicó, a continuación se expone (i) el marco que el análisis económico brinda para abordar la discrecionalidad en la persecución de ilícitos; y, (ii) los límites, controles y contrapesos posibles para evitar que la discrecionalidad de la autoridad de competencia abra paso a la ilegalidad, la arbitrariedad y el abuso. A modo de conclusión de esta sección, una síntesis refiere los riesgos manifiestos para el *rule of law* en las materias aquí consideradas.

(i) El análisis económico de la discrecionalidad en la persecución de ilícitos ofrece diferentes modelos que han arribado a conclusiones discrepantes en cuanto a aumentar o restringir la discrecionalidad del persecutor. A partir de los trabajos de Landes⁷⁶⁴ y, más tarde, Easterbrook⁷⁶⁵, que configuraron el marco teórico del persecutor ‘eficiente’

⁷⁶³ WILS (2011), p. 30.

⁷⁶⁴ LANDES (1971)

⁷⁶⁵ EASTERBROOK (1983)

(procurador general, fiscal, etc.) se diseminó ampliamente la noción de que su eficiencia descansa en la concesión de amplios márgenes de discrecionalidad en la selección de casos y que, por el contrario, un régimen que minimiza dicha discrecionalidad y obliga a llevar todos los casos a juicio está condenado a la ineficiencia⁷⁶⁶. Dicha concepción ha sido puesta en entredicho por Garoupa⁷⁶⁷ a partir de un modelo que sostiene que la conclusión sobre el punto es dependiente del marco institucional en el que se desenvuelve el persecutor y, particularmente, de la medida en que dicho marco permite la existencia de un persecutor excesivamente averso al riesgo y/o un persecutor cuyo desempeño está demasiado protegido de evaluaciones independientes. Si esta última es la situación, sostiene Garoupa, imponer la obligación al persecutor de llevar todos los casos a juicio resulta más eficiente que el restringido universo de casos a que conduciría una selectividad discrecional⁷⁶⁸.

(ii) En cuanto a los límites, controles y contrapesos posibles, los académicos de derecho administrativo probablemente sean quienes de modo más general han buscado aproximarse a los problemas de la discrecionalidad administrativa, en especial, con el estudio de su control mediante los mecanismos de revisión judicial y el contencioso administrativo⁷⁶⁹. Está fuera de los alcances de este trabajo profundizar en los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que buscan acotar los excesos y desvíos en el ejercicio de potestades administrativas discrecionales en sede judicial⁷⁷⁰. En cambio, lo que esta

⁷⁶⁶ Si bien se trata de modelos desarrollados fundamentalmente a partir del análisis de la persecución penal, sus elementos de razonamiento parecen extrapolables a los ilícitos del derecho de la competencia.

⁷⁶⁷ GAROUPA (2008)

⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 9. El autor sostiene que dado que el marco institucional importa en cuanto a tener persecutores aversos al riesgo en mayor o menor grado, la obligación de llevar todos los casos a juicio, prevaleciente en jurisdicciones de derecho continental, podría ser tan adecuada como la selectividad discrecional en la persecución, preponderante en países de *common law*.

⁷⁶⁹ En el medio nacional, SAAVEDRA (2011) ofrece un buen panorama descriptivo.

⁷⁷⁰ Una revisión doctrinaria general ('las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa') y jurisprudencial para el período 1990-2006 se encuentra en SAAVEDRA (2011), capítulos III y IV. A nivel comparado, las decisiones de las autoridades de competencia de no iniciar investigaciones tienen un control judicial prácticamente inexistente (EE.UU.), o bien, muy limitado (U.E.). WALLER y MARSDEN

breve referencia se propone es ofrecer un mapa más amplio de mecanismos institucionales de limitación de los riesgos de una excesiva discrecionalidad de la autoridad de competencia en el ámbito que ha sido precisado, mapa dentro del cual la revisión judicial y dichos criterios doctrinarios y jurisprudenciales constituyen uno más de entre varios mecanismos⁷⁷¹. Es posible distinguir entre mecanismos internos y externos a la autoridad de competencia.

Entre otros, mecanismos internos a considerar serán: (1) si la estructura interna del organismo garantiza adecuados mecanismos de control de la discrecionalidad del superior, tales como la revisión de pares, abogados del diablo, consejos de asesores, etc.; (2) si al adoptar decisiones sobre investigar o no, sobre si ejecutar acciones o no, o sobre la elección del instrumento, se tratan éstas de decisiones suficientemente fundadas en criterios pre-establecidos o reglas o si, por el contrario, se resuelve sólo en base a los méritos de cada caso; (3) si las rendiciones de cuentas del organismo incluyen o no evaluaciones objetivas e imparciales sobre las decisiones adoptadas en el período.

Entre otros, mecanismos externos a considerar serán: (1) si la asignación presupuestaria de la autoridad provee una estructura de incentivos idónea para acotar la discrecionalidad; (2) si existen o no mecanismos de revisión o control judicial efectivos; (3) si existen o no institutos eficaces en promover la aplicación de la ley por privados (*private enforcement*)⁷⁷²; (4) si la aplicación pública de la ley está centralizada o

(2009), pp. 73, 78. TAPIA y CORDERO (2015) sostienen la tesis de la necesaria definición en conjunto del asunto ‘orgánico’ de la composición del órgano de control judicial y del asunto ‘sustantivo’ sobre el ámbito de revisión, y defienden la reducción de este último mientras más generalista sea la composición del órgano revisor. Su análisis es pertinente aquí para definir qué órgano sería el más idóneo para revisar las decisiones discrecionales de la FNE sobre las materias aquí consideradas.

⁷⁷¹ Lo que sigue se inspira, de modo general, en la literatura sobre gestión estratégica a partir de PORTER [1980] (1998) y, de modo especial, en MARSDEN (2009).

⁷⁷² En este sentido, Waller nota que el amplio margen de discrecionalidad que tienen las autoridades en EE.UU. no es problema toda vez que el *private enforcement* establece un contrapeso importante a la

descentralizada; (5) si un mal uso de la discrecionalidad impactará o no la reputación de la persona que sirve el cargo superior de la autoridad en la comunidad profesional y en los *rankings*; (6) si el mal uso de la discrecionalidad repercutirá o no en la oferta de talento profesional para la respectiva autoridad.

Finalmente, luego de estas breves referencias a una mirada más amplia al problema de la discrecionalidad de la autoridad de competencia, queda por sintetizar cuándo se estará frente a riesgos manifiestos para el *rule of law* producto de ella.

Uno de los principales riesgos será que ya sea en la selección positiva o negativa de los casos a investigar en profundidad, o en la decisión de promover o no una intervención o, en caso afirmativo, en la elección del tipo de instrumento a utilizar, la autoridad actúe de manera sesgada, esto es, guiada por motivaciones ajenas a los méritos del caso, evaluados de conformidad con criterios pre-establecidos. Desde el punto de vista del *rule of law*, si ésta fuera la situación, las consecuencias asociadas a los hechos no quedarían determinadas por la aplicación de una regla de derecho sino más bien por la voluntad de la persona que sirve el cargo de autoridad⁷⁷³.

eventual desidia gubernamental, contrapeso muy débil o inexistente en otros sistemas. WALLER y MARSDEN (2009), p. 73.

⁷⁷³ Wils afirma que frecuentemente se sostiene por las grandes empresas la existencia de un sesgo de las autoridades y sus funcionarios hacia establecer la existencia de un ilícito una vez que han avanzado las investigaciones y a no ponderar igualmente evidencia o razones en contrario. Explica que, para establecer si la actuación sesgada que ha tenido lugar en uno o más casos determinados constituye una práctica habitual de la autoridad, o si, por el contrario, el diseño institucional blindará razonablemente bien al sistema de este riesgo, pueden adoptarse dos enfoques de análisis. Por una parte, sugiere atender al sentido en que son modificadas las decisiones de la autoridad administrativa cuando ellas son objeto de control judicial y las explicaciones posibles para tales modificaciones. En efecto, ello puede aportar una teoría no sólo sobre la existencia del referido sesgo, sino indicar también una posible sobre-aplicación o sub-aplicación del derecho por los organismos cuyas decisiones son objeto de control judicial. Por la otra, en base a la literatura sobre sesgos cognitivos en las decisiones (economía del comportamiento), sugiere evaluar los posibles impactos que en el comportamiento de los funcionarios y superiores de las autoridades de competencia pueden tener el sesgo de confirmación (privilegiar la evidencia que confirma las creencias), el sesgo retrospectivo (modificar las predicciones una vez que se han conocido los

Así, por ejemplo, el superior de una autoridad persecutora excesivamente averso al riesgo podría buscar asegurar la probabilidad de ganar todos los casos. Una alta tasa de confirmaciones de las decisiones de la autoridad administrativa, sin embargo, no sólo muestra lo acertada de ellas sino que al mismo tiempo podría estar dando cuenta de una sub-aplicación de la ley.

En la misma línea, si la elección de un tipo de instrumento (p.ej. uno regulatorio en lugar de uno de aplicación de la ley) no está claramente basada en la superioridad en costo-efectividad y en eficacia, predeterminada para casos semejantes por un criterio o una regla, la predictibilidad del sistema y una aplicación óptima del derecho podrían estar en juego.

En definitiva, no parece fácil precisar de modo general cuándo el *rule of law* se verá afectado por la discrecionalidad de la autoridad de competencia en los ámbitos que se ha tenido en cuenta. No obstante, y con apego al concepto de *rule of law* aquí adoptado, cada vez que frente a estas decisiones administrativas la autoridad de competencia, en lugar de basarse en criterios o reglas pre-establecidos, vaya resolviendo caso a caso, cada vez que ponga en juego la predictibilidad del sistema o cada vez que sus actuaciones se traduzcan en excesos o déficits en la aplicación de la ley de competencia, habrá buenas razones para pensar en menoscabos para el *rule of law*⁷⁷⁴.

De este modo, una mirada deontológica y no instrumental de las reglas, de la predictibilidad y del valor de la aplicación prudente y efectiva de la ley plantea un matiz en contraste con la literatura sobre regulación económica, para la cual la precisión de las

resultados), o la necesidad de justificar los esfuerzos pasados, de mostrar una eficiente inversión de los recursos o de hacer visible un número importante de actividades. WILS (2005) pp. 161-171.
aisladas (los casos anómalos existen en todo sistema), sino que frente a un número significativo de casos, demostrativo de una tendencia.

reglas constituye sólo una alternativa entre diversos instrumentos⁷⁷⁵ y la ley justifica ser aplicada sólo hasta donde los costos de su aplicación superan los beneficios sociales de ello⁷⁷⁶. Es la perspectiva de *rule of law*, en mayor medida que la regulatoria, la que lleva a contener la excesiva o insuficiente actuación de la autoridad de competencia.

4.2.3. Otras cuestiones y problemas

Sin que haya sido posible abordar en detalle aquí las siguientes materias y, a partir del estudio sobre el uso de reglas y estándares y la discrecionalidad de las autoridades de competencia, durante esta investigación se revisó bibliografía extranjera que consigna como cuestiones y problemas de *rule of law*:

- (i) El abuso en la utilización de salidas alternativas;
- (ii) Legalidad, predictibilidad y uniformidad en medidas y sanciones;
- (iii) Teoría de precedentes;
- (iv) Guías y lineamientos de las autoridades;
- (v) Promoción y fomento de la competencia;
- (vi) Derecho de la competencia en sectores regulados;

⁷⁷⁵ BALDWIN *et al* (2012), pp. 229-231.

⁷⁷⁶ *Ibidem*, pp. 247-249.

CAPÍTULO 5

CUESTIONES Y PROBLEMAS DE “*RULE OF LAW*”

EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

EN CHILE

5.1. Particularidades del sistema chileno de derecho de la competencia

5.1.1. Breves referencias históricas, institucionales y a evaluaciones independientes

La historiografía de los principales hitos que integran la evolución de lo que ha llegado a ser la institucionalidad chilena de libre competencia actualmente en vigor da cuenta de la importancia fundamental de la legislación en su establecimiento⁷⁷⁷; de una

⁷⁷⁷ A efectos ilustrativos, si sólo consideramos las últimas dos leyes de reforma N°19.911/2003 y N°20.361/2009, es indiscutible que éstas introdujeron modificaciones en materia de profesionalización, organismos y mayor fundamentación económica de las decisiones –la primera– y efectividad del sistema persecutorio contra los carteles duros –la segunda– que en ausencia de intervención legislativa no se habrían conseguido. Otro tanto podría decirse de los hitos legislativos previos en la evolución normativa de este sector y del actual proyecto en discusión (Boletín 9950-03 iniciado por Mensaje de S.E. la Presidenta de la República de 16.03.15). El resultado de cada uno de estos procesos legislativos sólo en menor medida puede verse como una simple actualización del legislador de lo que ya ha sido establecido por la jurisprudencia. Por el contrario, se trata primordialmente del legislador actuando, sea por un tímido e insuficiente desarrollo jurisprudencial (p.ej. corrigiendo la ausencia de una regla objetiva para los carteles duros); sea por recomendaciones de expertos y organismos internacionales (p.ej. el origen del D.L. 211 en 1973, los instrumentos anti-carteles introducidos en 2009 o el sistema de control preventivo de operaciones de concentración en actual discusión); o bien, buscando interpretar en tanto ‘espectador imparcial’ la empatía de la comunidad con los afectados por ilícitos monopólicos (p.ej. el establecimiento de sanciones privativas de libertad contra los ejecutivos partícipes de un cartel).

deliberación democrática más bien acotada⁷⁷⁸; de ocasionales episodios de crisis previos a mejoras institucionales⁷⁷⁹; y, de una fuerte influencia del personalismo del Fiscal Nacional Económico de turno en el devenir y desempeño de la institucionalidad⁷⁸⁰.

En cuanto a organismos que integran la política y el derecho de la competencia, la conjugación es bastante singular a nivel comparado, al contar con un tribunal especializado⁷⁸¹, integrado por jueces abogados y jueces economistas, y una autoridad administrativa que debe defender sus acusaciones en igualdad de armas con los

⁷⁷⁸ La política en general y la participación ciudadana no han tomado parte de las deliberaciones que han precedido los hitos legislativos. Ello encuentra explicación en el origen histórico tecnocrático de la revolución de mercado en Chile, que tuvo asociada tempranamente la consideración de una legislación antimonopolios (el D.L. 211 fue promulgado el 22 de diciembre de 1973), y que en la sucesión de la administración de la economía de mercado por los gobiernos democráticos (1990 –), en términos generales, se delegó amplia y progresivamente en tecnócratas la gestión de aquellas políticas percibidas como técnicas en cuanto ‘no permitieran captar votos’. Ello contrasta con la evolución histórica del derecho estadounidense que da cuenta de la existencia de un movimiento ciudadano antimonopolios –que también fue perdiendo fuerza a medida que se consolidaba la hegemonía tecnócrata-conservadora promovida por Chicago en los setentas– pero que aún encuentra eco en organizaciones no gubernamentales como el *Antitrust Institute* o en centros de estudio de tendencias más progresistas. HOFSTADTER (1965) sostuvo que un movimiento tal fue una particularidad del capitalismo estadounidense, por su propia historia, por los altos niveles de monopolización, y por la legitimidad que en la población alcanzaron desde un inicio las ideas de competencia y dispersión del poder como mecanismos de regulación social, económica y política.

⁷⁷⁹ La renuncia del Fiscal Francisco Fernández, la salida del Subfiscal Juan Pablo Lorenzini y del jefe del departamento legal, Tomás Monsalve precedieron a la reforma de la ley N°19.911/2003. BERNEDO (2013), pp. 155-161. El caso de colusión de las farmacias agilizó la aprobación de las reformas anti-carteles de la ley N°20.361/2009. Y, los más recientes casos de colusión en las industrias avícola, de transporte de pasajeros y de papeles, ciertamente terminarán incidiendo en el proyecto de ley en actual discusión.

⁷⁸⁰ BERNEDO (2013), p. 194. Bernedo ha graficado una suerte de búsqueda de un equilibrio de poderes entre el Fiscal Nacional Económico y el órgano resolutor (previamente las Comisiones, hoy el TDLC) que se habría alcanzado con posterioridad a las reformas del año 2009 y en donde, previamente, el peso en el balance habría favorecido al Fiscal durante la vida de las Comisiones y al TDLC con posterioridad a su creación. *Ibidem*, p. 191. Rasgos en la aplicación de la ley hoy y hacia futuro, podrían mostrar que la administración del Fiscal Felipe Irazábal (2010 –) ha devuelto un peso de protagonismo mayor a la FNE en el devenir de la política de competencia, restando al TDLC de ciertas funciones que le eran propias.

⁷⁸¹ TAPIA y CORDERO (2015), pp. 47-48, “*El modelo de libre competencia, en cambio, responde a una forma de poder distribuido relativamente inusual en el mundo y única en Latinoamérica, bajo el cual la decisión es configurada como supuestamente jurisdiccional, adoptada por un organismo judicial especializado.*” *Ibidem*, p. 51 (notas omitidas).

particulares. Otra de las particularidades es la existencia de un recurso amplio (‘reclamación’) para ante la Corte Suprema que toma conocimiento del mismo y resuelve en un período relativamente breve⁷⁸². Desde el punto de vista de las garantías procesales, la existencia de un tribunal técnico e independiente del gobierno y de la autoridad administrativa encargada de promover la aplicación de la ley, es percibida como una ventaja comparativa del sistema chileno, lo que hace más bien infrecuente la pregunta por su diseño institucional-orgánico o la sugerencia explícita de tornarlo más administrativo⁷⁸³.

El modelo en vigor en Chile desde el año 2003, que en principio desintegra funciones, centralizando en la FNE las de fiscalizar o investigar y en el TDLC las de juzgar o adjudicar, sin embargo, no parece tan puro en el detalle y en los hechos.

⁷⁸² “El recurso de reclamación es, en sí, extraño en un contexto supuestamente jurisdiccional, pues la reclamación tiene como ámbito propio el administrativo ... el alcance de este ‘recurso’ es indefinido a nivel teórico, ni tampoco fue acotado en la ley. Esto lo vuelve una herramienta procesal extremadamente abierta, que confiere un amplio margen para la determinación judicial. De hecho, la propia Corte ha llegado a interpretar que el recurso le confiere la facultad de revisar cuestiones de derecho, de política y de hechos ... el recurso funciona de manera ‘plástica’, moldeable a la sola voluntad de la Corte, dependiendo del tipo y características del caso concreto. En buena parte de las ocasiones, ha funcionado casi como una verdadera apelación, en los términos más amplios posibles, permitiendo la revisión de aspectos vinculados al derecho, los hechos e incluso la política”. *Ibidem*, pp. 56-57 (notas omitidas). ROMERO (2014), pp. 353-354, en una perspectiva general de diseño institucional, parece menos crítico de una revisión judicial amplia en cuanto el control judicial constituye una fuente de *accountability* del sistema, satisface una necesidad de justicia procedimental y promueve la predictibilidad de las normas en la medida que ella genere precedentes fruto de un continuo y consistente proceso de revisión judicial. Identifica, no obstante, que dicha amplitud podría generar riesgos para los valores del conocimiento técnico, la eficiencia y podría incrementar la litigiosidad.

⁷⁸³ Para ROMERO (2014), p.353, un modelo ‘desintegrado’ que separa en dos organismos independientes las respectivas funciones de fiscalizar o investigar y de adjudicar o juzgar tiene, frente a la alternativa de un diseño integrado en un único organismo, las ventajas de un mayor *accountability*, minimiza los sesgos en la toma de decisiones por la autoridad que concentra funciones –los mismos que recoge Wils, *supra*, 3.2.2. – y con ello “*tiende a proporcionar mayores garantías procesales para las empresas reguladas objeto de investigación, persecución y adjudicación*”.

