

¿REQUIEM PARA LAS NEOBRANDESIANOS? SOBRE LA LUCHA DE TRINCHERAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ignacio Peralta

¿Requiem para los neobrandesianos? Sobre la lucha de trincheras de la libre competencia

Abril 2025



Ignacio Peralta

Asistente de investigación de CeCo UAI (2019-2020). Ayudante del Centro Regulación y Competencia U. de Chile (2021-2023). Procurador en Honorato Delaveau (2021-2022).

Abstract: El artículo analiza el cambio en las instituciones de libre competencia de EE.UU., el cual, propiciado por Donald Trump, ha terminado con el desahucio del ala más “progresista” de la disciplina. Con este contexto, y a partir del instrumental teórico de la filosofía de las ciencias de Thomas Kuhn, se discute sobre el tipo de desacuerdo que existe entre el ala más progresista y el ala más tradicional del análisis de libre competencia. A partir de aquello, el artículo argumenta que un aspecto central de la disputa consiste del distinto aparataje conceptual de las escuelas, el que lleva a que, en algún sentido, perciban el mundo de manera distinta. A partir de eso, se argumenta que la discusión, en alguna medida, se asemeja a un “diálogo de sordos”, y que ella, al menos en parte, será resuelta a partir de consideraciones más bien pragmáticas, como cuál escuela logra llenar las filas de las agencias y tribunales.

Probablemente habrá muchos que celebren el fin de la “intentona” neobrandesiana¹ en la Federal Trade Commission (FTC) y el Department of Justice (DOJ)². Quizás vean en este resultado el fin de la discusión sobre el alma de la libre competencia, en cuyo centro está el desacuerdo entre los neobrandesianos y sus críticos. O quizás vean en este resultado tan solo un paso en la dirección correcta, faltando aun una resolución más definitiva. Así, Lipsky ha señalado sobre la doctrina neobrandesiana que “se le debe poner fin [it should be terminated] lo más temprano posible” (Abbot B., 2024, p. 11)

Creo que lo de los neobrandesianos va bastante más allá de un ataque populista. Dicho aquello, frente a su desahucio institucional, quiero dedicar unas palabras al tipo de desacuerdo que existe entre los neobrandesianos y sus oponentes. Para hacer esto, me centraré en la obra de Thomas Kuhn, quizás el mayor filósofo de las ciencias³. No pretendo tratar su teoría como una que resuelva todos los problemas que hay en la disciplina, ni tampoco busco ignorar que *prima facie* hay diferencias relevantes entre las ciencias naturales que estudia Kuhn y las ciencias sociales, como la economía y el derecho⁴. Con todo, espero iluminar parte del debate mediante algunas categorías de su teoría.

1 La mirada neobrandesiana (llamada así en honor al juez Louis Brandeis, quien tenía una particular visión respecto de cómo poner límite al poder privado), se caracteriza por rechazar el bienestar del consumidor como único estándar y fin exclusivo protegido por la libre competencia, y, por contraste, defender que el derecho de la competencia también puede abordar cuestiones sociales más amplias, tales como la protección de los trabajadores, el problema de la desigualdad, o la concentración excesiva de poder económico (Medina, 2023). Como se verá, la crítica que ha dirigido esta escuela es relativamente clara (se oponen a que el bienestar del consumidor sea el único parámetro para medir la competencia en un mercado), pero lo que proponen a cambio no es tan claro. Dicho aquello, una declaración formal, que al mismo tiempo otorga una visión panorámica de la mirada neobrandesiana es la Declaración de Utah. Esta es reproducida y comentada en: (Jacobs, 2022).

2 Solo a modo de muestra, Lipsky señala que este periodo consistió de “tres años de ruidosa agitación que han dañado las economías de EE.UU. y del mundo, y que amenazan con imponer aun más daño en el futuro” (Abbot B., 2024, p. 11)

3 Esto puede parecer algo excéntrico, tan excéntrico que cuando redacté la primera versión de este artículo una colega me preguntó qué diantres tenía que ver la libre competencia con la filosofía de las ciencias. Afortunadamente, antes de que bajara los brazos, y cuando ya tenía la idea de redactar este texto, *Promarket* decidió publicar un simposio analizando el cambio de paradigma en el derecho de antitrust desde la óptica de la teoría de Thomas Kuhn. Así, ahora al menos puede hacer alusión al argumento de que un medio serio hace estas conexiones entre el derecho de competencia y la filosofía de las ciencias que en principio parecen tan alocadas.