Lo anterior, porque si bien el diseño del TDLC buscó concebirlo como un tribunal propiamente tal⁷⁸⁴, independizando sus decisiones de la influencia que el Fiscal Nacional Económico ejercía hasta entonces respecto de las Comisiones Preventivas y Resolutiva antecesoras del TDLC⁷⁸⁵, blindarlo de la influencia política del gobierno de turno⁷⁸⁶ y, fortalecer la capacidad técnica del órgano en lo que a análisis económico se refiere⁷⁸⁷, se mantuvieron radicadas en él una serie de atribuciones de naturaleza administrativa que nada tienen que ver con la función de adjudicación⁷⁸⁸. Esto hace que la doctrina lo perciba con una naturaleza híbrida que combina, por una parte, algunos atributos de los tribunales especiales no vinculados orgánicamente al poder judicial pero sí bajo la superintendencia de la Corte Suprema⁷⁸⁹ con, por la otra, las características de las agencias administrativas independientes, como un órgano regulador del comercio⁷⁹⁰, cuyas decisiones quedan sometidas a ‘revisión judicial’ de la Corte Suprema, en una instancia única. Consecuentemente, el legislador le asigna las funciones de *‘prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia’*⁷⁹¹ y la naturaleza de sus atribuciones hace sostener a la doctrina que no se está frente a un *“organismo revisor ni adjudicador, sino que su rol fundamental es ‘implementar’ la normativa de competencia; esto es, resolver con un sesgo hacia la promoción de los intereses sociales que forman la base de las reglas jurídico-económicas de protección de la libre competencia”*⁷⁹².

⁷⁸⁴ Art. 5 DL 211 el TDLC es “un órgano jurisdiccional especial e independiente”.

⁷⁸⁵ TAPIA y CORDERO (2015), p. 48.

⁷⁸⁶ Diversos órganos intervienen en la designación de sus miembros: Banco Central, Corte Suprema, Presidente de la República.

⁷⁸⁷ Integrado por dos jueces economistas. Sobre los pro y contra de la especialización judicial, v. TAPIA y CORDERO (2015), pp.27-35 y n.20.

⁷⁸⁸ Las que ejerce de conformidad con los arts. 18 N°2, 3 y 4 del DL 211 y las de leyes sectoriales.

⁷⁸⁹ Art. 5 DL 211.

⁷⁹⁰ MONTT (2010)

⁷⁹¹ Art. 5 DL 211

⁷⁹² TAPIA y CORDERO (2015), pp. 52-53, analogando el rol del TDLC con aquel que cumplen los tribunales administrativos estadounidenses pero diferenciándose de éstos en la ubicación orgánica interna a la administración de estos últimos, si bien independientes de las áreas de investigación y fiscalización.

La FNE, por su parte, si bien concentraría para sí sólo las atribuciones de investigación y fiscalización, ha ido influyendo de manera cada vez más decisiva en la resolución de casos de aplicación efectiva de la ley. Lo anterior, que ha sido identificado con claridad para el control de operaciones de concentración⁷⁹³, se ha ido reproduciendo también en el ámbito de los abusos de posición dominante, muchos de los cuales son terminados mediante acuerdos conciliatorios, incluso en materias en que no existen precedentes judiciales sobre el tipo de abuso⁷⁹⁴; o bien, mediante acuerdos extrajudiciales⁷⁹⁵ y aún, mediante archivos de investigaciones motivados por compromisos adquiridos por el denunciado con la FNE (no necesariamente con el denunciante). A lo anterior, cabe agregar las decisiones de archivar investigaciones o declarar inadmisibles denuncias, las que al carecer de instancia formal de revisión judicial, de ser erróneas, implican en los hechos una indebida absolución en perjuicio del particular que carece de las herramientas procesales necesarias para obtener la evidencia que el ejercicio de sus eventuales derechos ante el TDLC requiere⁷⁹⁶. Y cabe agregar, finalmente, la opción de la FNE de utilizar instrumentos de promoción de la competencia ante la más mínima duda que la conducta en cuestión, si bien anticompetitiva, pueda estar amparada por la legislación y regulación sectorial vigente, en lugar de disputar ese mismo punto ante el TDLC en procedimiento contencioso. De este modo, en esta versión chilena del llamado '*derecho de la competencia como regulación*'⁷⁹⁷, el rol protagónico que, para bien o para mal, la FNE ha ido adquiriendo

⁷⁹³ OCDE (2014)

⁷⁹⁴ Art. 22.

⁷⁹⁵ Art. 39 ñ. Si bien tanto para acuerdos conciliatorios como para acuerdos judiciales el sistema busca una garantía con la aprobación por parte del TDLC, el estándar legal de aprobación no parece el más idóneo (v. *infra* 5.1.4.) y el TDLC ha sido demasiado escueto en el desarrollo de un sistema de precedentes de decisiones aprobatorias en cada materia consistente con un supuesto sistema de precedentes de decisiones de fondo.

⁷⁹⁶ Cfr. GONZALEZ *et al* (2013). ARAYA (2014b), p.436.

⁷⁹⁷ DUNNE (2014), DREXL (2015), WALLER (1998), v. *supra* 4.1.

tanto en el curso de la política de competencia⁷⁹⁸ como en la resolución de los casos de aplicación de la ley, parece evidente.

En este maridaje de funciones, donde existe una política económica de competencia dispersamente diseñada, implementada más bien centralizadamente, que se presenta como ejecutada por medio del derecho, pero donde organismo alguno asume categóricamente la calidad de juzgador o adjudicador independiente, y se critica a la Corte Suprema por una ‘ausencia de deferencia... que bordea la interferencia’⁷⁹⁹, quizás se haya vuelto oportuna la pregunta por el número y composición de las autoridades de libre competencia en Chile. En cualquier caso, si se sigue descansando en el derecho para la implementación de esta política –y aún en caso negativo– es determinante que los órganos que intervienen en su aplicación honren los atributos formalistas del *rule of law*. Estos constituyen un mínimo necesario, si bien no suficiente, de aquello que constituye no sólo buen derecho⁸⁰⁰, sino también, buena política⁸⁰¹.

Desde la perspectiva de las evaluaciones independientes, en los últimos quince años, la política y el derecho de la competencia en Chile han sido objeto de dos informes de evaluación globales por parte de la OCDE⁸⁰². La OCDE, además, ha elaborado un informe específico del país sobre el ‘régimen de control de concentraciones’ vigente⁸⁰³ y otro de países latinoamericanos –incluido Chile– sobre estudios de mercado⁸⁰⁴⁻⁸⁰⁵.

⁷⁹⁸ Protagonismo que se incrementará con las nuevas facultades que serán radicadas en la FNE de aprobarse tal como está el proyecto de ley en actual discusión.

⁷⁹⁹ TAPIA y CORDERO (2015) p. 57.

⁸⁰⁰ WALDRON (1990) p. 51.

⁸⁰¹ V. *supra* 3.2.3.

⁸⁰² OCDE (2003), OCDE (2010), el seguimiento de estos últimos, en OCDE (2012).

⁸⁰³ OCDE (2014).

⁸⁰⁴ OCDE (2015).

⁸⁰⁵ Un estudio encargado por la FNE a destacados especialistas extranjeros en derecho de la competencia en materia de sanciones y otro recientemente encomendado por el Ministerio de Economía a la OCDE, sobre coherencia regulatoria, constituyen también parte de los insumos que están orientando el devenir de la política de competencia en el país.

El informe de la OCDE del año 2010 en varios pasajes destaca los riesgos de falta de predictibilidad del marco jurídico y de la aplicación del derecho de la competencia en Chile. Señala que la ley es “*sorprendentemente simple y general*” y que el “*enfoque flexible del TDLC*” al aplicar principios económicos debe “*pagar un costo: su imprevisibilidad*”, que “*la incertidumbre se magnifica con la inconsistencia de las orientaciones de la Corte Suprema*”, que los métodos de aplicación “*son, todavía, difusos*” y que las guías y lineamientos de aplicación de la ley publicados por la FNE no prestan ayuda considerable en aclarar el alcance y dirección de la política de competencia, toda vez que no son vinculantes para el TDLC ni su contenido sigue la práctica decisoria de éste⁸⁰⁶. El mismo informe valora, sin embargo, la superación de un enfoque excesivamente formalista, legalista y orientado a la protección de derechos constitucionales de libertad económica que primó entre los años 1973 y 1993⁸⁰⁷, y la experiencia adquirida por medio de la utilización cada vez más frecuente del análisis económico. Dicho enfoque se traduce en la utilización generalizada por el TDLC de “*algo parecido a una regla de razón*” a la hora de analizar las diversas conductas y dado que “*el TDLC no está supeditado a sus decisiones previas*” y no existen en la ley “*normas y reglas detalladas de las pruebas*”, en definitiva “*podría resultar difícil evaluar las consecuencias del comportamiento empresarial*”⁸⁰⁸. La crítica se dirige a que no existe claridad sobre los factores que inciden en el análisis económico y su medición o sobre el procedimiento para la determinación del mercado relevante, a la ausencia de presunciones de posición dominante y umbrales de notificación para operaciones de concentración, a la incertidumbre sobre la ponderación que tendrían las defensas basadas en argumentos de eficiencia. Se repara además en el estándar de

⁸⁰⁶ OCDE (2010), p. 7.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 13.

ilicitud para los acuerdos graves entre competidores (colusión), que obliga a la FNE a probar un daño real o potencial a la competencia⁸⁰⁹.

En el año 2014, al evaluar el régimen de control de operaciones de concentración en Chile, la OCDE fue aún más explícita sobre las debilidades del sistema chileno, expresando categóricamente que: “*La principal conclusión de este informe es que el actual régimen de control de operaciones de concentración carece de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad, elementos clave para un sistema de control de concentraciones*”⁸¹⁰.

Estudios de la consultora Deloitte contratada por la FNE sobre percepción a nivel local no brindan una apreciación significativamente superior al factor previsibilidad respecto de las actuaciones de la FNE y de las decisiones del TDLC, si bien con mejora a través del tiempo⁸¹¹. En una escala de 1 a 7, el grado de previsibilidad de las actuaciones de la FNE obtuvo una calificación promedio de 3,9 para el año 2012 y de 4,6 para el año 2014; en tanto que el grado de previsibilidad de las actuaciones del TDLC obtuvo una calificación promedio de 4,1 para el año 2012 y de 4,5 para el año 2014⁸¹².

Desde otra aproximación al asunto, ayuda revisar el tenor de las disposiciones que tratan de aquellos identificados como principales problemas y cuestiones de *rule of law* en el derecho de la competencia en el extranjero⁸¹³. La ley es más bien escueta y vaga para cada una de estas materias, según se mostrará.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁸¹⁰ OCDE (2014) p. 7.

⁸¹¹ Los estudios se han efectuado por la consultora Deloitte para los años 2012 y 2014.

⁸¹² DELOITTE (2014), p. 29.

⁸¹³ V. *supra* 4.2.

5.1.2. Normas sustantivas de responsabilidad

La ley en su artículo 3º establece que es sujeto de sanciones o medidas quien ejecute “cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos” sea que se ejecute individual o colectivamente. Y el inciso segundo agrega una nómina no taxativa de tipos de ilícitos contra la libre competencia –en general, los reconocidos a nivel comparado– y que la doctrina⁸¹⁴ y jurisprudencia⁸¹⁵ han calificado de meros ejemplos. La amplitud de la ‘descripción típica’ contenida en el primer inciso es manifiesta y permitiría fundar la intervención de la autoridad de competencia contra cualquier conducta sobre la única base de sus efectos reales –o incluso, sólo potenciales– contra la libre competencia en los mercados⁸¹⁶. Esta norma podría ser objeto de muchos de los reparos que se expuso al examinar las críticas contra la regla de la razón en EE.UU.⁸¹⁷. La doctrina en Chile ya ha hecho otro tanto sobre esta disposición⁸¹⁸. Por otro lado, la naturaleza meramente ejemplar

⁸¹⁴ VALDÉS (2006), p. 390. TAPIA y CORDERO (2015) pp. 51-52.

⁸¹⁵ Sobre este particular, la Corte Suprema ha sostenido: “De la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.911 es posible extraer las siguientes consideraciones [...] 2.- Figura general y enunciación ejemplar de casos. Teniendo en consideración que el artículo 3º recoge, la enunciación general y a vía meramente ejemplar tres figuras tradicionales de actos contrarios a la competencia, la idea es presentar tales figuras de manera general. Tal ejemplificación no constituye tipificación. ‘Al respecto, se puede decir, por una parte, que toda la experiencia en materia de defensa de la libre competencia, incluida la nuestra (parlamentaria), indica claramente la inconveniencia de definir cada una de las conductas anticompetitivas, dado que el gran dinamismo de las estrategias comerciales puede dejar rápidamente obsoletas esas definiciones. Por otra parte, los paradigmas presentados en el artículo 3º son evidentemente ejemplares y suficientemente generales, de forma tal que no puede interpretarse como tipos anticompetitivos. De hecho, la idea es que ni estos ejemplos ni otras figuras generales puedan considerarse ilícitas per se; en cada caso, el Tribunal es quien debe resolver, a la luz del objetivo planteado en el artículo 1º.’ (Primer Informe Comisión Economía del Senado, pág. 54) (Ver páginas 147, 316, 330, 331, 397, 406, 407, 430, 431, 432 y 446)” CS, 07.09.2012, Rol 2578-2012 (caso Farmacias) (c. 73º)

⁸¹⁶ VALDÉS (2006), p. 390, “Es decir, se proscribe en general la vulneración al bien jurídico protegido sin describir, sugerir o denominar la o las modalidades que puede asumir la conducta infractora”. TAPIA y CORDERO (2015) p. 52 n.122, “En sí misma, la libre competencia no es más que es una política en busca de propósito y claridad.”

⁸¹⁷ V. supra 4.2.1.

⁸¹⁸ VALDÉS (2006), p. 390. “Esta desmesurada vaguedad típica ha planteado fundadas dudas acerca de la real satisfacción del principio de tipicidad [...] El argumento sustentatorio de la referida vaguedad típica es que tal es la cantidad de maquinaciones que pueden ser desarrolladas, que la sola existencia de

que se atribuye en la interpretación del inciso segundo no pareciera responder a estándares mínimos de tipicidad, particularmente, en los casos de colusión entre competidores (letra a)), donde la gravedad del ilícito justifica hoy medidas intrusivas para su investigación y sanciones relativamente más severas⁸¹⁹. La vaguedad en la redacción contenida en la ley no puede interpretarse sino como una delegación del poder legislativo en el tribunal especializado y en la Corte Suprema para, a partir de estos amplios estándares legales, ir moldeando reglas de origen jurisprudencial que tipifiquen con precisión suficiente, para cada caso, los elementos o requisitos que configuran los diferentes tipos de ilícitos anticompetitivos, a quién corresponde probar qué, cuál es el estándar de convicción y cuáles las defensas admisibles, etc.⁸²⁰. La uniformidad y consistencia en la aplicación de las reglas que de este modo se configuren, siguiendo una especie de razonamiento de precedentes, manifestaría de parte de los titulares del poder de hacer cumplir la ley el reconocimiento de los atributos del *rule of law* en el ejercicio de sus funciones⁸²¹. Por el contrario, la utilización de las mismas entendiéndolas como una base legal que permite buscar para cada caso la mejor solución, o como si ellas

figuras perfectamente tipificadas, esto es, tipificaciones al detalle, podría conducir a la impunidad de muchas conductas contrarias a la libre competencia. Estimamos que este argumento es parcialmente cierto y que se podría avanzar más en un proceso de tipificación caracterizado por mayor sofisticación y certeza, en el cual se perfilen con mayor nitidez los injustos de fuente y los injustos de abuso". El que mantener esta vaguedad sea del interés de los expertos (burócratas, abogados, economistas) al facilitar la generación de rentas económicas a partir de ella es algo que ha sido planteado por ZINGALES (2012) y STUCKE (2012), v. *supra* 1.3.(ii), 4.2, 4.2.1.; y, la discrecionalidad que ella concede a los resolutores ha sido explícitamente reconocida por TAPIA y CORDERO (2015), p. 52, "*De este modo...es posible desplegar un alto grado de discrecionalidad técnica, la cual, a su vez, incentiva la especialización*".

⁸¹⁹ Cfr. VALDÉS (2006), p. 390 para quien el carácter meramente ejemplar no ha de merecer reproche "*puesto que la inventiva humana parece no hallar límites al momento de buscar fórmulas de transgresión del sistema tutelar de la libre competencia*". Parece haber algo de inconsistencia entre abogar por una mejor tipicidad y no criticar el carácter meramente ejemplar de los tipos de conducta del inciso segundo, ya que si el objetivo de *rule of law* es brindar mayor predictibilidad sobre qué conductas contrarias a la libre competencia –y no cualquiera– reprocha la legislación, abogar por una mayor tipicidad promueve dicho objetivo, en tanto que aplaudir una nómina ejemplar abierta le juega en contra.

⁸²⁰ Sobre estas delegaciones, p. ej. SCHAUER (2009), p. 148, expresa: "*Entonces, al redactar la ley Sherman en un lenguaje amplio e indeterminado, y así evitar intencionadamente el uso de lenguaje concreto y de reglas fácilmente comprensibles, el Congreso estaba instruyendo a los tribunales a crear, a la manera del common law, prácticamente todo el conjunto del derecho antimonopolios*".

⁸²¹ WALDRON *Stare Decisis*, Pablo Bravo, Remisión a teoría de precedentes, Tapia/Cordero descartan *Stare Decisis* No obstante, para otras materias, tercera sala ha fijado .

autorizaran fundar una infracción por cualquier conducta que tenga efectos reales o potenciales en la libre competencia, en especial cuando no se encuentre una mejor descripción típica en otra sección de la ley, podría vulnerar la tipicidad o legalidad mínima requerida por el *rule of law*⁸²².

Considerando lo anterior a la luz de la discusión que se expuso para el derecho extranjero, un estudio exhaustivo en este ámbito debiera apuntar a responder: (i) ¿Con qué laxitud han utilizado las autoridades de competencia y tribunales estas bases legales sustantivas amplias? (ii) ¿Ha producido el sistema chileno reglas suficientemente diferenciadas para los distintos tipos de materias o, por el contrario, se mantiene un ámbito injustificadamente amplio para resoluciones caso-a-caso con todas las consideraciones económicas a la vista? (iii) ¿Qué niveles de predictibilidad otorga el sistema chileno? ¿Dicha predictibilidad se funda en la calidad de las reglas, en la calidad de los razonamientos de las decisiones o, en la persona de quienes resuelven? Algunas

⁸²² Promover una mejor tipicidad a nivel legal o de jurisprudencia podría parecer que coloca como un objetivo prioritario el de la predictibilidad para los particulares que eventualmente sean perseguidos por infracciones a la ley de libre competencia, en desmedro de la flexibilidad y discrecionalidad que podrían necesitar las autoridades de competencia en cuanto a bases legales alternativas para perseguir conductas no previstas por el legislador ni abordadas previamente por la jurisprudencia. Restringirse a lo anterior constituiría un marco de análisis parcializado del asunto. La virtud de una mejor tipicidad es, ante todo, un atributo propio del *rule of law*, en la lógica de un gobierno de reglas a aplicar de modo sistemático (no de la búsqueda de la mejor solución según las particularidades de cada caso) y de la no aplicación retroactiva de las leyes. Adicionalmente, una excesiva vaguedad en la descripción típica –esto es, si cualquier conducta que lesione real o potencialmente la libre competencia puede constituir una infracción a la ley– podría incluso jugar en contra de la autoridad de competencia, por ej., privándola de acceder a procedimientos con menores garantías de debido proceso ya que con esa vaguedad la amenaza de sanción estaría siempre presente. (V. en este sentido, CS caso consulta Tarjetas Bancarias (2015). En efecto, sin una mejor tipicidad, la distinción entre conducta contraria a la libre competencia y conducta que infringe la ley de competencia se difumina y eso parece vulnerar principios de *rule of law*. Finalmente, esa excesiva vaguedad resulta perjudicial también para la predictibilidad por las víctimas del ejercicio contrario a derecho del poder privado, quienes ven difícil predecir si el estado será o no eficaz en librarlas de dicha coerción, lo que podrá traducirse en incrementos en costos de transacción, afectación del consumo y la inversión, y pérdidas en el capital social.

de las situaciones que con fines ilustrativos se describe en el capítulo 6⁸²³ permite responder, para tales situaciones, algunas de estas preguntas.

5.1.3. Ejercicio de potestades discrecionales por las autoridades de competencia

(i) En el caso del Fiscal Nacional Económico, la disposición legal que enumera sus atribuciones y deberes (artículo 39) indica en su encabezado que este funcionario “podrá [...] defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho según sus propias apreciaciones”. La redacción misma de este artículo es repelida por la concepción de *rule of law* que en este trabajo se defiende. Dicha redacción se encuentra en el texto legal desde diciembre de 1973, y no parece propia de un gobierno democrático sometido al derecho. Es curioso que no se haya reparado en ella para promover su modificación. Más que la redacción de la norma, sin embargo, de mayor interés es su utilización en la práctica y ésta, hasta ahora, no ha dado cuenta de excesos.

Para gran parte de las atribuciones de la FNE en materia de investigación y fiscalización existen contrapesos adecuados que contemplan procedimientos de impugnación tales como los dispuestos en las letras h) y n) del DL 211.

Donde no parece haber contrapeso ni limitación alguna es en las tres materias que identificamos al tratar de la discrecionalidad en promover la aplicación de la ley por las autoridades de competencia. Vale decir, la libertad de las autoridades para ya sea, iniciar o no investigación, promover o no la aplicación de la ley y, en caso afirmativo, la elección del instrumento⁸²⁴.

⁸²³ V. *infra*, 6.3.

⁸²⁴ V. *supra*, 4.2.2.

Sobre la selección de casos / priorización, un documento de la OCDE del año 2012 expresa que: *“La FNE aplica criterios de priorización y selección a la hora de actuar por iniciativa propia, tanto para decidir los casos que investiga como las herramientas que emplea: por ejemplo, aplicar la ley, realizar tareas de fomento o llevar a cabo estudios sectoriales. La priorización se basa en varios indicadores, incluyendo las implicaciones de las prácticas anticompetitivas en el bienestar social, el grado de impacto en el consumidor en el mercado afectado, la potencial colaboración con aliados estratégicos, las herramientas disponibles y la validez de las pruebas en cada caso. Recientemente, la agencia ha dado prioridad al trabajo sobre acuerdos horizontales y cárteles, tal como lo demuestra el aumento del 40% de casos en esta área en 2011, con respecto a 2010. Los criterios de priorización están recogidos en un documento interno, **pero no se publican**. Los elementos claves han sido debatidos públicamente en discursos y entrevistas, y se hace referencia a ellos en el informe anual que presenta la FNE en el seminario anual "Día de la Competencia". Las restricciones presupuestarias afectan el número y dimensión de casos investigados. El proceso de priorización incluye una regla general que limita el número de casos que debe gestionar simultáneamente el personal.”*

Como se mencionó anteriormente, una divulgación detallada al público de las prioridades de aplicación de la ley por las autoridades de competencia es ambigua desde el punto de vista de sus consecuencias para las estrategias de fiscalización por parte de las autoridades de competencia. No obstante, desde el punto de vista del *accountability* evaluar sus actuaciones desde el punto de vista de su impacto en los mercados o desde el punto de vista de las prioridades predeterminadas puede hacer necesario su conocimiento masivo, a lo menos *ex – post*.

(ii) En el caso del TDLC, este órgano también ha sostenido ser titular de potestades discrecionales en materias tales como las recomendaciones de modificaciones normativas⁸²⁵ y las instrucciones generales⁸²⁶.

5.1.4. Salidas alternativas: procedencia y estándar legal de autorización

En Chile son fundamentalmente dos las disposiciones en juego. Para acuerdos conciliatorios en sede judicial, el artículo 22 dispone que vencido el período de contestación *“el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación. [...] Acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia. En contra de la resolución que apruebe una conciliación podrá deducirse, por personas admitidas a litigar que no hubieren sido parte en ella, el recurso de reclamación [...]”*. De este modo, la posibilidad de conciliar en juicio depende del criterio del TDLC y el estándar de aprobación de la conciliación consiste en que ella no atente contra la libre competencia. Frente a esta disposición, los valores del *rule of law* parecieran exigir, por una parte, una regla que indique qué requisitos debe satisfacer una controversia para que el TDLC ejerza su atribución de llamar a conciliación. Tratándose del estándar de aprobación de la conciliación, lo que el *rule of law* exige definitivamente pareciera ser algo diferente a lo que estipuló el legislador. El que ‘no atente contra la libre competencia’ nos vuelve a situar en un escenario de falta de tipicidad donde la distinción entre conducta contraria a la libre competencia y conducta en infracción al derecho de la libre competencia se difumina. Esto podría dar lugar a dos situaciones. Una regla jurídica de derecho de la libre competencia vigente pero que se estima contraria a la libre competencia (por ej., un requerimiento por precios predatorios que no acredita el poder de mercado de la empresa

⁸²⁵ Art. 18 N° 4 DL 211

⁸²⁶ Art. 18 N° 3 DL 211

acusada⁸²⁷); o bien, que se impongan a la acusada, vía conciliación, cargas más allá de las exigibles por una sentencia firme fundada en el derecho de la libre competencia vigente. En ambos casos, bajo el estándar vigente, la conciliación debiera aprobarse, siendo que en el primer caso se afecta la legalidad formal y, en el segundo, se pasa de un gobierno de las reglas a uno del funcionario de turno que impone los términos de la conciliación. Vemos la solución en el establecimiento de un estándar más respetuoso del derecho vigente: ‘deberá aprobarse la conciliación cuando sus términos no contravengan ni se aparten del derecho de la libre competencia vigente’. A su turno, la FNE debiera establecer lineamientos claros sobre las circunstancias en las que considerará abrirse a la negociación de un acuerdo conciliatorio en los diferentes tipos materias, bajo qué requisitos y en qué casos este tipo de salida alternativa no será considerada. Tratándose de los acuerdos extrajudiciales, entre las atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico recogidas en el artículo 39, la letra ñ) de dicha disposición expresa: *“Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados”*. La disposición se refiere luego al procedimiento por el cual el TDLC toma conocimiento y brinda su aprobación o rechazo a dicho acuerdo, pero no fija el estándar para la aprobación del mismo, pudiendo entenderse que su función es velar porque el contenido del acuerdo sometido a su conocimiento tenga efectivamente por objeto cautelar la libre competencia en los mercados. De modo similar, se evidencia aquí una falta de precisión de en qué casos puede, en qué casos no puede y en qué casos debe el Fiscal Nacional Económico ejercer esta atribución, en cuanto al objeto de la misma y/o estándar de aprobación nuevamente el legislador se aparta de velar por el cumplimiento del derecho de la libre competencia y, en su lugar, se refiere al propósito de ‘cautelar la libre competencia’, lo que expone el ejercicio de esta atribución a una vulneración a los elementos del *rule of law* según referimos anteriormente.

⁸²⁷ Sent 39 CS

Considerando lo anterior a la luz de la discusión que conocimos para el derecho extranjero, la segunda parte de este trabajo intenta responder: (i) ¿De qué manera han ejercido el TDLC y la FNE sus respectivas potestades discrecionales de llamar a las partes a conciliación y de suscribir acuerdos extrajudiciales, con toda laxitud caso-a-caso, o buscando explicitar criterios de procedencia de alcance general? (ii) ¿Ha manifestado un comportamiento consistente y uniforme la FNE frente a los diversos llamados a conciliación que ha efectuado el TDLC? (iii) ¿Al brindar la aprobación o rechazar los acuerdos, el TDLC ha utilizado estándares sustantivos amplios como los que estableció el legislador o se ha preguntado por el derecho aplicable al caso y en qué medida el acuerdo conciliatorio o extrajudicial se aparta de dicho derecho? (iv) En caso de apartarse del derecho vigente aplicable, en su aprobación, ¿el TDLC ha establecido el criterio como una regla de general aplicación para casos similares?

5.2. Posibles cuestiones y problemas de *rule of law*

A partir de la aproximación que se hizo previamente, es posible inferir como posibles cuestiones y problemas de *rule of law* en el sistema chileno de derecho y política de competencia, los siguientes:

5.2.1. En el ámbito de atribuciones de la FNE:

El necesario desarrollo de:

- Reglas o criterios en el uso de salidas alternativas y límites para su procedencia;
- Reglas o criterios en la elección de mecanismos regulatorios vs. mecanismos de aplicación de la ley;
- Una explicitación *ex – ante* o *ex – post* de los criterios de asignación de prioridades y/o rendiciones de cuenta con evaluaciones de impacto de las intervenciones;
- Lineamientos para medidas y sanciones;

5.2.2. En el ámbito de atribuciones del TDLC:

El necesario el desarrollo de:

- Una robusta teoría de precedentes;
- Presunciones judiciales e inversiones de la carga de la prueba;
- Reglas per se, presunciones, puertos seguros;
- Claridad de los criterios sobre conciliaciones y acuerdos extrajudiciales;
- Claridad de los criterios de cuándo iniciará un ERN;
- Claridad de los criterios de cuándo iniciará un procedimiento orientado a la dictación de una instrucción de carácter general;

5.2.3. En el ámbito de atribuciones de la CS:

El necesario desarrollo de:

- Precedentes que vayan delimitando su ámbito de revisión en diferentes materias;
- Claridad de los criterios sobre conciliaciones;
- Precedentes que contribuyan a la elaboración de reglas sustantivas;
- Un específico ámbito de revisión donde vele por el correcto desarrollo de una teoría de precedentes por el TDLC;

5.2.4. En el ámbito de atribuciones del legislador, considerar:

- Mejoras en la redacción de las reglas: p. ej., art. 3 inc. 1º; art. 39 inc. 1º; ¿puede la letra a) del art. 3 inc. 2º mantenerse a título ejemplar?
- El diseño de mecanismos de revisión judicial de las decisiones de no investigar la FNE;

- La exigencia de mayores rendiciones de cuentas a las autoridades de competencia: p.ej. la obligación de efectuar evaluaciones de impacto de sus principales decisiones o, eventualmente, justificar la falta de intervención en algunas industrias, cuando antecedentes objetivos lo habrían así respaldado;

CAPÍTULO 6

IDENTIFICACIÓN DE CUESTIONES Y PROBLEMAS DE “*RULE OF LAW*” EN LA PRÁCTICA DECISORIA DE AUTORIDADES Y TRIBUNALES DE COMPETENCIA EN CHILE

Este último capítulo recoge con fines ilustrativos algunas situaciones en que la concepción sobre el *rule of law* adoptada en este trabajo, puede servir de marco de referencia para la evaluación de decisiones de las autoridades de competencia en Chile. Una primera sección explica la aproximación seguida (6.1.) y lo primero que se busca ilustrar son algunas manifestaciones explícitas de las autoridades chilenas que pueden entenderse como preocupaciones en materias de *rule of law* (6.2). En las seis secciones siguientes (6.3.) – (6.8.) se contienen ilustraciones sobre cuestiones y problemas que podrían ser evaluados como menoscabos o situaciones de apartamiento del *rule of law*.

6.1. Prevenciones y plan

En esta tercera parte, sus capítulos previos situaron la pregunta sobre las cuestiones y los problemas de *rule of law* en el contexto del derecho de la competencia en el extranjero y en Chile. De este modo, llevada al contexto de una disciplina de derecho positivo, la concepción de *rule of law* a la que se arribó en la segunda parte de este trabajo, inspirada en un enfoque liberal clásico, ha adquirido un sustento de plausibilidad razonablemente sólido.

Lo que este capítulo persigue es confrontar la concepción adoptada y validada de *rule of law* –y los desarrollos sobre cuestiones y problemas de *rule of law* en derecho de la competencia analizados– con situaciones más concretas de la práctica decisoria de las autoridades y tribunales de competencia en Chile y decisiones relevantes que serán adoptadas próximamente a nivel legislativo.

La aproximación al examen referido tiene fines meramente ilustrativos. Las situaciones presentadas de ninguna manera recogen de manera exhaustiva ni representativa el universo de prácticas decisorias relevantes que podrían ser sometidas a una evaluación desde la perspectiva del *rule of law* en un período determinado. Más bien, lo que se busca con este ejercicio es introducir la concepción y las cuestiones y problemas de *rule of law* al discurso de quienes analizan las decisiones de autoridades y tribunales de competencia como un criterio relevante a la hora de evaluar soluciones adoptadas en casos concretos.

Por lo anterior, cabe entender las calificaciones emitidas respecto de las situaciones que serán descritas como circunscritas exclusivamente a cada una de ellas y no así al conjunto de decisiones relevantes en la materia respectiva ni mucho menos al órgano encargado de la decisión.

Por otra parte, los desarrollos aquí presentados evidentemente no se siembran en suelo estéril. Diversas autoridades y tribunales de competencia en Chile han explicitado inquietudes en asuntos de *rule of law* que vale la pena ilustrar. Por lo anterior, en lo que sigue, la exposición de contenidos parte por este tipo de manifestaciones (6.2) y, luego, se hace cargo de seis situaciones concretas (6.3) a (6.8) que permiten poner en movimiento la concepción de *rule of law* y los desarrollos sobre *rule of law* en derecho de la competencia que han sido estudiados previamente.

La presentación en este capítulo ayuda a mostrar que, si bien no desconocidos del todo, existen cuestiones y problemas de *rule of law* en el derecho de la competencia en Chile que ameritan identificación y discusión para, eventualmente, motivar propuestas de mejora.

6.2. Manifestaciones de la preocupación por el *rule of law* en autoridades y tribunales chilenos de competencia

6.2.1. La FNE

El Fiscal Nacional Económico, Felipe Irarrázabal, ha emitido declaraciones bastante explícitas sobre la necesidad de velar por los principios del *rule of law*. En su cuenta pública del año 2013 hacía un llamado a superar “*la creciente indiferencia por el aspecto jurídico de nuestra disciplina*” que, de lo contrario, ello “*puede tener consecuencias nefastas para la certeza jurídica y el desarrollo dogmático de la misma*”⁸²⁸.

La convocatoria del Fiscal se dirigía, fundamentalmente, a fortalecer el desarrollo de una jurisprudencia administrativa y judicial toda vez que el sector normativo de la libre competencia “*sólo puede progresar basad[o] en la construcción de tipologías que sirvan de apoyo a nuestra reflexión y cuya modificación resulte paulatina y bien articulada en casos concretos*”⁸²⁹. Al año siguiente reitera la misma idea: “*Otro desafío que vemos, esta vez para el sistema y los organismos que lo configura[n], tiene que ver con la construcción de una jurisprudencia de libre competencia robusta y consistente, en especial en temas de abusos unilaterales. Nos movemos en un derecho que es nuevo, dinámico y consecuencialista, que está montado sobre un chasis básico, que es el DL 211 y que es preciso ir equipando. / Por eso, es deseable que los jueces vayan emitiendo fallos que expliciten aún más sus criterios, de tal manera que los límites de lo permitido dejan de ser difusos*”⁸³⁰.

⁸²⁸ IRARRÁZABAL (2013)

⁸²⁹ IRARRÁZABAL (2013)

⁸³⁰ IRARRÁZABAL (2014)

Es difícil no vincular estas declaraciones con los desarrollos que referimos sobre el *rule of law* y una teoría de precedentes⁸³¹, como mecanismo de creación de reglas que restringen la discrecionalidad, incrementan la predictibilidad y no dejan entregada la sobre-aplicación y sub-aplicación del derecho a las personas que sirven los cargos. De hecho, el Fiscal es claro en hacer el contraste entre un sistema de adjudicación como el descrito, basado en reglas de derecho de general aplicación, y un sistema de resolución caso-a-caso que persigue la solución más eficiente para la controversia en concreto:

*“Resulta pernicioso que frente a cada caso que se presenta la reflexión económica empiece desde cero, sin vinculación a precedente alguno, y sin meditar acerca de las consecuencias que la decisión tendrá para la solución de casos futuros. Es importante preguntarse por la eficiencia e ineficiencia de la conducta bajo análisis, pero este razonamiento debe encontrarse guiado por la construcción de una regla para el caso, una regla que pueda ser fácilmente aplicada en el futuro, o respecto de la cual podamos distinguir los casos ulteriores para mostrar con claridad por qué no resulta aplicable”*⁸³².

La progresiva generación de reglas por vía jurisprudencial es una necesidad no sólo para las materias sujetas a una regla *per se*, sino también para la materias que en un principio han sido evaluadas de acuerdo con un estándar de ilicitud amplio (regla de la razón):

“[I]ncluso en las conductas sometidas a regla de razón, es importante estructurar la regla de forma tal que cada interviniente pueda comprender con facilidad cuál es el aspecto de la prueba que le pertenece como carga y qué debe hacer para desvirtuar los alegatos contrarios. La evidencia económica es la materia prima sobre la cual estas

⁸³¹ V. *supra* 4.2.3.

⁸³² IRARRÁZABAL (2013)

*reglas deben ser formuladas, pero la reflexión jurídica no puede abdicar de su rol de modelar dicha evidencia y darle a la investigación casuística la forma universal de una regla de derecho*⁸³³.

Una evaluación de coherencia podría confrontar, por una parte, estas explícitas declaraciones apelando a fortalecer los valores del *rule of law* por medio de la jurisprudencia con, por la otra, el conjunto de decisiones administrativas de la FNE en el período posterior al momento en que dichas declaraciones fueron emitidas, a objeto de determinar en qué medida la jurisprudencia –la administrativa al menos– es hoy más ‘robusta y consistente’ que con anterioridad. Lo anterior no deja de ser importante toda vez que la FNE, en los hechos, otorga un valor de orientación a dichas actuaciones y decisiones administrativas⁸³⁴ y, por otro lado, hasta la fecha, no se conocen impugnaciones de semejantes actuaciones y decisiones que se haya buscado fundar en la doctrina de los actos propios o principio de protección de la confianza legítima⁸³⁵.