4 Con todo, hay autores que han aplicado o usado la teoría de Kuhn para discutir sobre filosofía moral (MacIntyre, 1990, pp. 11–126), y para discutir sobre derecho (Atria, 2014; Habermas, 1996, p. 194; Schurmann, 2019).

Antes de partir, me gustaría enfrentar una posible crítica: la filosofía de las ciencias no tiene nada que ver con el mundo real, pues ésta disciplina es una mera abstracción inútil. Frente a tal postura, quiero abusar de un argumento de autoridad: Einstein está de mi lado. Al respecto, como señalaba el afamado físico

“muchacha gente hoy en día -incluso científicos profesionales- parecen como alguien que ha visto miles de árboles, pero nunca ha visto un bosque. El conocimiento del contexto filosófico e histórico entrega una independencia frente a los prejuicios de la generación a la que uno pertenece de la cual sufren la mayor parte de los científicos. Esta independencia que se alcanza a partir de la perspectiva filosófica es -en mi opinión- la marca que distingue a un mero artesano o especialista de una persona que persigue la verdad” (Howard, 2004).

Así, intentando tomar en serio la invitación de Einstein a mirar el bosque y no los árboles, de dejar de lado los prejuicios de la generación de cada cual, busco presentar un análisis teórico de la disputa de escuelas en libre competencia.

I. QUÉ ES NEOBRANDEIS Y A QUÉ SE ENFRENTA

La doctrina neobrandesiana, primero, se opone a lo que hasta ahora venía siendo la ortodoxia de antitrust (que se centra en la eficiencia), y segundo, frente a esa ortodoxia, propone que la disciplina persiga fines distintos, como proteger la democracia del excesivo poder privado.

Respecto del consenso que hasta hace poco reinaba en la disciplina, éste giraba en torno a maximizar la eficiencia, cuestión que tendría una concretización jurídica en la defensa de la maximización del bienestar del consumidor como fin de la libre competencia⁵⁻⁶.

Frente a esto, los neobrandesianos dirían algo como lo siguiente: lo que importa no es tanto la eficiencia, sino que poner coto al poder privado, pues éste amenaza la democracia. En palabras de Lina Khan, insigne neobrandesiana, “enfocarse en el bienestar del consumidor deja de lado una hueste de otras maneras en que la concentración excesiva puede dañarnos” (Khan, 2017, p. 743)⁷. Así, en el artículo que la lanzó a la fama, *Amazon's Antitrust Paradox*, Khan se refiere al estándar del bienestar del consumidor, y centra sus críticas en que

“el actual andamiaje conceptual en el derecho de antitrust -específicamente, el hecho de que hace equivalentes la competencia y el bienestar del consumidor usualmente medido a través de efectos a corto plazo en el precio y output- no puede capturar la arquitectura del poder de mercado en el mundo mercantil del siglo XXI” (Khan, 2017, p. 743).

Frente a ello, Khan señala que “deberíamos reemplazar el estándar del bienestar del consumidor por una aproximación centrada en torno a preservar un proceso y estructura de mercado competitivas” (Khan, 2017, p. 803). Esto, en parte para devolver al antitrust su objetivo original de “resguardar frente a concentraciones excesivas de poder económico” (Khan, 2017, p. 743).

5 Como dice Ybar, “el bienestar del consumidor parece firmemente arraigado en el núcleo de la profesión” (Ybar, 2024, p. 22). Con todo, con dicho término a veces se alude a la maximización de la eficiencia asignativa, y a veces se refiere estrictamente a la maximización del excedente social que va a los consumidores.

6 Tal como se comenta más abajo, dicho

7 Como señala Mario Ybar, si bien desde una perspectiva crítica a neobrandeis, “desde su perspectiva, el derecho de competencia tendría una finalidad mucho más relevante que servir de instrumento a la obtención de beneficios a los consumidores: en realidad, se trataría de una herramienta esencial para construir una sociedad sobre cimientos democráticos” (Ybar, 2024, p. 21)

Visiones como la recién descrita suelen ser criticadas bastante ácidamente. Así, Ybar califica al movimiento neobrandeis de populista y señala que tiene un sustrato mucho más político que económico (Ybar, 2024, p. 6). De forma similar, Hovenkamp califica su defensa del bienestar del consumidor como una defensa del antitrust “técnico”, y constantemente realiza un contraste entre este y el antitrust que denomina “político” o “populista”, que impugna aquel estándar (Hovenkamp 2018, 584, 620, 623).