En efecto, pareciera haber un matiz entre lo que el Fiscal espera, por una parte, de la jurisprudencia en términos amplios –quizás refiriéndose a la jurisprudencia judicial o del TDLC exclusivamente– y, por la otra, la posibilidad de auto-limitar el propio actuar de la FNE por medio de reglas. Sobre esto último, el Fiscal apela a confiar en la solidez técnica de las decisiones de la FNE⁸³⁶. Pero no especifica si dentro de dicho criterio las decisiones previas de la FNE sobre casos idénticos están o no consideradas, para cumplir

⁸³³ *Ibidem*

⁸³⁴ IRARRÁZABAL (2014), p. 7 “Por eso, también son importantes nuestros informes de admisibilidad y de cierre de investigaciones, que publicamos en nuestra página web [...] que contiene las resoluciones y los informes internos[...] Son relevantes esos antecedentes, porque cuando cerramos una investigación o cuando la admitimos a tramitación estamos revelando la doctrina de la Fiscalía, y así señalizando a las empresas qué se puede o no hacer desde el punto de vista de la libre competencia.[...]”

⁸³⁵ SAAVEDRA (2011) pp. 148-153

⁸³⁶ IRARRÁZABAL (2014) p. 4 “[T]engan también la certeza de nuestra constante preocupación por mantener y acrecentar la solidez técnica que avala nuestras decisiones. No podemos permitir cruzar la línea que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad”.

con el principio de consistencia del *rule of law* que se resume en la idea de tratar casos iguales de idéntica manera.

6.2.2. El TDLC

En el caso del TDLC, es posible encontrar con frecuencia remisiones a experiencias previas de aplicación en sus decisiones, muchas veces ‘como ejemplo’, ya sea sobre el mismo tipo de materia de que se trata⁸³⁷ o sobre un punto específico de la controversia⁸³⁸. Cuesta entender a partir de lo anterior que el TDLC esté de manera consciente elaborando una teoría de precedentes o velando por el *rule of law*. Pero la noción de empezar a mirar sistemáticamente qué se hizo antes en la misma materia, considerar cada decisión como el último eslabón de un conjunto y percibir que lo que hoy sea establecido en sus decisiones será considerado a futuro por el mismo u otro TDLC, parece un primer paso fundamental encaminado a ello.

⁸³⁷ Así, la particular gravedad de la colusión entre competidores viene siendo sostenida reiteradamente por la jurisprudencia del TDLC y de la CS desde que esta última estableciera a fines de 2010 que “[L]a colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen los participantes”. CS, 29.12.2010, Rol 1746-2010 (c. 12°), recaída en reclamaciones contra TDLC, 07.01.2010, Sentencia N° 94/2010 (*Transportistas Osorno*). Y más recientemente, expresa el TDLC, 23.12.15, Sentencia N°148/2015 (*Asfaltos II*), “Que como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia porque importa socavar los fundamentos de un sistema económico basado en el mercado como asignador eficiente de los recursos productivos;” (c. 132°)

⁸³⁸ En este sentido, p.ej., TDLC, 23.12.15, Sentencia N°148/2015 (*Asfaltos II*), “[C]omo ha señalado este Tribunal en ocasiones anteriores, en casos de colusión el grado de colusión el grado de poder de mercado conferido por el acuerdo que se requiere acreditar es menor al que se exige en un caso de abuso de posición dominante (por ejemplo, sentencia N° 145/2015).” (c. 54°). No obstante, se puede reparar en que el caso referido es un acuerdo de precios, no un reparto de mercados, ambos tipos de colusión con efectos equivalentes pero conductualmente diferentes, lo que obliga al TDLC a examinar si el acuerdo confirió o no poder de mercado con un criterio diverso a aquel con el que examinaría el punto en un acuerdo de precios. *Ibidem*, (c. 54°, 55°).

Más aún, en decisiones recientes, sí se perciben desarrollos jurisprudenciales que se orientan a resguardar eventuales menoscabos al *rule of law* al avanzar desde estándares abiertos hacia directrices o reglas.

Así, por ejemplo, en materia de multas en un caso de infracción a una resolución previa, el TDLC recientemente sostuvo sobre la determinación de su monto:

“Que, como es sabido, nuestra legislación no establece una metodología para fijar las multas a ser impuestas por este Tribunal [...] Que la ausencia de una metodología legal debe ser subsanada por este Tribunal precisando en sus sentencias ciertas directrices destinadas a otorgar un razonable grado de predictibilidad respecto de las sanciones pecuniarias a ser impuestas en esta sede;”⁸³⁹

Lo anterior manifiesta una auto-contención del juzgador frente al amplio margen de discrecionalidad que el legislador le ha otorgado en dicha materia y contrasta con la argumentación instrumental del efecto relativo de las sentencias que tiempo atrás brindaba el presidente del TDLC para argumentar en favor de decisiones caso-a-caso⁸⁴⁰.

Por otra parte y considerando que la tercera sala de la Excma. Corte Suprema ha establecido que el órgano cuya decisión se revisa⁸⁴¹, *“debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y*

⁸³⁹ TDLC, 09.12.15, Sentencia N°147/2015 (*Requerimiento FNE c/ SMU*) (c.135°, 136°); el subrayado es nuestro.

⁸⁴⁰ En su cuenta anual presentada en mayo de 2006, el presidente del TDLC en aquel entonces manifestaba, en alusión a este principio: “[...] las decisiones finales que hemos adoptado en cada caso en particular, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 inciso segundo del Código Civil no pueden entenderse como de validez general, y, además, porque cada mercado es un mundo en sí mismo en cuanto se refiere a las características del producto, la cercanía de sus posibles sustitutos, su importancia para los consumidores, el ritmo de avance tecnológico para proveer el servicio en cuestión, su importancia para el funcionamiento de la economía en general y, por supuesto, las barreras a la entrada al mercado que se defina como relevante”. pp. 11-12. Cuenta Anual TDLC 12.05.2006.

⁸⁴¹ En el caso, la Contraloría General de la República.

particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo”⁸⁴², parecieran estar sentadas las bases de lo que podrían ser desarrollos importantes a futuro en materia de precedentes judiciales y de la actuación administrativa con fuerza vinculante cuando corresponda y no meramente argumentativos⁸⁴³.

Por tanto y, sin perjuicio de que es posible identificar una serie de desarrollos en la práctica decisoria de nuestras autoridades de competencia que son consistentes y fortalecen el *rule of law*, al menos en principio, como la generación de guías o lineamientos en materias sustantivas por parte de la FNE, o el hacer cumplir las reglas jurídicas vigentes sin atender a la eficiencia o ineficiencia de la conducta a la cual se imputa su infracción, las secciones que siguen buscan ilustrar situaciones en que dicho ideal jurídico-político pudo haber sufrido un menoscabo.

6.3. Anomalías en la utilización de reglas y estándares

Resolver si la conducta bajo análisis debe ser decidida en conformidad con una regla o un estándar, evidentemente, forma parte del arte de la decisión, en base a los criterios que la doctrina brinda hoy para ello⁸⁴⁴. En las tres situaciones que se agrupa bajo esta sección, el origen del posible menoscabo al *rule of law* tiene su explicación en la respectiva resolución o conjunto de decisiones. Ello, de paso, muestra la estrecha relación entre los problemas sobre reglas y estándares y sobre teoría de precedentes.

⁸⁴² CS, 06.11.2012, Rol 5984-2012 (c. 9º) (*Patentes Municipales Sociedades de Inversión*). Y, dejando de lado la discusión sobre el ámbito de la revisión judicial a decisiones del TDLC por la CS, problema abordado en TAPIA y CORDERO (2015).

⁸⁴³ Cfr. TAPIA y CORDERO (2015), p. 62, donde refieren la “ausencia en Chile de uno de los elementos esenciales que permiten que las doctrinas judiciales posean cierta lógica y coherencia: el respeto y confianza en los precedentes (lo que la doctrina anglosajona denomina *stare decisis*)”

⁸⁴⁴ V. *supra* 4.2.1.

6.3.1. Tratamiento *per se* a un caso que debió juzgarse de conformidad con un estándar o una regla menos objetiva

A partir del estudio efectuado sobre reglas y estándares⁸⁴⁵, frente a un tipo de materia que no puede resolverse sino en base a un estándar (p. ej., una conducta eventualmente anticompetitiva novedosa en el sistema), tratar de imponer (legislativamente o por el juez) una regla simple y precisa podría tornarse en un amarre para el juzgador que podría ser tan nefasto para el *rule of law* como la situación inversa. Por otra parte, una teoría de precedentes importa la necesidad de identificar qué rasgos de un caso anterior hacen de él un precedente relevante para el caso presente⁸⁴⁶. Finalmente, la falta de razones acerca de la selección del tipo de norma con arreglo a la cual se juzga (en el continuo regla-estándar) o de justificaciones para invocar un determinado caso anterior como precedente (¿en qué radica la similitud, por qué tal *ratio decidendi* resulta aplicable?), podría incumplir con los requisitos de fundamentación de la sentencia judicial.

Este es el tipo de defectos que parecen encontrarse en el “caso Achap”⁸⁴⁷. El directorio de una asociación gremial promovió la coordinación de sus afiliadas en concursos de campañas publicitarias convocadas por empresas mandantes en el período marzo-abril de 2008. Dicha coordinación buscó obtener términos y condiciones más favorables, y se tradujo en un acuerdo de reducir –mediante sorteo– a cinco el número de empresas en competencia en los concursos, sin que los clientes avisadores tuvieran conocimiento de ello.

⁸⁴⁵ V. *supra* 4.2.1.

⁸⁴⁶ Sin perjuicio de las dificultades de esto, v. p. ej. SCHAUER (2009), pp.44-54.

⁸⁴⁷ TDLC, 29.01.2013, Sentencia N° 128/2013, (*Achap*). Extractos y extensiones a partir de un comentario previo al mismo en ARAYA (2014b).

Conociendo por primera vez de una conducta de este tipo y, partir de su incorrecta calificación como boicot colectivo⁸⁴⁸ y no como negativa concertada a contratar⁸⁴⁹, el TDLC invoca como precedente un caso anterior cuya aplicación no era pertinente a aquel bajo análisis⁸⁵⁰ y termina sometiendo a una regla *per se* –cuestión que se infiere de los últimos considerandos del fallo⁸⁵¹– una conducta que debió quedar sujeta a regla de la razón o, a lo sumo, a una presunción de ilicitud desvirtuable⁸⁵². La Excma. Corte Suprema al conocer de los recursos de reclamación no reparó en ninguna de estas circunstancias⁸⁵³.

De este modo, por insuficiente diferenciación que conduce a una errónea calificación y descontextualizada cita de un caso anterior, el resultado decisorio es que el TDLC pierde la oportunidad de sentar una regla más apropiada para las negativas concertadas a contratar. ¿Acaso están sometidas a un tratamiento *per se* en Chile? Ninguno de los elementos de la concepción de *rule of law* adoptada en este trabajo (regla, predictibilidad, limitación a la discrecionalidad) se reconocen en una situación como la descrita.

Mayor atención frente a casos novedosos en el sistema, suficientes grados de diferenciación al momento de calificar las conductas bajo análisis y cuidado con la

⁸⁴⁸ *Ibidem*, (c. 95° y 96°)

⁸⁴⁹ Sobre esta distinción, ARAYA (2014b), pp. 346-348.

⁸⁵⁰ TDLC, 29.01.2013, Sentencia N° 128/2013, (*Achap*) (c. 102°). Aplica la regla más rigurosa que ha establecido la CS a acuerdos de precios para el análisis de una negativa concertada a contratar, en la errática búsqueda jurisprudencial de una reglas más objetiva. Sobre esto v. *infra* 6.3.2.

⁸⁵¹ “*Que, de cualquier forma, aun de ser efectivo el que las licitaciones con menos oferentes se acerquen más al óptimo social que las licitaciones materia de autos, este Tribunal considera que conductas como el boicot colectivo de autos no son ni deben ser la forma de intentar generar cambios en el sistema de licitaciones imperante en el mercado*”

⁸⁵² El desarrollo del argumento en ARAYA (2014b), pp. 353-354.

⁸⁵³ CS, 23.12.13, Rol 2666-2013, rechaza íntegramente la reclamación formulada por una de las agencias de publicidad condenadas y rechaza la petición principal de la reclamación planteada por la FNE. Acoge la petición subsidiaria de la FNE en cuanto se deja sin efecto la condena en costas. Con voto disidente que estuvo por acoger recurso de la condenada.

pertinencia de la decisión anterior que se invoca como precedente parecen lecciones a extraer de esta situación, cuando se adopta la perspectiva del *rule of law* en materia de reglas y estándares y, la teoría de precedentes.

SÍNTESIS y CONCLUSIONES

Síntesis

Este trabajo ha llegado a identificar las principales cuestiones y problemas de *rule of law* en el derecho de la competencia, siguiendo una concepción inspirada en un enfoque liberal clásico. Efectúa aplicaciones de lo anterior a Chile.

El ‘enfoque liberal clásico’ que ha guiado esta investigación se centra en dos autores principales de la Ilustración Escocesa (David Hume y Adam Smith) y en aquellos movimientos y pensadores que buscaron retomar dicha tradición en el siglo XX (ordoliberalismo-escuela de Friburgo, y F.A. Hayek).

Dicho enfoque se diferencia, por una parte, de un liberalismo sin restricciones o de *laissez-faire* –posturas defendidas en la actualidad por el libertarianismo– como también, de un liberalismo moderno, ya sea inspirado en la economía del bienestar social o en alguna versión igualitarista. A partir del siglo XX, la tradición ‘liberal clásica’ ha enfrentado como dificultades su errónea asociación con un liberalismo de *laissez-faire*, más tarde, su vinculación con el neoliberalismo (en sus diversas versiones pero en donde la doctrina económica dominante de la Universidad de Chicago de los años sesenta y setenta tuvo un rol crucial) y, hoy en día, su indebida apropiación por cultores del libertarianismo. La gran pregunta de qué significa promover el ideario liberal clásico en la sociedad actual sigue abierta y no deben admitirse respuestas distorsionadas.

La libertad que promueve el liberalismo clásico tiene un carácter institucional, no es absoluta, ni defiende una postura política de estado mínimo. Y si bien la protección de las libertades civiles y políticas, de la propiedad privada y de los contratos es aquello

que se asocia de manera más recurrente con el liberalismo clásico, son el concepto de libertad con apego al derecho y la búsqueda por una contención del poder, independientemente de su forma o fuente, dos constantes principales en el liberalismo clásico que es necesario rescatar con vigor.

En el liberalismo clásico anglosajón del siglo XVIII, en efecto, maduraron dos mecanismos centrales –a disposición de la sociedad desde entonces– para la contención del poder: la idea de competencia en los mercados y el ideal del *rule of law*. No obstante, la noción de que la competencia en los mercados podía ser protegida por un ‘derecho de la competencia’ –tal como se lo conoce hoy– no llegó a madurar al mismo tiempo, sino que para ello hubo que esperar a que se generaran los desequilibrios propios del capitalismo industrial de fines del siglo XIX.

La **primera parte** del trabajo (capítulo 1) encaminó un programa de investigación para los problemas de competencia en los mercados desde un prisma liberal clásico. La contribución central de un enfoque tal es la identificación de formas de poder –la influencia indebida de las empresas en la política y en la definición de las reglas del juego y, el poder tecnocrático– que no parecen tan evidentes en un análisis exclusivamente tecnocrático de la política y el derecho de la competencia, a pesar de que dichos poderes afectan negativamente la competencia en los mercados. Esta investigación, no obstante, se ha limitado a explorar un mecanismo de contención, principalmente, del poder tecnocrático: el *rule of law* en una concepción formalista de inspiración liberal clásica.

La **segunda parte** precisó los conceptos ‘enfoque liberal clásico’ y ‘*rule of law*’, desde un punto de vista teórico.

El capítulo 2, al profundizar en los pilares del enfoque liberal clásico, ha establecido contrastes importantes tanto con el libertarismo como con las concepciones centrales

que integran el discurso inspirado en la economía del bienestar social que ha dominado en el derecho de la competencia en los últimos cuarenta años. En este sentido, se identificaron como pilares liberales clásicos –pertinentes a los objetivos de esta investigación– aspectos metodológicos y otros referidos a las concepciones del individuo, de la competencia y de los mercados; la concepción y función que desempeñan en tales autores la utilidad y el desarrollo o crecimiento y, en qué medida admiten aspectos redistributivos. Se exploró sus concepciones sobre justicia y el rol del derecho. Tal recorrido, al mismo tiempo, permitió evidenciar la posibilidad de un diálogo fluido del enfoque liberal clásico con varios desarrollos contemporáneos que desafían la corriente principal en política, derecho y economía de la competencia en cuanto ella siga anclada en los postulados de la escuela *antitrust* de Chicago de los setentas. El recorrido por las ideas que plantearon D. Hume y A. Smith en el contexto de la Ilustración Escocesa y los renovadores de su pensamiento en el s. XX, permitió llegar a conjeturar sobre la posibilidad de concebir hoy una política y derecho de la competencia desde un enfoque liberal clásico, con atributos que, de manera no taxativa se consignaron hacia al final de la sección (2.5.3). Tales atributos brindan soporte a la definición de política de competencia desde un enfoque liberal clásico que se brindó desde la introducción de este trabajo y que se consigna, más abajo, como parte de la conclusión (I).

A partir de lo anterior se mostró que la pregunta más importante que puede hacersele a un sistema de política y derecho de la competencia –cualquiera– desde un enfoque liberal clásico, es cuáles son sus problemas y cuestiones de *rule of law* y en qué medida dicho sistema satisface los principios del *rule of law*.

Consecuentemente, el capítulo 3 se consagra al estudio de los principales planteamientos que sobre el *rule of law* ofrecen autores liberales clásicos (D. Hume, A. Smith, autores ordoliberales y, F.A. Hayek) y determinados teóricos del derecho contemporáneos (T. Bingham y, J. Waldron). Lo anterior, con el objetivo de concluir en

la proposición de una concepción formalista y operativa de *rule of law*, de inspiración liberal clásica –pero independiente del objetivo de la política de competencia– integrada por cuatro elementos que se precisará en la conclusión (III).

La **tercera parte**, sitúa la concepción de ‘*rule of law*’ adoptada en el capítulo 3 en el contexto del derecho de la competencia.

En el capítulo 4, la plausibilidad de dicha concepción se puso a prueba por medio del estudio de los problemas y cuestiones de *rule of law* en el derecho de la competencia en el extranjero.

En particular, se abordó allí en profundidad:

- La necesidad de consideraciones de *rule of law* por la política y el derecho de la competencia (4.2.);
- La utilización de reglas y estándares en la resolución de los casos (4.2.1.);
- La discrecionalidad de las autoridades de competencia en impulsar la aplicación de la ley (4.2.2.);

A partir de lo anterior, se ofreció una nómina de otras materias, tales como: abusos en la utilización de salidas alternativas, la necesaria legalidad, predictibilidad y uniformidad en medidas y sanciones, lo fundamental para el sistema de una adecuada teoría de precedentes, los lineamientos de las autoridades, la promoción y fomento de la competencia y, la aplicación del derecho de la competencia en sectores regulados (4.2.3.).

Todo lo anterior brindó un primer soporte de plausibilidad a la concepción de *rule of law* adoptada.

El capítulo 5, al tratar las cuestiones y problemas de *rule of law* en derecho de la competencia en Chile que pueden desprenderse del marco legal vigente, brindó a la concepción de *rule of law* adoptada un segundo nivel de sustento, de mayor solidez; y, junto con ello, comenzó a identificar ya desde el marco jurídico general del derecho de la competencia en Chile y de los comentarios de la doctrina, posibles cuestiones y problemas de *rule of law* que se identifica en la conclusión (V).

Demostrada así la plausibilidad de la concepción de *rule of law* adoptada, el capítulo 6 ilustró por medio de algunos ejemplos de la práctica decisoria de las autoridades de competencia en Chile, problemas y cuestiones de *rule of law* en el medio nacional, casos en que se han producido apartamientos de sus principios, dónde se visualizan riesgos y, correcciones posibles.