Es llamativa esta diferencia, pues no parece haber un desacuerdo donde ambas partes se reconocen recíprocamente racionalidad⁸. Así, por un lado, parece estar la racionalidad del *establishment* del antitrust, y, por el otro, la irracionalidad supina de quienes lo desafían.

Antes de entrar de lleno a lo que señala Kuhn sobre el cambio científico (material a partir del cual busco explicar el estado de la disciplina), vale la pena detenerse en una esclarecedora anécdota que explica el surgimiento de sus reflexiones. Creo que esta puede iluminar por qué los incumbentes del derecho de antitrust hallan tan irracional a la escuela neobrandeis.

La anécdota se relaciona con lo que se ha venido a denominar la “Aristotle experience”, experiencia que Kuhn compartió en un libro en el que rememora su carrera (2000, pp. 15–17). Al respecto, Kuhn relata cómo empezó a leer los escritos de física de Aristóteles en 1947, preparando un curso acerca del desarrollo de la mecánica. Al respecto, señala que se aproximó a los textos de Aristóteles desde la mecánica newtoniana, la que ya tenía bien aprendida. Al leer Aristóteles, Kuhn buscaba descubrir cuánto de mecánica sabía este último, y cuánto de su descubrimiento dejó en manos de personas como Galileo y Newton (lo que suponía un desarrollo lineal y acumulativo de la ciencia). Planteada así la cuestión, descubrió que en algún sentido Aristóteles no sabía nada de mecánica. Esta conclusión, que era estándar en la época, le parecía irritante a Kuhn.

Kuhn continúa relatando que cuando leía a Aristóteles, éste le parecía no solo ignorante respecto de la mecánica, sino que incluso un científico espantosamente malo, cuyo trabajo estaría repleto de errores aberrantes en términos lógicos y observacionales. Tales juicios de valor le parecían probablemente errados a Kuhn, pues Aristóteles había sido el codificador de un sistema lógico admirado por muchos autores y que estuvo vigente durante casi 2000 años. Y no solo eso, sino que, además, por regla general, había sido un observador bastante agudo de la naturaleza. ¿Cómo podía ser que sus talentos característicos lo habían abandonado tan drásticamente y sistemáticamente cuando se dedicó al estudio de la mecánica? ¿Cómo podía ser que sus escritos sobre la física fueran tomados en serio durante varios siglos tras su muerte? Ante aquello, Kuhn se preguntó si la culpa no era suya antes que de Aristóteles, y si acaso sus palabras significaban algo distinto para él y sus contemporáneos que para nosotros.

Kuhn relata que, en última instancia, sus sospechas estaban bien fundadas. Aquí vale la pena dejarlo hablar directamente:

“estaba sentando en mi escritorio con una copia de la Física de Aristóteles abierta frente a mí y un lápiz de cuatro colores. Mirando hacia arriba, dirigí la mirada hacia afuera de la ventana de mi habitación- aun retengo la imagen. Súbitamente los fragmentos en mi cabeza se reordenaron a sí mismos de una manera nueva, y todos encontraron su lugar. Quedé boquiabierto, pues ahora Aristóteles parecía un físico bastante bueno, si bien era una especie de físico que jamás soñé existiera. Ahora podía entender por qué decía lo que decía, y cuál era su autoridad. Afirmaciones que antes parecían patente o evidentemente erróneas, ahora a lo sumo parecían desviaciones

8 Así, Lipsky, criticando a los neobrandesianos, señala que durante décadas las agencias estadounidenses abogaban “por la racionalidad económica (...). Ahora, las agencias estadounidenses dan licencia e incluso promueven los peores institutos de otras agencias alrededor del mundo” (Abbot B., 2024, p. 16)

menores que ocurrían dentro de una tradición poderosa y por lo general exitosa. Ese tipo de experiencia- que las piezas súbitamente se ordenen a sí mismas y se rearmen de una manera nueva- es la primera característica general del cambio revolucionario (...) Si bien las revoluciones científicas dejan mucho trabajo menor por realizar, el cambio central no se puede experimentar de a parcialidades, un paso a la vez. Antes bien, involucra una transformación relativamente súbita en que una parte de lo que experimentamos se ordena a sí mismo de una manera distinta y muestra patrones que no eran antes visibles” (Kuhn, 2000, pp. 16–17).