Conclusiones

Los resultados de la investigación desarrollada pueden plasmarse en las siguientes conclusiones.

(I) Es posible y valorable aproximarse a una concepción liberal clásica del derecho de la competencia, a partir de ciertos desarrollos contemporáneos, de determinadas consideraciones políticas, y de la identificación de ciertos límites a la discrecionalidad de las distintas formas de poder que afectan negativamente la competencia en los mercados. Una concepción tal se distingue claramente tanto de la mirada más convencional –del lente consecuencialista de la economía del bienestar– como de posiciones libertarianas contrarias a toda ‘interferencia’ en los mercados. Desde este enfoque, una política económica de competencia debe estar orientada por reglas de

general aplicación, su aplicación quedar sujeta a mecanismos de revisión judicial, y su propósito debiera ser identificar y disciplinar, sin discriminaciones *a priori*, las distintas formas de poder –privado o público– que afectan los procesos de competencia en los mercados (1.1., 1.2.2., 1.3.2., 2.5.3.)

(II) Una de las principales implicancias –acaso no la principal– de un enfoque liberal clásico consiste en el rescate del *rule of law* como un ideal jurídico-político fundamental a ser considerado por cualquier sistema que pretenda descansar en el derecho para implementar una política determinada, en este caso, la política de competencia. Y lo anterior, aún cuando la política se pretenda ejecutar por mecanismos de tinte regulatorio. (3.2.)

(III) Una concepción operativa y formalista de *rule of law*, de inspiración liberal clásica, se compone de los siguientes cuatro elementos (3.4.):

- (i) la capacidad del ordenamiento jurídico para crear reglas de general aplicación;
- (ii) la aptitud de éstas de restringir la discrecionalidad de quien ostenta un poder;
- (iii) el nivel de predictibilidad que dichas reglas otorgan a los individuos;
- (iv) qué tan ajena a la voluntad de individuos se encuentra la sub-aplicación o sobre-aplicación del derecho.

(IV) La concepción de *rule of law* que la investigación adopta encuentra su plausibilidad sustentada (para la argumentación en el derecho de la competencia) en cuáles son los problemas y cuestiones de *rule of law* en este ámbito normativo en el extranjero. Ella presta utilidad práctica en el tratamiento, principalmente, de las siguientes materias, con un enfoque diferente al de la literatura sobre regulación y análisis económico del derecho:

- La adecuada conjugación en el uso de reglas, estándares y normas a medio camino entre ellos (4.2.1.);
- La buena administración de la discrecionalidad de las autoridades de competencia para evitar las actuaciones en exceso o insuficientes (4.2.2.);
- La ponderada utilización de las salidas alternativas y de otros medios regulatorios de aplicación de la política de la competencia (4.2.3.);
- El desarrollo de una sólida teoría de precedentes judiciales y administrativos (4.2.3.);

(V) El concepto de *rule of law* y su sustento en la literatura extranjera encuentra respaldo también en un examen general del marco jurídico chileno. Dicha revisión empieza a sugerir como áreas o materias con posibles problemas y cuestiones de *rule of law*, las siguientes (5.1., 5.2.) :

(V.i.) En el ámbito de **atribuciones de la FNE**, el necesario desarrollo de:

- Reglas o criterios en el uso de salidas alternativas y límites para su procedencia;
- Reglas o criterios en la elección de mecanismos regulatorios vs. mecanismos de aplicación de la ley;
- Una explicitación *ex – ante* o *ex – post* de los criterios de asignación de prioridades y/o rendiciones de cuenta con evaluaciones de impacto de las intervenciones;
- Lineamientos para medidas y sanciones;

(V.ii.) En el ámbito de **atribuciones del TDLC**, el necesario el desarrollo de:

- Una robusta teoría de precedentes;

- Presunciones judiciales e inversiones de la carga de la prueba;
- Reglas per se, presunciones, puertos seguros;
- Claridad de los criterios sobre conciliaciones y acuerdos extrajudiciales;
- Claridad de los criterios de cuándo iniciará un ERN;
- Claridad de los criterios de cuándo iniciará un procedimiento orientado a la dictación de una instrucción de carácter general;

(V.iii.) En el ámbito de **atribuciones de la CS**, el necesario desarrollo de:

- Precedentes que vayan delimitando su ámbito de revisión en diferentes materias;
- Claridad de los criterios sobre conciliaciones;
- Precedentes que contribuyan a la elaboración de reglas sustantivas;
- Un específico ámbito de revisión donde vele por el correcto desarrollo de una teoría de precedentes por el TDLC;

(V.iv.) En el ámbito de **atribuciones del legislador**, considerar:

- Mejoras en la redacción de las reglas: p. ej., art. 3 inc. 1º; art. 39 inc. 1º; ¿puede la letra a) del art. 3 inc. 2º mantenerse a título ejemplar?
- El diseño de mecanismos de revisión judicial de las decisiones de no investigar la FNE;
- La exigencia de mayores rendiciones de cuentas a las autoridades de competencia: p.ej. la obligación de efectuar evaluaciones de impacto de sus principales decisiones o, eventualmente, justificar la falta de intervención en algunas industrias, cuando antecedentes objetivos lo habrían así respaldado;

(VI) La concepción se vuelve operativa para identificar, en la práctica decisoria de las autoridades de competencia en Chile, situaciones de posible menoscabo para el *rule of law*. La posibilidad de identificarlas, permite evaluar su magnitud y considerar

medidas correctivas o de mitigación, en protección del *rule of law*. Este trabajo, a modo ilustrativo y como estudio de caso, presentó el siguiente:

(VI.i.) Sobre la utilización de normas apropiadamente diferenciadas en el continuo reglas-estándares se examinaron tres situaciones que dieron cuenta, respectivamente, de errores de calificación, de inconsistencias y de un insuficiente desarrollo jurisprudencial que es necesario precaver y revertir (reglas, predictibilidad, límites a la discrecionalidad);

(VII) Sólo una recopilación exhaustiva de la práctica decisoria permitiría establecer si, en el agregado de decisiones, la magnitud del apartamiento de los principios del *rule of law* por las autoridades de competencia en Chile es significativa. Mientras dicho estudio no se haga, aproximaciones como la ofrecida en este trabajo, permiten ir introduciendo correcciones progresivas y paulatinas.

(VIII) La idea de competencia en los mercados y el ideal jurídico-político del *rule of law* son tal vez las dos más importantes tecnologías sociales no bélicas y seculares que, maduras en el liberalismo anglosajón del siglo XVIII, han buscado disciplinar diferentes formas de poder. En el derecho de la competencia es necesario que tales ideas confluyan para que el ejercicio de disciplinar una forma de poder económico (el poder de mercado) se haga efectivamente y, en el proceso, no surjan ni queden sin disciplina o presión otros poderes (el tecnocrático y la influencia indebida en el proceso político).

(IX) En definitiva, el consecuencialismo de la mirada predominante de la política y el derecho de la competencia y, el formalismo del *rule of law*, ofrecen valores inconmensurables que resulta necesario conjugar de modo razonable en protección de la democracia liberal. Ninguno de ellos puede reclamar para sí la exclusividad, sino promover su co-existencia. Para ello debe inferirse de situaciones concretas en qué

medida cada uno de esos valores puede estar comprometido, evaluar luego una conjugación apropiada en abstracto para el tipo de materia en cuestión para, finalmente, aplicar tal balance en la resolución del caso.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACTON, Harry B. 1993. *The Morals of Markets and Related Essays*. Indianápolis, Liberty Fund. 286p.
2. AGÜERO, Francisco. 2004. Nuevos Elementos para el Debate Sobre el Bien Jurídico Libre Competencia. Boletín Latinoamericano de Competencia 19, pp. 124 y ss.
3. AMATO, Giuliano. 1997. *Antitrust and the Bounds of Power, The Dilema of Liberal Democracy in the History of the Market*. United States, Hart Publishing Oxford. 133p.
4. ANDRIYCHUK, Oles. 2010. Rediscovering the Spirit of Competition: On the normative value of the competitive process. *European Competition Journal* Vol. 6, No. 3. pp. 575-609. [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1781512>[consulta: 30 diciembre 2015]
5. ARAYA, Fernando. 2005. Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación. Revista Chilena de Derecho Privado F. Fueyo 4. pp. 9-32.
6. ARAYA, Fernando. 2011a. Lo Determinante en la Venta Atada y en los Descuentos por Productos Empaquetados como Abuso de Posición Dominante de Exclusión., Revista Chilena de Derecho Privado F. Fueyo 16. pp. 380-389.
7. ARAYA, Fernando. 2011b. Precios Excesivos como Abuso de Posición Dominante de Explotación: ¿Cuándo y cómo intervenir en sede de Libre Competencia? Revista Chilena de Derecho Privado F. Fueyo 17. pp. 286-305.
8. ARAYA, Fernando. 2012a. Determinación del Mercado Relevante en la Colusión entre Oferentes en Licitaciones: ¿Hacia un acuerdo ilícito por su objeto? Revista Chilena de Derecho Privado F. Fueyo 18. pp. 225-241.
9. ARAYA, Fernando. 2012b. Una Lectura Deontológica del Requisito de Aptitud Objetiva del Acuerdo entre Competidores para Afectar la Libre Competencia. Revista Chilena de Derecho Privado F. Fueyo 19. pp. 238-244.
10. ARAYA, Fernando. 2013a. El problema del Oligopolio y los Efectos Coordinados. Revista Chilena de Derecho Privado F. Fueyo 20. pp. 271-284.
11. ARAYA, Fernando. 2013b. Algunas Luces en los Desafíos de la Gobernanza Transnacional en Carteles Internacionales. Revista Chilena de Derecho Privado F. Fueyo 21. pp. 433-445.
12. ARAYA, Fernando. 2014a. Sobre los Diferentes Tipos de Boicot Colectivo y la Colusión en Concursos. Revista Chilena de Derecho Privado F. Fueyo 22. p. 341-354.
13. ARAYA, Fernando. 2014b. Efecto “Paraguas” de la Colusión y la Imputación Objetiva de los Daños Indemnizables: Sentencia del Tribunal De Justicia de la Unión Europea. Revista Chilena de Derecho Privado F. Fueyo 23. pp. 425-441.
14. ARAYA, Fernando. 2015. La existencia de Colusión Explícita Puede Acreditarse por Evidencia Indirecta en Ausencia de Prueba Directa. Una Reflexión Sobre Colusión Tácita, “Acuerdos Tácitos” y Prácticas Concertadas. Revista Chilena de Derecho Privado F. Fueyo 24. pp. 233-250.
15. ARMENTANO, Dominick T. 2007. *Antitrust: The Case for Repeal*. Ludwig von Mises Institute. 3a ed. 111p.

16. ARROW, Kenneth J. & DEBREU, Gerard. 1954. Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy. *Econometrica* 22. pp. 265-290. [en línea <http://web.stanford.edu/class/msande311/arrow-debreu.pdf> >[consulta: 30 diciembre 2015]
17. ASHRAF, Nava, CAMERER Colin, y Lowenstein George. 2005. Adam Smith, Behavioral Economist. *Journal of Economic Perspectives*, V. 19, N°3. pp. 131-145.
18. ATIYAH, Patrick S. & SUMMERS Robert S. 1987. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*. Oxford, ed. Clarendon Press. 448p.
19. AYALA E., José. 1999. *Instituciones y Economía: Una introducción al neoinstitucionalismo económico*. México, Fondo de Cultura de México ed. 397p.
20. BAKER, Jonathan B. 2003. A Preface to Post-Chicago Antitrust. En: CUCINOTTA, Antonio, PARDOLESI, Roberto y VAN DEN BERGH, Roger (eds.). "Post-Chicago Developments in Antitrust Law". UK, Cheltenham, Edward Elgar Publishing. pp. 60-75.
21. BAKER, Jonathan B. 2013. Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust. *81 Fordham Law Review* 2175. [en línea] <https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=2200183>[consulta: 30 octubre 2015]
22. BAKER, Jonathan B. 2005. Competition Policy as a Political Bargain, American University - Washington College of Law. [en línea] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=649442 [consulta: 30 octubre 2015]
23. BAKER, Jonathan B. 2015. Taking the Error Out of 'Error Cost' Analysis: What's Wrong with Antitrust's Right. *80 Antitrust Law Journal* No.1. pp. 1-38.
24. BAKER, Jonathan B. y SALOP, Steven C. 2015. Antitrust, Competition Policy and Inequality. *104 The Georgetown Law Journal Online*. [en línea] <http://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/291/> [consulta: 30 octubre 2015]
25. BAKER, Jonathan B. y SHAPIRO, Carl. 2012. The Perils of Armchair Analysis: Evaluating Merger Enforcement during the Obama Administration. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2115273> [consulta: 30 octubre 2015]
26. BALDWIN, Robert & CAVE, Martin & LODGE Martin. 2012. *Understanding Regulation*. Oxford University Press, 2ed. 547p.
27. BARROS, Enrique. 1991a. Tensiones del Derecho actual. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* T. LXXXVIII. pp. 9 y ss.
28. BARROS, Enrique. 1991b. Clase Inaugural 1991 Universidad Adolfo Ibañez.
29. BARROS, Enrique. 1999. Límites a los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso de derecho. Revista Derecho y Humanidades 7, pp. 11-37.
30. BARROS, Enrique. 2001. Lo Público y lo Privado en el Derecho. Santiago. Estudios Públicos 81. pp. 5 y ss.
31. BARROS, Enrique. 2005a. Justicia y eficiencia como fines del derecho privado patrimonial. En: VARAS, Juan Andrés y TURNER, Susan (eds.). *Estudios de derecho civil. Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil (Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005)*. Santiago. Lexis Nexis. pp. 9-32.

32. BARROS, Enrique. 2005b. La prueba en los casos de libre competencia. Santiago, Publicación Día de la Competencia 28 de octubre de 2004. Fiscalía Nacional Económica.
33. BARROS, Enrique. 2006. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1230p.
34. BARROS, Enrique. 2008. La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz. Santiago. Estudios Públicos. Vol. 112.
35. BECKER, Gary S. 1968. Crime and Punishment: An Economic Approach. En: Essays in the Economics of Crime and Punishment. NBER, ISBN: 0-87014-263-1 [en línea] <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2015]
36. BECKNER III, Frederick y SALOP, Steven C. 1999. Decision Theory and Antitrust Rules. 67 Antitrust Law Journal. pp. 41 y ss.
37. BEINHOCKER, Eric D. 2006. Origin of Wealth: Evolution, Complexity, and the Radical Remaking of Economics. New York. Harvard University Press. 526p.
38. BERLIN, Isaiah. 1958. Two Concepts of Liberty. UK. Oxford: Clarendon Press. En: I. Berlin. 1969. *Four Essays on Liberty*, London: Oxford University Press. New ed. in Berlin.
39. BERNEDO, Patricio. 2013. Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010. Santiago. Fiscalía Nacional Económica. 217p.
40. BIGWOOD, Rick. 2003. Exploitative Contracts. New York. Oxford University Press. 584p.
41. BINGHAM, Tom. 2011. The Rule of Law. Londres. ed. Pengu Books. 224p
42. BINMORE, Ken. 2005. Natural Justice. Oxford, Oxford University Press. 224p.
43. BLACKSTONE, Williams. 1884. Blackstone's Commentaries on the Laws of England (1765-1769). The Law book Exchange, Ltd, 3ed. V. I-II.
44. BORK, Robert. [1978](1993). The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself. New York. The Free Press. 479p.
45. BOSCH A., KOSLOWSKI P. y VEIT R. (eds.). 1990. General Equilibrium or Market Process: Neoclassical and Austrian Theories of Economics. Tübingen. ed. Mohr. 163p.
46. BROADIE, Alexander (ed.). 2007. The Cambridge Companion to the Scottish Enlightenment. Cambridge. Cambridge University Press. 384p.
47. BUCCIROSSI, Paolo. 2009. Deterrence in Competition Law. Governance and the Efficiency of Economic System, Discussion Paper No. 285. [en línea] <<http://www.sfbtr15.de/uploads/media/285.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2015]
48. BULNES, Felipe. 2008. Las operaciones de concentración y sus cuestionamientos competitivos y extra competitivos. Anales de Derecho UC 4 Temas de Libre Competencia 2. p. 11 y ss.
49. CAIRNS, John. 2007. Legal Theory. En: The Cambridge Companion to the Scottish Enlightenment. Nueva York. VV.AA. ed. by A. Broadie. Cambridge University Press. pp. 222 y ss.
50. CARRIER, Michael A. 2011. Innovation for the 21st Century. Oxford University Press; 1 edition. 416p.
51. CARRON, Blaise. 2004. Les transaction couplées en droit de la concurrence. Analyse économique et juridique compare. Zürich. Ed. Schulthess. 406p.

52. CHAGNY, Muriel. 2004. Droit de la concurrence et droit commun des obligations. Paris. Dalloz. 1132p.
53. CHESTERMAN, Simon. 2008. An International Rule of Law?. American Journal of Comparative Law. Vol. 56. pp. 331-361 [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1081738> [consulta: 30 octubre 2015]
54. CHRISTIANSEN, Arndt & KERBER, Wolfgang. 2006. Competition policy with optimally differentiated rules instead of 'per se rules vs. rule of reason'. Journal of Competition Law and Economics 2(2). pp. 215-244.
55. COOTER, Robert D. 1987. Liberty, Efficiency, and Law. Law and Contemporary Problems 50. pp. 141 y ss.
56. CLOUGHERTY, Joseph & DUSO, Tomaso& LEE, Miyu& SELDESLACHTS, Jo. 2015. Effective European Antitrust: Does EC Merger Policy Generate Deterrence?.DIW BerlinDiscussionpaper No. 1523. [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2695314>[consulta: 30 diciembre 2015]
57. CRANE, Daniel A. 2007. Rules versus Standards in Antitrust Adjudication. Vol. 64 Washington & Lee Law Review. [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927293> [consulta: 30 octubre 2015]
58. CRANE, Daniel A. 2008. Technocracy and Antitrust.Texas Law Review Vol. 86. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1030632> [consulta: 25 Octubre 2015]
59. CRANE, Daniel A. 2010. Optimizing Private Antitrust Enforcement. Vanderbilt Law Review. Vol. 63, N° 2. [en línea]<<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1129&context=articles>> [consulta: 25 octubre 2015]
60. CRANE, Daniel A. 2011. The Institutional Structure of Antitrust Enforcement. Nueva York, ed. Oxford University Press. 268p.
61. CRANE, Daniel A. 2012. Has The Obama Justice Department Reinvigorated Antitrust Enforcement?. 65 Stan. L. Rev. Online 13. pp. 13-20. [en línea]<http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/online/articles/65_Stan_L_Rev_Online_13.pdf> [consulta: 30 octubre 2015]
62. CRANE, Daniel A. 2014. Formalism, Functionalism, and Consensus in Competition Law. Fiscalía Nacional Económica. Día de la Competencia 2014. [En línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Crane.pdf>> [consulta: 27 octubre 2015]
63. CORREIA, Edward O. 1995. Antitrust and Liberalism. Antitrust Bulletin: Spring 95 Vol. 40 Issue 1. pp. 99-168.
64. CSERES, Katalin J. 2005. Competition Law and Consumer Protection. La Haya, Kluwer Law International. 468p.
65. DAVIS, Joshua & LANDE, Robert. 2013. Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement. Georgia, Georgia Law Review, Vol. 48, N° 1.a [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2217051> [consulta: 25 octubre 2015]
66. DAVIS, Kenneth C. 1969. Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry.ed. Baton Rouge, Louisiana State University Press. 239p.
67. DE JONG, Henry W. y SHEPHERD, William G. (eds.). 2007. Pioneers of Industrial Organization: how the economics of competition and monopoly took shape.UK, Cheltenham, Edward Elgar Publishing. 360p.