Con esta experiencia, en la que Kuhn subsistió con la sana sospecha de que lo que él hallaba un sinsentido sí tenía sentido, fundó su exitosa teoría de los paradigmas científicos, que repasaré en lo que sigue.

II. LOS TIEMPOS DE PAZ O LA CIENCIA NORMAL

En el texto que ya venía analizando, Lina Khan se pregunta “si acaso el paradigma actual del derecho de antitrust ha fallado” (Khan, 2017, p. 803). Esta denominación es especialmente oportuna. El uso de esta etiqueta se puso de moda en el mundo académico tras la publicación de “La estructura de las revoluciones científicas” de Thomas Kuhn, y ha pasado a ser “parte del tejido general de la cultura y la filosofía” (Schwartz, 2012, p. 91), lo que nos brinda una oportunidad de leer a Khan a través de Kuhn.

Al respecto, Kuhn señala que una comunidad científica en “tiempos de paz” funciona bajo “ciencia normal”. Esta consiste del arduo y devoto ejercicio de forzosamente hacer caber la naturaleza dentro de las cajas conceptuales provistas por nuestra educación (Kuhn, 1962, p. 5). Así, la ciencia normal opera a partir de paradigmas, esto es, ejemplos aceptados de la práctica científica corriente - que incluyen leyes, teorías, aplicaciones e instrumentos- que proveen modelos que sirven de base a proyectos particulares de investigación científica (Kuhn, 1962, p. 10)⁹.

Tomando esto como punto de partida, se podría pensar en el actual paradigma de libre competencia como uno donde lo único que importa es que las normas lleven a que el mercado como un todo cumpla los estándares dictados por algún tipo de eficiencia (sea esta productiva, asignativa o dinámica). De esta forma, el *antitrust* técnico se refiere a un set de reglas de *antitrust* que comienzan con una imagen de un conjunto de las mejores circunstancias sociales logrables mediante las leyes de libre competencia y luego se basa en evidencia y expertos para desarrollar una aproximación que les den efecto (Peralta, 2022).

En la práctica del día a día de la libre competencia esto se vería como el rutinario ejercicio de medir la competitividad de un mercado mediante índices bien asentados de concentración, como el índice de *Herfindahl-Hirschman* (sobre cómo opera este test, ver: CeCo, 2024). Aquí, se toman rasgos del mundo, como que hay determinada cantidad de productores en cierto espacio y momento, y se aplican categorías ya bien conocidas para determinar si un mercado es competitivo o no.

Al respecto, la ciencia normal funciona a partir de obras fundamentales que definen el ámbito de problemas legítimos y métodos de un campo de estudio, lo que atrae a un grupo duradero de adherentes (Kuhn, 1962, p. 10). En el caso de la libre competencia, esta obra duradera probablemente sería *The Antitrust Paradox* de Bork (Bork, 1978). Más allá de algunos detalles, esta obra volvió hegemónico el análisis de eficiencia característico de nuestros días, el que se centra en la eficiencia (ya sea asignativa

9 Aquí, en general, hay un consenso sobre cuál es el estándar a partir del cual falsear una hipótesis, pues se tienen tests o pruebas para hacer aquello. Esto lo veremos más abajo a propósito de cómo opera el índice de *Herfindahl-Hirschman*. Según este índice, si se está por encima de cierto umbral determinado en términos matemáticos, se está ante un mercado concentrado (y viceversa). Como veremos más abajo, en ciertos momentos de crisis no está claro cual es el estándar a partir del cual se falsea una hipótesis.

o productiva) o en el bienestar del consumidor (que se concentra en un subconjunto de la eficiencia asignativa, esto es, el excedente de los consumidores).

Aquí vale la pena enfatizar que esta aceptación de un paradigma prepara a quien estudia una disciplina, su alumno, para ser miembro de una comunidad científica en la cual luego participará (Kuhn, 1962, p. 10). Así, hoy difícilmente se puede señalar que la libre competencia es sobre limitar el poder privado o hacer posible la democracia. Antes bien, dice relación con maximizar la producción, o aumentar el bienestar del consumidor. Esto último es lo que por regla general se enseña en las clases de libre competencia, y lo que se aplica en agencias, tribunales y estudios jurídicos. De tal forma, en algún sentido, el lenguaje del éxito es el lenguaje de quienes cultivan las categorías de un paradigma asentado. Si se usan las palabras de dicho paradigma con los significados que se les da en este último se obtienen resultados, pues se está usando los términos de manera “adecuada”, y así se encaja en el mundo que florece alrededor de dicho paradigma, y se puede existir en el ecosistema profesional que sostiene y es sostenido por el paradigma en cuestión¹⁰.

Con todo, la ciencia normal usualmente suprime o ignora cuestiones novedosas que subvierten sus premisas básicas (Kuhn, 1962, p. 5), pues los hechos científicos y la teoría científica no son separables (Kuhn, 1962, p. 7)¹¹. Como han demostrado los filósofos de las ciencias, más de una construcción teórica puede ser puesta sobre un conjunto de datos (Kuhn, 1962, p. 76).

A modo de ejemplo, incluso hoy en día existen dos formas de ver los abusos de posición dominante. Desde la perspectiva de la escuela ordoliberal, por ejemplo, hay un importante énfasis en la protección del proceso competitivo, prefiriéndose bajo este modelo incluso un mercado ineficiente pero libre a un mercado eficiente pero opresivo¹² (Monti, 2006, p. 43). Por contraste, bajo la visión propia de la escuela de Chicago, lo que importa respecto de los abusos de posición dominante es si una empresa tiene la capacidad de subir sus precios por sobre el costo marginal una vez que excluye a un competidor del mercado (Fox, 2002, p. 377). Dadas estas diferencias, puede ocurrir que un mismo hecho sea evaluado negativa o positivamente según cómo se lo mire. Desde la perspectiva fundada en la escuela de Chicago, mientras una empresa venda a

10 Esto es especialmente relevante en disciplinas que buscan tener un efecto práctico en el corto plazo, como el derecho. Mientras en las ciencias naturales se puede vivir marginado por un tiempo, sin tener resultados, investigando por el solo amor a la búsqueda desinteresada de la verdad, en el derecho la ausencia de éxito se refleja personalmente en quien no es exitoso. Lo que importa en gran medida es ganar casos, no tener la razón (por eso un buen académico no es necesariamente un buen abogado). Aquello, de manera poco sorprendente, lleva a quienes transitan de la academia a la práctica (como Khan) a usar parte del instrumental heredado por la doctrina hegemónica (así, aun cuando apoya a Khan y *cía.*, Fox señala que los neobrandesianos en el poder han usado teorías del daño tradicionales, si bien con un énfasis más agresivo (Fox, 2024, p. 5)). Aquello, pues si no lo hiciera, y en un intento por tener la razón solo usara sus novedosas teorías (para nada asentadas en la práctica judicial y doctrinaria), perdería todos los casos, lo que se reflejaría en ella y la haría ver como inútil. Esto, a mi juicio, explica que algunos destaquen que las teorías del daño de la administración neobrandesiana no sean muy revisionistas. El punto es que cualquier decisión que se tome, se ha de terminar teniendo consecuencias indeseables. Alguien como Khan puede: a) defender la versión más pura de su teoría y perder sus litigios, y así hacer parecer a ella misma y a su movimiento inútil o b) trabajar dentro de los márgenes de la teoría tradicional (luchando dentro de sus márgenes) y lograr algún margen de éxito al costo de parecer hipócrita (por dejar de lado sus ideales). Así, pareciera ser como Luthen Rael, en la serie de TV Andor, quien se lamenta lo siguiente “I’m condemned to use the tools of my enemy to defeat them. I burn my decency for someone else’s future. I burn my life to make a sunrise that I know I’ll never see. And the ego that started this fight will never have a mirror or an audience or the light of gratitude”.