68. DE LEON, Ignacio. 2010. Antitrust Policy Versus the Rule of Law. [en línea]<<https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/paper-austrian-economics-colloquium-rev.pdf>>[consulta: 30 diciembre 2015]
69. DE ROOVER, Raymond. [1974](1987). La teoría del monopolio antes de Adam Smith una revisión. Santiago. Estudios Públicos N° 25. pp. 169 y ss.
70. DEVLIN, Alan. 2012. Antitrust as Regulation. 49 San Diego Law Review. pp. 823 y ss.[en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1929385> [consulta: 20 octubre 2015]
71. DIVER, Colin S. 1983. The Optimal Precision of Administrative Rules. 93 Yale Law Journal. pp. 65 y ss.
72. DOMINGUEZ, Ramón. 1981. La Autonomía Privada, Decadencia y Renacimiento. Revista de Derecho U. de Concepción 169. pp. 143-155.
73. DUNNE, Niamh. 2014. Commitment Decisions in EU Competition Law. Journal of Competition Law & Economics 2014 (10) 2: pp. 399-444.
74. DUNNE, Niamh. 2015. Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets. Cambridge, ed. Cambridge University Press. 392p.
75. DWORKIN, Ronald M. 1967. The Model of Rules. 35 U. Chicago Law Review. pp. 14 y ss. [en línea] <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4614&context=fss_papers> [consulta: 25 octubre 2015]
76. DWORKIN, Ronald M. 1985. Liberalism. En: A Matter of Principle. Cambridge, Mass: Harvard University Press. pp. 181-204.
77. D'AGOSTINO, Serge, et ál. 2002. Dictionnaire de Sciences économiques & sociales, ed. Bréal, Rosny. 392p.
78. EALY, Steven D. 2010. The evolution of rule of law in Hayek's thought, 1935-1955. Working Paper No. 10-38. Mercatus Center, George Mason University.[en línea]<http://mercatus.org/sites/default/files/publication/WP1038_Evolution%20and%20Triumph%20of%20the%20Rule%20of%20Law.pdf> [consulta: 20 octubre 2015]
79. EASTERBROOK, Frank. 1983. Criminal Procedure as a Market System. Journal of Legal Studies 12. pp. 289-332
80. ELSTER, Jon y ROEMER, John E. (eds.). 1993. Interpersonal Comparisons of Well-being (Studies in Rationality and Social Change). Cambridge, Cambridge University Press, 1993. 406p.
81. ELTON, María. El concepto de justicia negativa en Adam Smith y sus raíces en el iusnaturalismo moderno. En: J. García-Huidobro, H. Herrera y M.A. Huesbe (eds.). 2009. Lo jurídico y lo político. Lo público como modo de existencia. Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes. pp. 97-109.
82. EPSTEIN, Richard A. 1995. Simple Rules for a Complex World. Cambridge, ed. Harvard University Press. 361p.
83. EVENSKY, Jerry. 2005. Adam Smith's Moral Philosophy: A Historical and Contemporary Perspective on Markets, Law, Ethics, and Culture. Cambridge, Cambridge University Press. 352p.
84. FARBER Daniel A. y MCDONNELL, Brett H. 2005. Is there a text in the class?' The conflict between textualism and antitrust. Journal of Contemporary Legal Issues 14. pp. 619 y ss.

85. FIGUEROA, Nicolás & REPETTO Andrea. 2013. Capítulo vi. Más competencia y protección efectiva de los consumidores. En: Andrea Plet y Pilar de Aguirre. Informe Grupo Res Publica Chile. Santiago. pp. 136-145.
86. FILIPPELLI, Marilena. 2013. Collective Dominance and Collusion. Parallelism in EU and US Competition Law. Northampton, MA, EE.UU.: Edward Elgar Publishing. 368p.
87. FIRST, Harry & WALLER, Spencer. 2013. Antitrust's Democracy Deficit. [en línea] Fordham Law Review Vol. 84. N°2. pp. 2543-2574. < http://fordhamlawreview.org/assets/pdfs/Vol_81/First_April.pdf> [consulta: 30 octubre 2015]
88. FLEISCHACKER, Samuel. 2005. On Adam Smith's Wealth of Nations: A Philosophical Companion. USA. Princeton University Press. 352p.
89. FLEISCHACKER, Samuel. 2006. Adam Smith y la Igualdad. Estudios Públicos 104. pp. 25 y ss.
90. FOER, Albert. 2014. On the Inefficiency as the Single-Minded Goal of Antitrust. American Antitrust Institute Working Paper N° 14-02. [en línea] < <http://www.antitrustinstitute.org/sites/default/files/WorkingPaper14-02.pdf>> [consulta: 25 octubre 2015]
91. FOX, Eleanor. 2002. What is harm to Competition?-Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect. Antitrust Law Journal 7. pp. 371 y ss.
92. FOX, Eleanor. 2014. Rule of Law, Standards of Law, Discretion and Transparency. 67 SMU L. Rev. pp. 795-800. [en línea] < <http://digitalrepository.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=smulr>> [consulta: 25 octubre 2015]
93. FOX, Eleanor y CRANE, Daniel A. (eds.). 2007. Antitrust Stories. New York. Foundation Press. 399p.
94. FREELAND, Chrystia. 2012. Plutocrats. The Rise of the New Global Super Rich and the Fall of Everyone Else. Nueva York. Estados Unidos: The Penguin Press. 353p.
95. FRIEDMAN, Milton. [1962](2002). Capitalism and Freedom. Chicago. The University of Chicago Press. 202p.
96. GAROUPA, Nuno. 2008. Some Reflections on the economics of persecutors: Mandatory v selective prosecution. Pennsylvania, University of Illinois, Working papers series in economic and social sciences.[en línea]<<http://repec.imdea.org/pdf/imdea-wp2008-04.pdf>> [consulta: 30 noviembre 2015]
97. GAVIL, Andrew I. 2012. Moving beyond caricature and characterization: The Modern Rule of Reason in Practice. 85 S. Cal. L. Rev. pp. 733 y ss. [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2065031> [consulta: 20 octubre 2015]
98. GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. 2005. Principles and Methods of Law and Economics: basic tools for normative reasoning. Cambridge, Cambridge University Press. 394p.
99. GERBER, David J. 1994. Prometheus Born: The High Middle Ages and the Relationship between Law and Economic Conduct. EE.UU. St. Louis University Law Review 38. pp. 673 y ss.
100. GERBER, David J. 1998. Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus. Oxford. Oxford University Press. 486p.
101. GHOSAL, Vivek. y SOKOL, Daniel D. 2014. The Evolution of U.S. Cartel Enforcement. Journal of Law and Economics. Forcoming. [en línea]< http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2345983> [consulta: 16 octubre 2015]

102. GONZALEZ, Aldo, MICCO Alejandro & CAICHA Constanza. 2013. El impacto de la persecución pública en los juicios de libre competencia en Chile. Santiago, Estudios Públicos, vol. 132. pp. 39-69.
103. GORDLEY, James. 2001. Contract, Property, and the Will – The Civil Law and Common Law Tradition. En: The State and the Freedom of Contract. VV.AA.. ed. by Harry N. Scheiber. Palo Alto, Stanford University Press. pp. 66 y ss.
104. GRILLO, Michele. 2002. Collusion and Facilitating Practices: A New Perspective in Antitrust Analysis. European Journal of Law and Economics 14 N°2. pp. 151-169.
105. GROTIUS, Hugo [1901/1625](2007). “The Rights of War and Peace: Including the Law of Nature and of Nations. New York, Cosimo Classics. 346p.
106. GUZMAN, Alejandro. 1977. La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso. 128p.
107. GUZMAN, Alejandro. 2003. Historia de la denominación del derecho-facultad como ‘subjetivo. Valparaíso, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 25. pp. 407-443.
108. GUZMAN, Alejandro. 2009. El Derecho como facultad en la Neoescolástica española del siglo XVI. Madrid, Iustel. 280p.
109. HAAKONSSSEN, K. 2007. Natural jurisprudence and the theory of justice. En: The Cambridge Companion to The Scottish Enlightenment, VV.AA., ed. by A. Broadie, Cambridge University Press, Nueva York, pp. 205-221
110. HAAKONSSSEN, Knud. 1981. The Science of the Legislator: the Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith. Cambridge, Cambridge University Press. 240p.
111. HAAKONSSSEN, Knud. 1985. Hugo Grotius and the History of Political Thought, Political Theory. Vol.13 n°2. pp. 239-265.
112. HAAKONSSSEN, Knud (ed.). 2006. The Cambridge Companion to Adam Smith. Cambridge. Cambridge University Press. 429p.
113. HAMMOND, Scott. 2004. Cornerstones of an Effective Leniency Program. En: ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australia. [en línea]<www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm> [consulta: 20 octubre 2015]
114. HANDLER, Milton. 1991. Antitrust Exchange.66 N.Y.U. L. Rev. pp. 1257 y ss.[en línea]<<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr66&div=43&id=&page=>>> [consulta: 30 octubre 2015]
115. HARDIN, Russel. 2005. From Order to Justice. London, Politics Philosophy Economics V.4 n.2. pp. 175-194. [en línea]< <http://www.nyu.edu/gsas/dept/politics/faculty/hardin/research/FromOrder.pdf>> [consulta: 25 octubre 2015]
116. HARRISON, Jonathan. 1984. Hume’s Theory of Justice. Oxford. Oxford University Press.
117. HAYEK, Friedrich A. 1945. The Use of Knowledge in Society. American Economic Review, XXXV, nro. 4. pp. 519-30.
118. HAYEK, Friedrich A. [1973](1978). Derecho, Legislación y Libertad. Madrid. “v. 1. Normas y Orden”. ed. Unión Editorial. 558p.

119. HAYEK, Friederich A. [1966](1982). Los principios de un orden social liberal. trad. en Estudios Públicos 6, pp. 179 y ss.
120. HAYEK, Friederich A. [1948](1986a). Individualismo: el verdadero y el falso. trad. en Estudios Públicos 22, pp. 1 y ss.,
121. HAYEK, Friedrich A. [1978, Chicago](1986b). El mensaje de Adam Smith en el lenguaje actual. trad. Estudios Públicos N° 23. pp. 89-92.
122. HAYEK, Friedrich A. 1991. *The Trend of Economic Thinking: Essays on Political Economists and Economic History*. Chicago, The University of Chicago Press. 398p.
123. HAYEK [1973](1982). Liberalismo. *Revista de Ciencia Política PUC* Vol. IV, N°2. pp. 122-151 [en línea] <<http://www7.uc.cl/icp/revista/pdf/rev42/ar6.pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
124. HAYEK, Friederich A. [1978](1993). La competencia como proceso de descubrimiento, trad. en Estudios Públicos 50. pp. 1-11.
125. HAYEK, Friederich A. [1960, Chicago](2006). *The Constitution of Liberty*. Londres, ed. Routledge Classics. 512p.
126. HEINEMANN, Andreas. 2015. Behavioural Antitrust: A 'More Realistic Approach' to Competition Law. En: Mathis, K. (ed.). *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*. Suiza. ed. Springer. pp. 211-242.
127. HEUSCHLING, Luc. 2002. *État de droit, Rechtsstaat: Rule of Law*. París, ed. Dalloz. 739p.
128. HILDEBRAND, Doris. 2002. *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*. La Haya, Kluwer Law International. 484p.
129. HODGSON, Geoffrey M. 2009. On the Institutional Foundations of Law: The Insufficiency of Custom and Private Ordering. *Journal of Economic Issues* Vol. XLIII N° 1. pp. 143-166.
130. HOLLER, Manfred J. 2007. Adam Smith's Model of Man and Some of its Consequences. *Beiträge zur Wirtschaftsforschung Working Paper No. 150*. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=964433> [consulta: 25 octubre 2015].
131. HORTON, Thomas J. 2011. The Coming Extinction of *Homo Economicus* and the Eclipse of the Chicago School of Antitrust: Applying Evolutionary Biology to Structural and Behavioral Analyses. 42 *LOY. U. CHI. L.J.* pp. 469-522.[en línea] <<http://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=luclj>> [consulta: 25 octubre 2015]
132. HOSFTADTER, Richard. 1970. *What Happened to the Antitrust Movement?* New York: Wiley, ISBN 0471336858. pp. 552-562.
133. HOVENKAMP, Herbert. 1989. The Sherman Act and the Classical Theory of Competition. 74 *Iowa L. Rev.* En: SULIVAN, Thomas. *The Political Economy of the Sherman Act*. [en línea] <http://www.untag-smd.ac.id/files/Perpustakaan_Digital_2/POLITICAL%20ECONOMY%20The%20Political%20Economy%20of%20the%20Sherman%20Act.pdf> [consulta: 30 octubre 2015]
134. HOVENKAMP, Herbert. 2001. Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique. Columbia Business Law Review. pp. 257 y ss.
135. HOVENKAMP, Herbert. 2005. *The Antitrust Enterprise: principle and execution*. Cambridge, Harvard University Press. 373p.

136. HOVENKAMP, Herbert. 2007. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. University of Iowa Legal Studies Research Paper N°07-19. [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=1014153>> [consulta: 30 octubre 2015]
137. HOVENKAMP, Herbert. 2008. Innovation and the Domain of Competition Policy. United States. Alabama Law Review, Vol. 60. pp. 103-131. [en línea]< http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091488> [consulta: 30 octubre 2015]
138. HOVENKAMP, Herbert. 2011. Tying and the Rule of Reason: Understanding Leverage, Foreclosure and Price Discrimination. U.S.A. University of Iowa. [en línea]< <http://ssrn.com/abstract=1759552>> [consulta: 30 octubre 2015]
139. HUME, David. 1987. Essays, Moral, Political and Literary. Indianapolis. ed. por Miller, E., Liberty Fund. Disponible en línea: <<http://www.econlib.org/library/LFBooks/Hume/hmMPLCover.html>> [consulta: 13 octubre 2010]
140. HUME, D. [1752](1987). Of Commerce. En: Essays, Moral, Political and Literary, ed. por Miller, E., Liberty Fund, Indianapolis. pp. II.I.1- II.I.21 [en línea]<<http://www.econlib.org/library/LFBooks/Hume/hmMPLCover.html>>[consulta: 13 Septiembre 2010]
141. HUME, D. [1742](1987). Idea of a Perfect Commonwealth. En: Essays, Moral, Political and Literary, ed. por Miller, E., Liberty Fund, Indianapolis. pp. II.XVI.1- II.XVI.70 [en línea]<<http://www.econlib.org/library/LFBooks/Hume/hmMPLCover.html>>[consulta: 13 Septiembre 2010]
142. HUME, D. [1752](1987).Of Refinement in the Arts. En: Essays, Moral, Political and Literary, ed. por Miller, E., Liberty Fund, Indianapolis. pp. II.II.1- II.I.22 [en línea]<<http://www.econlib.org/library/LFBooks/Hume/hmMPLCover.html>>[consulta: 13 Septiembre 2010]
143. HUME, D. [1742](1987). Of the Origin of Government". En: Essays, Moral, Political and Literary, ed. por Miller, E., Liberty Fund, Indianapolis. pp. I.V.1- I.V.7 [en línea]<<http://www.econlib.org/library/LFBooks/Hume/hmMPLCover.html>>[consulta: 13 Septiembre 2010]
144. HUME, David. [1739-1740](2001). A Treatise of Human Nature. Oxford Press University (ed. David & Mary Norton). 622p.
145. HUME, David. [1751](2004). Investigación sobre la moral. Madrid. Losada. 214p.
146. HURTADO, Jimena. 2006. Rawls y Smith: de la utilidad de la ‘simpatía’ para una concepción liberal de la justicia. Estudios Públicos 104. pp. 89 y ss.
147. INDERST, Roran, MAIER-RIGAUD Frank & SCHWALBE Ulrich. 2013. Umbrella Effects. IESEG Working Paper Series 2013-ECO-17. [en línea]<http://www.ieseg.fr/wp-content/uploads/2013-ECO-17_Maier-Rigaud.pdf> [consulta: 30 octubre 2015]
148. IRARRÁZABAL P., Felipe y ARAYA J., Fernando. 2011. Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional. En: TDLC (eds.), La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Ed. Thomson Reuters. pp. 163-220.
149. IRARRAZABAL, Felipe. 2012. Cuenta Pública de la Fiscalía Nacional Económica 2012. 11.10.12.[en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Cuenta-Publica-2012.pdf>> [Consulta: 27 octubre 2015]

150. IRARRAZABAL, Felipe. 2013. Cuenta Pública de la Fiscalía Nacional Económica 2013. 05.11.2013.[en línea]<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Cuenta_Publica_FNE_2013.pdf> [Consulta e impresión: 27 octubre 2015]
151. IRARRAZABAL, Felipe. 2014. Cuenta Pública de la Fiscalía Nacional Económica 2014. 11.11.14. [en línea] <www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Cuenta_publica_-2014.pdf> [Consulta e impresión: 27 octubre 2015]
152. JACOBS, Michael. 2013. A Milestone for Int'l Cartel Enforcement in Chile. New York, Law N° 360.[en línea]<<http://www.law360.com/articles/477675/a-milestone-for-int-l-cartel-enforcement-in-chile>> [consulta: 30 octubre 2015]
153. JONES, Geoffrey. 2005. Multinationals and Global Capitalism: From the Nineteenth to the Twenty-first Century. Reino Unido. Oxford. Oxford University Press. 340p.
154. JONES, Alison & SUFRIN, Brenda. 2011. EU Competition Law. Text, Cases and Materials. New York. EE.UU. Oxford University Press. 1331p.
155. JOUANJAN, Olivier. 2003. État de Droit. En: ALLAND, D. y RIALS, S., (dir.) Dictionnaire de la Culture Juridique. ed. Quadrige/Lamy-Puf. Paris. pp. 649-653.
156. JOSKOW, Paul L. 2002. Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies. Journal of Laws. Economics and Organization 18(1). pp. 95-116.
157. KAPLOW, Louis. 1992. Rules Versus Standards: An Economic Analysis. 42 Duke Law Journal. pp. 557 y ss.
158. KAPLOW, Louis. 2011. Why (Ever) Define Markets?. Harvard Law Review, v. 124, pp. 437-517 [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1750302> [consulta: 30 octubre 2015]
159. KAPLOW, Louis. 2013. Competition Policy and Price Fixing. New Jersey: Princeton University Press. 512p.
160. KENNEDY, Duncan. 1976. Form and Substance in Private Law Adjudication. 89 Harvard Law Review. pp. 1685 y ss.
161. KIMMEL, Sheldon. 2006. How and Why the Per Se Rule against Price-Fixing went wrong.[en línea]<<http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/09/28/221879.pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
162. KLEMMME, Heiner F. 2007. Scepticism and Common Sense. En: The Cambridge Companion to The Scottish Enlightenment. New York, Cambridge University Press. Alexander Broadie (ed.). pp. 117 y ss.
163. KONOW, J. 2009. Adam Smith and Moral Knowledge. Loyola Marymount University. [en línea]<<https://mpira.ub.uni-muenchen.de/18557/>> [consulta: 30 octubre 2015]
164. KOKOTT, Juliane. 2014. Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 30 de enero de 2014.
165. KOVACIC, William E. y SHAPIRO, Carl. 2000. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. Journal of Economic Perspectives 14 pp. 43 y ss.
166. KOVACIC, William E. 2005-2006. Using ex – post evaluations to improve the performance of competition policy authorities. Journal of Corporate Law 31. pp. 503 y ss.
167. KOVACIC, William E. 2007. The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix. Col. Bus. L. Rev. 1. [en

- línea]<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/intellectual-dna-modern-u.s.competition-law-dominant-firm-conduct-chicago/harvard-double-helix/2007dna_0.pdf> [consulta: 30 octubre 2015]
168. KRAUS, Jody S. 2002. Philosophy of Contract law. En: COLEMAN, Jules y SHAPIRO, Scott (eds.) The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford. Oxford University Press. pp. 687 y ss.
169. KYMLICKA, Will. [1990](1995). Filosofía Política Contemporánea: Una Introducción. Barcelona, Ariel. 345p.
170. LAMBERT, Thomas A. 2011. Appropriate Liability Rules for Tying and Bundled Discounting: A Response to professor Elhauge. Legal Studies Research Paper Series N° 2011-04. University of Missouri School of Law.[en línea]<<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1237&context=facpubs>> [consulta: 30 octubre 2015]
171. LANDE, Robert H. 1982. Wealth transfers as the original and primary concern of antitrust: The efficiency interpretation challenged. Hastings Law Journal 34 pp. 65-151. [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2065413> [consulta: 30 octubre 2015]
172. LANDES, William. 1971. An Economic Analysis of the Courts. Journal of Law 11 working papers series and Economics 14.Pp. 63 y sg.
173. LANGHOLM, Odd. [1998](2006). The Legacy of Scholasticism in Economic Thought. Antecedents of Choice and Power. New York, Cambridge University Press. 228p.
174. LAO, Marina. 2014. Ideology Matters in the Antitrust Debate. 79 Antitrust Law Journal N°2. pp. 649-685. [en línea]< <http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/ssrn-id2328329.pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
175. LE TOURNEAU, Philippe. 1991. Liberté, égalité, fraternité dans le droit de la concurrence. Gazette du Palais 2.doct. pp. 348 y ss.
176. LEVENSTEIN, Margaret & SUSLOW, Valerie. 2008. International Cartels. En: Issues in Competition Law and Policy. Chicago, Illinois: ABA Publishing. [en línea] <<http://personal.umich.edu/~maggiel/aba.pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
177. MACKAAY, Ejan y ROUSSEAU, Stéphane. 2008. Analyse Economique du Droit. Paris. Éditions Dalloz. 2ª ed. 728p.
178. MAIER-RIGAUD, Frank. 2012. On the Normative Foundations of Competition Law. Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete. En: Zimmer, D. (ed.), “The Goals of Competition Law”, (ASCOLA Competition Law Series), Ed. Edward Elgar. pp. 132-168.
179. MÁKI, Uskali. 2009. Economics Imperialism: Concept and Constraints. Philosophy of the Social Sciences 9 (3). pp. 351-380
180. MALLOY, Robin P. 1989-1990. Debate: Is law and economics moral? – Humanistic economics and a classical liberal critique of Posner’s Economic Analysis. Valparaiso University Law Review 24. pp. 147 y ss.
181. MALLOY, Robin P. 2004. Law in a Market Context. Cambridge. Cambridge University Press. 280p.
182. MANTZAVINOS, C. 2004a. The Institutional-Evolutionary Antitrust Model. En: European Journal of Law and Economics November 2006. Volume 22, Issue 3, pp 273-291.
183. MANTZAVINOS, C. 2004b. Individuals, Institutions and Markets. UK, Cambridge University Press. 313p.

184. MARCIANO, Alain. 2006. David Hume's Model of Man: Classical Political Economy as Inspired Political Economy Review of Social Economy 64/3. pp. 369-386.
185. MARKHAM, Jesse W. 2010. Lessons for Competition Law from Economic Crisis: The Prospect for Antitrust Responses to the "Too-Big-To-Fail" Phenomenon. Univ. of San Francisco Law Research Paper N° 2011-15. [en línea] < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1634839 > [consulta: 30 octubre 2015]
186. MARMOR, Andrei. 2008. The Ideal of the Rule of Law. University of Southern California Law School USC Legal Studies Research Paper No. 08-6. p. 4.[en línea] <<http://ssrn.com/abstract=1106243>> [consulta: 30 octubre 2015]
187. MARSDEN, Philip. 2009. Checks and Balances: European Competition Law and the Rule of Law. Loyola Consumer Law Review, V. 22, N° 1. pp. 24-28.
188. MARSHALL, Robert C. and Michael J. Meurer. 2004. Bidder Collusion and Antitrust Law: Refining the Analysis of Price Fixing to Account for the Special Features of Auction Markets. Chicago. Antitrust Law Journal, vol. 72. N° 1. pp. 83-118.
189. MARSHALL, Kevin S. 2010. Free Enterprises and Rule of Law: The Political Economy of Executive Discretion (Efficiency Implications of Regulatory Enforcement Strategies). 1 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 235. [En línea] <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=wmbllr>> [consulta: 30 octubre 2015]
190. MARTIN, James Robertson. 2004. Putting the Case Together: Organizing and Maximizing Discovery in Civil Antitrust Cases. [en línea] <http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-vld/pdf/OrganizingMaximizingDiscoveryCivil_Ant.pdf> [consulta: 30 octubre 2015]
191. MATTEI, Ugo y DE MORPURGO, Marco. 2009. Global Law and Plunder: The Dark Side of the Rule of Law. Law & Globalization, Bocconi School of Law Student-Edited Papers, ed., VDM Publishing. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1437530> [consulta: 30 octubre 2015]
192. MAY, James. 1987. Antitrust Practice and Procedure in the Formative Era: The Constitutional and Conceptual Reach of State Antitrust Law. 1880-1918. University of Pennsylvania law Review, Vol. 135(3). pp. 495-593.
193. MCGEE, Robert W. 1989. The Economic Thought of David Hume: A Pioneer in the Field of Law & Economics. Hume Studies 15/1, pp.184-204.
194. MEDEMA, Steven. 2010. Adam Smith and the Chicago School. En: The Elgar Companion to the Chicago School of Economics. Ross Emmett (ed.). E. Elgar Publishing. pp. 40 y ss.
195. MEDINA, Fernando & PAREDES, Pablo. 2013. Competencia en el mercado chileno. Institucionalidad de la Libre Competencia. Informe Horizontal. [en línea] <http://horizontalchile.cl/wp-content/uploads/2013/11/Horizontal_Competencia-en-elmercado-chileno-octubre-2013.pdf> [consulta: 30 octubre 2015]
196. MEESE, Alan J. 1997. Price Theory and Vertical Restraints: A Misunderstood Relation. UCLA Law Review 45. pp. 143 y ss.
197. MEESE, Alan J. 1999. Liberty and Antitrust in the Formative Era. Faculty Publications. Paper 546. [en línea] <<http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/546/>> [consulta: 15 octubre 2015]
198. MELAMED, A. Douglas. 1995. Antitrust: The New Regulation. 10 (Fall) Antitrust.

199. MERCURO, Nicholas y MEDEMA, Steven G. 2006. Economics and the Law: from Posner to postmodernism and beyond. 2nd. ed. New Jersey, Princeton University Press. 400p.
200. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. 1981. Derecho, poder y constitución económica. Estudios Públicos 3. pp. 121 y ss.
201. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. [1984](1986). La mano invisible del derecho. Derecho y Economía en Adam Smith. Estudios Públicos 23. pp. 59 y ss.
202. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. 2007. A Legal Theory without Law: Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law. Tübingen. Mohr Siebeck. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1168422> [consulta: 30 octubre 2015]
203. MILES, Thomas J. y SUNSTEIN, Cass R. 2007. The New Legal Realism. University of Chicago Law & Economics. Olin Working Paper No. 372. University of Chicago, Public Law Working Paper No. 191. [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070283>[consulta: 30 octubre 2015]
204. MILONAKIS, Dimitris y FINE, Ben. 2009. From Political Economy to Economics. Nueva York. ed. Routledge. 373p.
205. MONTES, Leonidas. 2003. Das Adam Smith Problem: its origins, the stages of the current debate, and one implication for our understanding of sympathy. Journal of the History of Economic Thought, vol. 25, no. 1, pp. 64-90.
206. MONTES, Leonidas. 2006. Tras la huella de Adam Smith: Su relevancia hoy. Estudios Públicos 104. pp. 5 y ss.
207. MONTT, Oyarzún. 2010. Sistemas Legales de Menor Tamaño y Libe Competencia. Universidad de Chile, REGCOM. [en línea]< http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2010_ddcc_0006.pdf> [consulta: 30 diciembre 2015]
208. MONTT, Paulo & MORDOJ, Benjamin. 2010. Chapter 3. Chile. The Private Competition Enforcement Review. Third Edition. Gots, I.K.
209. MÖSCHEL, Wernhard. 1984. Antitrust and Economic Analysis of Law. Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) 140. pp. 156-171.
210. MÖSCHEL, Wernhard. 1991. The Goals of Antitrust Revisited, Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) 147. pp. 7-23.
211. MUNNÉ, Guillermo. 2006. Racionalidades del Derecho según Max Weber y el problema del Formalismo Jurídico. Argentina. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho 25. pp. 69-100. [en línea] <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/razionalidades-del-derecho-segn-max-weber-y-el-problema-del-formalismo-juridico-0/>> [consulta: 30 octubre 2015]
212. NACHBAR, Thomas B. 2013. The Antitrust Constitution Iowa Law Review, 99 *IOWA L. REV.*57. pp. 57-114. [En línea:]< http://ilr.law.uiowa.edu/files/ilr.law.uiowa.edu/files/ILR_99-1_Nachbar.pdf>[consulta: 30 octubre 2015]
213. NEMO, Philippe. 1988. La société de droitselon F.A. Hayek. Paris. ed. PUF. 448p.
214. NÖRR, Knut Wolfgang. 2000. Franz Böhm and the theory of the Private Law Society. En: KOSLOWSKI, Peter (ed.) The theory of capitalism in the german economic tradition. Berlin. ed. Springer. pp. 148-190

215. NORTH, Douglass C. 1990. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge, Cambridge University Press. 159p.
216. NORTON, David F. y TAYLOR, Jacqueline (eds.). 2008. *The Cambridge Companion to Hume*. Cambridge, Cambridge University Press, 2 ed. 578p.
217. NOZICK, Robert. 1974. *Anarchy, State and Utopía*. New York, Basic Books. 367p.
218. NUYEN, A.T. 1986. Hume's Justice as a Collective Good. *Hume Studies*, v. XII, N°1. pp. 39-56.
219. ORBACH, Barak. 2015a. The Durability of Formalism in Antitrust. 100 *Iowa Law Review* 2197. *Arizona Legal Studies Discussion Paper N° 15-25*. pp. 2197-2222. [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2631901> [consulta: 25 octubre 2015]
220. ORBACH, Barak. 2015b. Antitrust Stare Decisis. 15 *Antitrust Source* N°1, p1. *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 15-34*. [en línea]< http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2677738> [consulta: 25 octubre 2015]
221. ORREGO, Cristóbal. 2009. La extraña controversia sobre el *Rule of Law* en la teoría analítica del derecho. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 27. pp. 255-272.
222. OTTESON, James R. 2006. Adam Smith y la Libertad. *Estudios Públicos* 104. pp. 51 y ss. [en línea]<http://cepchile.cl/dms/archivo_3867_2028/r104_otteson_smith3.pdf> [Consulta: 30 octubre 2015]
223. PAGANELLI, Maria. 2008. The Adam Smith Problem in Reverse: Self-Interest in Wealth of Nations and Theory of Moral Sentiments. *History of Political Economy*, 40.2. [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1094505>[Consulta: 25 octubre 2015]
224. PAGANELLI, Maria. 2015. Recent Engagement with Adam Smith and the Scottish Enlightenment. The Center for the History of Political Economy Working Paper Series N° 2015-08. [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2619822>[consulta: 25 octubre 2015]
225. PAGE, William H. 2008. The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. *En: William H. Page. Issues in Competition Law and Policy*. Vol. 1. No. 1. ABA Section of Antitrust Law. pp. 1-18.
226. PAREDES, Ricardo. 1988. Costos de Transacción y Jurisprudencia Antimonopolios. *Estudios Públicos* 29. pp. 107 y ss.
227. PAREDES, Ricardo. 1995. Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio en Chile. *Estudios Públicos* 58. pp. 277 y ss.
228. PAREDES, Ricardo. 1997. Integración Vertical: Teoría e Implicancias de Política Pública. *Estudios Públicos* 66. pp. 189 y ss.
229. PAREDES, Ricardo. 2001. Desafíos para la Institucionalidad Antimonopolios en Chile. *En: BEYER H. y VERGARA R. ¿Qué hacer ahora?* Santiago, Estudios Públicos. pp. 206 y ss.
230. PETIT, Nicolas. 2015. Antitrust Challenge of Policing (Moligopolist). [en línea]<<http://www.slideshare.net/NicolasPetit6/lund-moligopolists-presentation-09-11-15-n-petit>> [consulta: 30 diciembre 2015]
231. PETIT, Nicolas. 2012. The Oligopoly Problem in EU Competition Law. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1999829>[consulta: 31 mayo 2013], Por aparecer en el

- Research Handbook in European Competition Law, Ioannis Liannos and Damien Geradin eds., Edward Elgar Publishing.
232. PETTITFOR, Ann. 2006. *The Coming First World Debt Crisis*. Basingstoke. Reino Unido: Palgrave. 200p.
233. PERITZ, Rudolph J.R. 2001 *Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law*. Oxford. Oxford University Press. 1996, rev. ed. 424p.
234. PITOFISKY, Robert.[2003](1979). *The Political Content of Antitrust*. Philadelphia. University of Pennsylvania Law Review 4, , Pa. [en línea]<http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4867&context=penn_law_review>[consulta: 30 octubre 2015]
235. PITOFISKY, Robert(ed.). 2008. *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Oxford University Press. 324p.
236. POPPER, Karl R. [1945](1985) *The Paradoxes of Sovereignty*. En: MILLER, David(ed.). *Popper Selections*. New Jersey, Princeton University Press. pp. 319-325.
237. POPPER, Karl R. [1967](2001). *Conjeturas y refutaciones: el desarrollo del conocimiento científico*.. Barcelona. Paidós. 280p.
238. POPPER, Karl R. [1971](2002). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona. Paidós. 693p.
239. PORTER [1980](1998) *Competitive Strategy: Techniques for Analyzing Industries and Competitors*. New York, Free Press, 1ed. 432p
240. POSNER, Richard. 1969. *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*. Stanford. California. Stanford Law Review, vol. 21.[en línea]<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2862&context=journal_articles> [consulta: 30 octubre 2015]
241. POSNER, Richard A. 1979. *The Chicago School of Antitrust Analysis*.127 U. Pa. L. Rev 925, 928. [en línea] <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4863&context=penn_law_review> [consulta: 30 octubre 2015]
242. POSNER, Richard. 1989-1990. *Law and economics is moral*. Valparaiso University Law Review 24, pp. 163 y ss.
243. POSNER, Richard A. 1990. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, MA. ed. Harvard University Press. 485p.
244. POSNER, Eric. 1997. *Standards, Rules, and Social Norms*. 21 Harvard Journal of Law & Public Policy. pp. 101 y ss.
245. POSNER, Richard. [1979](1998). *Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho*. Estudios Públicos 69. pp. 207 y ss.
246. POSNER, Richard. 2001. *Antitrust Law*. Chicago, University of Chicago Press. 2a ed.. 304p.
247. POSNER, Richard. 2004. *Pragmatic Liberalism versus Classical Liberalism*. University of Chicago Law Review 71. 659p.
248. POSNER, Richard. 2007. *Economic Analysis of Law*. Chicago, University of Chicago Pres, 7a ed. 787p.

249. RAPHAEL, David D. 2009. *The Impartial Spectator. Adam Smith's Moral Philosophy*. Oxford University Press. Oxford. 1ed. 152p.
250. RENDA, Andrea (coord.). 2009. *Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial service sector*. Bruselas. Center for European Policy Studies. [en línea] <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/tying/report_en.pdf> [consulta: 30 octubre 2015]
251. ROBBINS, Lionel. [1932](1984). *Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. Londres, ed. Macmillan. pp. 15-17.
252. RODGER, Barry J. 2000. *Competition Liberalism and Globalization: A European Perspective*. The Parker School of Foreign and Comparative Law, 6 Columbia Journal of European Law Fall. 289p.
253. ROMERO, Juan José. 2014. *Evolución y Cumplimiento de un Marco Normativo de Libre Competencia. Influencias y opciones de uso*, Thomson Reuters La Ley. 418p.
254. RÖPKE, Wilhelm. 1960. *Más allá de la oferta y la demanda*. Valencia, Fomento de Cultura Ediciones. 352p.
255. ROSENDE, Francisco et al. 2012. *Informe Comisión Asesora Presidencial para la defensa de la libre competencia*. [En línea] <www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME_FINAL-ENTREGADO-A-PDTEPINERA-13-07-12.pdf> [consulta: 30 octubre 2015]
256. ROTWEIN, E. 1955. *David Hume. Writings on Economics*. Toronto, Ed. and Intro. by E. Rotwein. Ed. Nelson. Preface.
257. ROTWEIN, E. 1959. On "The Methodology of Positive Economics". *Quarterly Journal of Economics*, V. 73, N° 4, pp. 554-575.
258. ROTWEIN, E. 1998. Hume, David. En: *The New Palgrave. A Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan, V. 2, pp. 692-695.
259. ROUSSEAU, Stéphane. 2008. *Analyse Économique du Droit*. París. 2nde éd., Dalloz. pp. 29 y ss.
260. ROUSSEVA, Ekaterina. 2010. *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*. Hart Publishing. 578p.
261. RUNDLE, Kristen. 2013. *Forms Liberate: Reclaiming the jurisprudence of Lon L. Fuller*. UK. Oxford and Portland. Oregon. Hart Publishing. 209p.
262. RYAN, Alan. 2012. *The Making of Modern Liberalism*. New Jersey, Princeton University Press. 680p.
263. SAAVEDRA, Rubén. 2011. *Discrecionalidad Administrativa*. AlbeledoPerrot, Legal Publishing Chile. 249p.
264. SAKAMOTO, T. 2003. Hume's political economy as a system of manners. En: Sakamoto, T., y Tanaka, S., eds. *The Rise of Political Economy in the Scottish Enlightenment*. Nueva York. Routledge. pp. 99-100.
265. SAMUELS, Warren. 1977. *The Political Economy of Adam Smith. Ethics*. University of Chicago Press. Vol. 87. N° 3. pp. 189-207.
266. SCHABAS, Margaret y WENNERLIND, Carl (eds.) 2007. *David Hume's Political Economy*. UK Abingdon. Routledge. 392p.
267. SCHAUER, Frederick. 1991. *Playing by the Rules: A philosophical examination of rule-based decision making in law and in life*. Oxford, ed. Clarendon Press. 254p.

268. SCHAUER, Frederick. 2009. Thinking like a lawyer. Massachusetts, Cambridge, Harvard University Press. 256p.
269. SCHREPEL, Thibault. [2014](2015). Friedrich Hayek's Contribution to Antitrust Law and Its Modern Application. ICC Global Antitrust Review. pp. 199-216. [en línea]<
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2548420> [consulta: 25 octubre 2015]
270. SHERER, F.M. 1980. Industrial Market Structure and Economic Performance, 2nded. (Rand McNally College Publishing Company 1980) 4. 632p.
271. SEN, Amartya. [1999](2000). Desarrollo y Libertad. Madrid, ed. Planeta. 440p.
272. SERRA, Pablo. 2001. Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos. Documentos de Trabajo CEA U. Chile 104. [en línea]
 <http://www.dii.uchile.cl/~cea/sitedev/cea/www/?page=view_publicaciones&langSite=es&agno=2001&id=20030327172641> [Consulta: 30 octubre 2015]
273. SIMON, Herbert A. Theories of bounded rationality. En: MCGUIRE, C.B. y RADNER, Roy (dir.). 1986. Decision and Organization. Minneapolis, University of Minnesota Press. pp. 161-176.
274. SKINNER, A. 2007. Economic Theory. En: Alexander Broadie. The Cambridge Companion to The Scottish Enlightenment. Cambridge, University Press (Alexander Broadie Ed.) pp. 178-204.
275. SMITH, Adam. [1762-1764](1982). Lectures on Jurisprudence a.k.a. Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms: Delivered in the University of Glasgow. ed. por Edwin Cannan. et al. Indianapolis. Liberty Fund.
276. SMITH, Adam. [1776](1994). La Riqueza de las Naciones. Madrid. trad. C. Rodríguez Braun. Alianza Editorial.
277. SMITH, Adam. [1759](1997). Teoría de los Sentimientos Morales. Madrid. trad. C. Rodríguez Braun. Alianza Editorial. 616p.
278. SMITH, Adam. [1776](2008). La riqueza de las naciones. (trad. C. Rodríguez) de An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. Madrid. Ed. Alianza Editorial.
279. SMITH, Stephen. 1996. In Defence of Substantive Fairness. Oxford. Law Quarterly Review. N° 112.
280. SOWELL, Thomas. 1994. Classical Economics Reconsidered, with a new Introduction by author. Princeton, University Press. 176p.
281. STEINER, Mark. 2007. Economics in Antitrust Policy: Freedom to Compete vs. Freedom to Contract. Boca Raton. EEUU, Florida, Dissertation.com. 200p.
282. STIGLER, George. 1964. Theory of Oligopoly. Chicago, Illinois, Journal of Political Economy. vol. 72. pp. 44-61.
283. STIGLER, George. 1975. Citizen and the State: Essays on Regulation. University of Chicago Press, December. 221p.
284. STIGLER, George J. 1980. The Ethics of Competition: The Friendly Economist. Working Paper N°12, Center for the Study of The Economy and State, The University of Chicago. [en línea]<
<http://www.chicagobooth.edu/assests/stigler/12.pdf>> [consulta:30 octubre 2015]
285. STIGLER, George J. 1983. The Economist and the Problem of Monopoly. University of Chicago Law Occasional Paper No. 19. [en línea]<

- http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=occasional_papers> [consulta: 30 octubre 2015]
286. STOUT, Lynn. 2010. *Cultivating Conscience: How Good Laws Make Good People* by Lynn Stout. Princeton University Press. 320p.
287. STREETER, Jorge. 2004. Libre competencia y libertad de Contratación. Publicación Día de la Competencia 30 de octubre de 2003, Santiago Fiscalía Nacional Económica.
288. STUCKE, Maurice E. 2007. Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century. [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=981530>[Consulta: 30 octubre 2015]
289. STUCKE, Maurice E. 2009. Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law?. *UC Davis Law Review*, vol. 42, N° 5. [en línea]<http://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=utk_lawpubl> [consulta: 30 octubre 2015]
290. STUCKE, Maurice E. 2012. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*, vol. 53. pp. 551-629. [en línea]< http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1904686> [consulta: 30 octubre 2015]
291. STUCKE, Maurice E. 2013. Should Competition Policy Promote Happiness?, *University of Tennessee College of Law*. [81 Fordham Law Review 2575](http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4891&context=flr). [en línea] <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4891&context=flr>> [consulta: 30 octubre 2015]
292. SUGDEN, Robert. 1986. *The Economics of Rights, Co-operation & Welfare*. Oxford. Basil Blackwell. 191p.
293. SULLIVAN, Lawrence y GRIMES, Warren. 2006. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. West, 2a ed. 117p.
294. SULLIVAN, E. Thomas (Ed.).1991. *Political Economy of the Sherman Act, The First One Hundred Years*. New York. Oxford University Press. 344p.
295. SUMMERS, Robert S. 1993. A Formal Theory of the Rule of Law. *6 Ratio Juris*. pp. 127-142. [en línea]<<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9337.1993.tb00142.x/epdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
296. SUMMERS, Robert S. 1999. Principles of the Rule of Law. *74 Notre Dame L. Rev* 1964. pp. 1691-1712. [en línea]< <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol74/iss5/11>> [consulta: 30 octubre 2015]
297. SUNSTEIN, Cass R. 1995. Problems with Rules. *83. Cal. L. Rev.* 953. pp. 995-1026. [en línea]<<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1667&context=californialawreview>> [consulta: 30 octubre 2015]
298. SWYGERT, M. y JANES K. 1998. A Unified Theory of Justice: The Integration of Fairness into Efficiency. *73 Washington Law Review* pp. 249-262.
299. SYPNOWICH, Christine. 2014. Law and Ideology. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.); en línea: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/law-ideology/>>[consulta: 30 octubre 2015]
300. TAMANAHA, Brian Z. 2004. *On the Rule of Law*, Cambridge. ed. Cambridge University Press. 190p.
301. TAMANAHA, Brian Z. 2006. *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*. Cambridge. ed. Cambridge University Press. 268p.

302. TAMANAHA, Brian Z. 2008. The Dark Side of the Relationship Between the Rule of Law and Liberalism. [St. John's Legal Studies Research Paper No. 08-0096](#). NYU Journal of Law and Liberty. Vol. 33. [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1087023>[Consulta e impresión: 27.Octubre 2015]
303. TAPIA, Mauricio. 2005. Código Civil 1855-2005: Evolución y Perspectivas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 471p.
304. TAPIA, Javier C. y CORDERO, Luis. 2015. La Revisión Jurisprudencial de las Decisiones Regulatorias: Una mirada institucional. Chile, Estudios Públicos 139, 7-65. pp. 7-65. [en línea]<http://www.cepchile.cl/dms/archivo_6065_3766/rev139_JTapia-LCordero.pdf>[consulta: 30 diciembre 2015]
305. TAPIA, Javier C. 2014. "Dime de qué presumes y te diré de qué careces": El tratamiento jurisprudencial de los abusos de dominancia en Chile. Colombia, Rev. Derecho Competencia Bogotá, Vol. 10 N° 10. pp. 47-119. [en línea]< <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/2-dime-de-que-persumes.pdf>>[consulta: 30 diciembre 2015]
306. TAPIA, Javier. 2009. Acuerdos Horizontales Restrictivos de la Competencia: Una visión Crítica Aplicada al Sistema Chileno. En: Montt, Paulo y Neheme, Nicole. Libre Competencia y Retail: un Análisis Crítico. Abeledo Perrot Legal Publishing .pp. 117-174.
307. TREBILCOCK, Michael. 1986. The Common Law of Restraint of Trade: a legal and economic analysis. Toronto. Carswell. 419p.
308. TREBILCOCK, Michael. [1993](1997). The Limits of the Freedom of Contract. Cambridge. Harvard University Press. 310p.
309. TOR, Avishalom. 2014. Understanding behavioral antitrust. Texas Law Review v. 92. pp. 573-667. [en línea]<<http://www.texasrev.com/wp-content/uploads/Tor.pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
310. UNCTAD. 2012. Cross-border anticompetitive practices: The challenges for developing countries and economies in transition. Note by the UNCTAD Secretariat. [en línea]<http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd16_en.pdf>[consulta: 30 octubre 2015]
311. UDEHN, Lars. 2002. The Changing Face of Methodological Individualism. Annual Review of Sociology. N° 28. pp. 479-507.
312. VALDES, Domingo. 1992. La Discriminación arbitraria en el Derecho económico. Especialmente en la legislación antimonopolio. Santiago, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. 187p.
313. VALDES, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 751p.
314. VALDES, Domingo. 2008. Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales. Anales de Derecho UC 4 Temas de Libre Competencia 2, pp. 81 y ss.
315. VANBERG, Viktor J. 2001. The Constitution of Markets. Routledge. 207p.
316. VANBERG, Viktor J. 2002. Mercados y Regulación: el contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho 17. pp. 79-116.
317. VANBERG, Viktor J. 2004. The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism. Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economics 04/11.[en línea] <http://opus.zbw-kiel.de/volltexte/2004/2324/pdf/04_11bw.pdf> [consulta: 18 enero 2009]

318. VANBERG, Viktor J. Consumer welfare, total welfare and economic freedom – on the normative foundations of competition policy. En: Drexl, J. *et al* (ed.). 2011. Competition policy and the Economic approach. Foundations and Limitations. Reino Unido. ed. Edward Elgar. Cheltenham. pp. 44-71.
319. VANBERG, Viktor J. 2014. *Ordngunspolitik*, the Freiburg School and the Reason of Rules. Scienze Giuridiche. Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale, Rivista quadrimestrale on-line. nro. 21. pp. 205-220.
320. VATIERO, Massimiliano. 2008. Towards a Law and Economics of Power. [en línea]<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1119629> [consulta: 30 octubre 2015]
321. VELK, Tom. 2004. The Economic Thought of Eugene Rotwein. [en línea]<<http://www.mcgill.ca/files/nast/Rotwein.pdf>>[consulta 13 Octubre 2010]
322. VELK, T., y RIGGS. A.R. 1985. David Hume`s Practical Economics. Hume Studies 11 (2): pp. 156-157. [En línea] <<http://www.humesociety.org/hs/issues/v11n2/velk-riggs/velk-riggs-v11n2.pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
323. VERGARA Enrique y ARAYA F. 2010. La Política de Libre Competencia en la OCDE: Las Oportunidades Aprovechadas por Chile y los Desafíos como País Miembro. En: CHEYRE, Juan E., OLIVARES, José M. y RODRÍGUEZ Nicolás. 2010. Chile en el Club de los Países Desarrollados. Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile Ed. pp. 395-422.
324. VOORHEES, Theodore Jr. 2014. The Political Hand in American Antitrust-Invisible, Inspirational, or Imaginary?. 79(2) Antitrust Law Journal. pp. 557-576. [en línea] <<http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/ant209voorhees.pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
325. WAMBACH, Achin. 2004. Collusion in Beauty Contests. Conference paper. 13th WZB Conference on Markets and political Economy. [en línea]<<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.214.9566&rep=rep1&type=pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
326. WALDRON, Jeremy. 2014. The Rule of Law in Public Law. Working Paper No. 14-40. Public Law and Legal theory Research Papers Series.19p.
327. WALDRON, Jeremy. 2012. Stare Decisis and the Rule of Law: A layered approach. 111 Mich. L. Rev (2012) 31p.
328. WALDRON, Jeremy. 2011. The Hamlyn Lectures 211: The Rule of Law and the Measure of Property. 65p.
329. WALDRON, Jeremy. 2008. The Concept and the Rule of Law. New York University School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper Series WP No. 08-50. pp. 9-13.
330. WALDRON, Jeremy. 2002. Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?. Law and Philosophy, 21. pp. 137-164.
331. WALDRON, Jeremy. 2001a Normative (Ethical) Positivism, En: J. Coleman (ed.), Hart`s Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law, Oxford University Press, Oxford. pp. 410-434.
332. WALDRON, Jeremy. 2001b. The Core of the Case Against Judicial Review. The Yale Law Journal 115. pp. 1346-1406. [en línea]< <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/Waldroncore.pdf>>[consulta 30 diciembre 2015]
333. WALDRON, Jeremy. 1990. The Law. Nueva York, Routledge. 200p.

334. WALLER, Spencer W. 1998. Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement. 77 Oregon Law Review. pp. 1383-1449.
335. WALLER, S. y MARDSEN, P.(mod.). 2009. Antitrust and the Rule of Law: A Roundtable Discussion. Loyola Consumer Law Review, v. 22, no. 1. pp. 1-129. [en línea] < <http://ssrn.com/abstract=1503011>> [consulta: 30 octubre 2015]
336. WEBER, Max. [1922] 2014. Economía y Sociedad. México, Fondo de Cultura Económica, 3a. ed. 1452p.
337. WENNERLIND, Carl. 2002. David Hume`s Political Philosophy: A Theory of Commercial Modernization. Hume Studies Volume XXVIII, Number 2. pp. 247-270. [en línea] <<http://www.humesociety.org/hs/issues/v28n2/wennerlind/wennerlind-v28n2.pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
338. WERDEN, Gregory J. 2014. The Relevant Market: Possible and Productive. Antitrust Law Journal online. [en línea]<
http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_law_journal/at_alj_werden.authcheckdam.pdf> [consulta: 30 octubre 2015]
339. WEST, Jeremy. 2015. Disruptive Innovation. [En línea]<<http://ssrn.com/abstract=2625531>>[consulta: 20 octubre 2015]
340. WHISH, Richard. 2008. Competition Law. Oxford. 6th ed. Oxford University Press. 1006p.
341. WICKELGREN, Abraham L. 2012. Determining the Optimal Antitrust Standard: How to think about Per Se versus Rule of Reason. 85 S. Cal. L. Rev. Postscript. pp. 52-59.
342. WILLIAMSON, Oliver E. 1968. Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoff. The American Economic Review, Vol 58, No. 1. pp. 18-36.
343. WILLIAMSON, Oliver. 1998. The Economic Institutions of Capitalism. New York, The Free Press. 468p.
344. WILLIAMSON, Oliver. 2005. Why Law, Economics and Organization? Annual Review of Law and Social Science 1 pp. 369-396.
345. WILS, Wouter P.J. 2011. Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement, in Particular EU Antitrust Enforcement. World Competition: Law and Economics Review. Vol. 34. No. 3. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1759207> [consulta: 30 octubre 2015]
346. WINCH, D. Nationalism and Cosmopolitanism in the Early Histories of Political economy. En: M. Albertone and A. Macoero, eds. 1994. Political Economy and National Realities. (Turin: Fondazione Luigi Einaudi). p. 92.
347. WITZTUM, Amos. 1997. Distributive Considerations in Smith`s Conception of Economic Justice. Economics and Philosophy 13.2. pp. 241-259.
348. WOHLGEMUTH, Michael. 2013. The Freiburg School and the Hayekian Challenge. The Review of Austrian Economics. v. 26, nro. 2. pp.149-170.
349. ZINGALES, Luigi. 2012. A capitalism for the people. Nueva York. Basis Books. 304p
350. ZOLLER, Élisabeth. Rule of Law. En: ALLAND, D. y RIALS, S., (dir.) 2003. Dictionnaire de la Culture Juridique.París. ed. Quadrige/Lamy-Puf. pp.1378-1380.

OTROS DOCUMENTOS

351. VIII conferencia anual de la Academic Society for Competition Law (ASCOLA) del año 2013 sobre el tópico “Competition Law as Regulation?”. libro no publicado, cuyas ponencias serán publicadas como libro por la editorial Edward Elgar Publishing en 2016 (www.e-elgar.com/shop/competition-law-as-regulation). Publicitada para 2016.
352. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis), 22 de diciembre de 2001, [en línea]<<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:368:0013:0015:ES:PDF>>[consulta: 16 abril 2012].
353. DELOITTE. 2014. 2º Estudio sobre la percepción del efecto disuasivo de las acciones de la Fiscalía Nacional Económica. p. 29. [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio_percepcion.pdf>[consulta: 30 octubre 2015]
354. Directrices de la Comisión Europea relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. 27 de abril de 2004.[en línea]<<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0097:0118:ES:PDF>> [consulta: 20 octubre 2015]
355. International Competition Network.2010. Agency Effectiveness Competition Agency Practice Manual: Chapter 1. [en línea]<<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc744.pdf>>[consulta: 30 diciembre 2015]
356. Federal Trade Commission de EE.UU. The ‘Sharing’ Economy: Issues facing Platforms, Participants and Regulators. [en línea]<https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/636241/sharing_economy_workshop_transcript.pdf>[consulta: 20 octubre 2015]
357. International Competition Network. 2010. Agency Effectiveness. Competition Agency Practice Manual. Chapter 1: Strategic Planning and Prioritization. Marzo. p. 28. [en línea] <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc744.pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
358. MALLOY, Robin Paul. 2010. RE: query about Antitrust Law&Econ in the classical liberal tradition. [en línea] En: <rpmalloy@law.syr.edu> 30 octubre 2010 <fejazz@hotmail.com> [consulta: 17.01.2015].
359. OECD. 1998. Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, 25 March 1998, C(98)35/Final. [en línea]<<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False>> [consulta: 30 octubre 2015]
360. OECD. 2005a. Competition Committee. Competition on the Merits. PolicyRoundtables. p. 23.[en línea]<<http://www.oecd.org/competition/abuse/35911017.pdf>>[consulta: 30 octubre 2015]
361. OECD. 2005b. Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance. By the OECD. [en línea]<<http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/37318586.pdf>> [consulta: 25 octubre 2015]
362. OECD. 2005c. Recommendations concerning Merger Review. By the OECD [en línea]<<http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonmergereview.htm>> [consulta 25 octubre 2015]

363. OECD. 2007. Policy Roundtables: Dynamic Efficiencies in Merger Analysis. [en línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/53/22/40623561.pdf>> [consulta: 19 enero 2009]
364. OECD. 2008. Fidelity and Bundled Rebates and Discounts. Competition Policy Round tables Series.
365. OECD. 2009a. Margin Squeeze. Competition Policy Roundtables Series. [en línea]<<http://www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
366. OECD. 2009b. Recommendation on Competition Assessment. By the OECD [en línea]<<http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationoncompetitionassessment.htm>> [consulta: 30 octubre 2015]
367. OECD. 2011a. Regulated Conduct Defence.[en línea]<<http://www.oecd.org/dataoecd/30/0/48606639.pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
368. OECD. 2011b. Excessive prices, background paper prepared by Frank Maier-Rigaud.[en línea]<<http://www.oecd.org/dataoecd/1/3/48847462.pdf>> [consulta: 30 octubre 2015]
369. OECD. 2011c. Excessive prices, contribution by Chile, 2011. [en línea]http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/10/oecd_0010_2011.pdf [consulta: 30 octubre 2015]
370. OECD. 2011d. Recommendation concerning Structural Separation in Regulated Industries. by the OECD [en línea]<<http://www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningstructuralseparationinregulatedindustries.htm>> [consulta: 30 octubre 2015]
371. OECD. 2012a. Improving International Co-operation in Cartel Investigations. Policy Roundtables by the OECD. [en línea]<www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>[consulta: 20 octubre 2015]
372. OECD. 2012b. Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement. By the OCDE [en línea]<http://www.oecd.org/daf/competition/Recommendation_fighting-bid-rigging-2012-ES.pdf>
373. OECD/IADB. 2004. Competition Law and Policy in Chile. A Peer Review.
374. Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2011. Hugo Grotius. [en línea]<<http://plato.stanford.edu/entries/grotius/>> [consulta: 08 noviembre 2011].
375. Versión consolidada del tratado de funcionamiento de la unión europea, 30 demarzo de 2010, [en línea]<<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:es:PDF>> [consulta: 20 octubre 2015]
376. D.L. 211, de 1973.
377. Ley 20.361, de 2009.