11 Como dije más arriba, en este artículo estoy acudiendo a la teoría de Kuhn de manera heurística. Como expresa Torretti, hay buenas razones para dudar que, como parece señalar Kuhn, la “historia del conocer [sea] una sucesión de “esquemas conceptuales” o “marcos categoriales” “incomunicados e inconmensurables” (Torretti, 2011, p. 152). Creo que hay buenas razones para defender que “el discurso científico es parásito del discurso cotidiano y debe subordinarse cuando se trata de hablar de la realidad” (Torretti, 2011, p. 152). Como dice MacIntyre, siempre hay una referencia ineliminable que va más allá del esquema a partir del cual hacemos juicios y que está más allá de los criterios a partir de los cuales podemos hacer afirmaciones de manera justificada en dicho esquema (MacIntyre, 1990, p. 122). Dicho aquello, que los conceptos que usamos al menos prejuzgan la manera en que nos aproximamos a la realidad es algo que uno puede defender sin por ello esgrimir la tesis de que nuestra aprehensión de la realidad es absolutamente dependiente de nuestros conceptos. Dicho eso, sobre todo en el contexto del derecho, el cual trata a menudo con hechos que solo existen dada su regulación (hechos institucionales, que tienen la estructura de “x cuenta como z en el contexto regulatorio z” (Searle, 2018)), creo que ser consciente de que lo que percibimos depende de lo que consideramos perceptible bajo nuestro esquema conceptual es algo especialmente importante y claro.

12 Opresivo en el sentido preciso de que da demasiado poder a una empresa, poder que luego puede ser usado para ganar influencia política. Bajo una visión como esta, no se teme tan solo la concentración del poder en el Estado, sino que también la concentración del poder en la esfera privada.

precios cercanos a los que habría bajo competencia perfecta no hay un problema. Pero si, *ceteris paribus*, esa misma empresa tiene excesivo poder, para la escuela ordoliberal eso sí sería un problema.

Hasta hace muy recientemente en libre competencia vivíamos en ese mundo de ciencia normal. Había un acuerdo transversal en torno a que el sistema perseguía algún tipo de eficiencia. Así, toda la producción académica se concentraba en torno a afinar los *tests*. Cuando se estaba en esa época, Crane señalaba que “la mayor parte de los problemas de antitrust son sobre los medios para lograr este fin, no sobre el fin que se ha de perseguir” (Crane, 2007, p. 59).

Lo anterior se explica en que cuando un paradigma reina se hacen artículos breves dirigidos a personas que ya comparten el trasfondo de conocimiento (Kuhn, 1962, p. 20). Así, un paradigma es, como una sentencia del *common law*, objeto de mayor articulación y especificación bajo nuevas y más estrictas condiciones (Kuhn, 1962, p. 23). Esto ocurre porque el fin del debate inter escuela pone fin a la necesidad de debatir constantemente sobre los fundamentos de la disciplina y así, las escuelas antiguas desaparecen (Kuhn, 1962, p. 18). De tal manera, los que se aferran a la visión antigua son dejados de lado por la profesión y deben actuar solos (Kuhn, 1962, p. 19)¹³. Ello explica que quienes aún creen en cosas como el proteger la competencia como un fin en sí mismo se les achaque que replican “recetas antiguas basadas en teorías económicas obsoletas de una economía completamente distinta” (Ybar, 2024, p. 29).

Con todo, los debates profundos no se desvanecen de una vez y para siempre con el surgimiento de un paradigma. Si bien éstos casi no existen en momentos de ciencia normal, recurren regularmente justo antes y durante una revolución científica (Kuhn, 1962, p. 48). Este sería el caso del mundo previo a la escuela de Chicago, en el que Robert Bork inició una revolución conceptual que, tras haber sido exitosa, puso fin a gran parte del debate. Y también sería una instancia de esto el debate que han levantado los neobrandesianos en torno a si el derecho de antitrust debe tener preocupaciones republicanas que digan relación con controlar el poder privado excesivo.

III. LAS ANOMALÍAS

Recién estaba mencionando que a veces las disciplinas sí tienen debates profundos, debates que las remecen. Dicho eso, ¿cómo surgen las nuevas teorías? El descubrimiento de cosas nuevas comienza con la conciencia de que hay una anomalía, esto es, con el reconocimiento de que algo ha roto las expectativas a las que induce el paradigma que gobierna la ciencia normal (Kuhn, 1962, p. 52). Esto ocurre cuando una disciplina encuentra problemas que no pueden ser resueltos dentro de los bordes que les provee el paradigma imperante (Staley, 2014, p. 57). El descubrimiento de algo nuevo es un evento complejo, pues involucra reconocer que algo es algo, y qué es ese algo (Kuhn, 1962, p. 55) y, como vimos, el paradigma reinante es el que decide qué es lo que se ve y lo que no se ve.

Por supuesto, un teórico muy comprometido con el paradigma imperante podría encogerse de hombros y simplemente ceñirse a lo que puede efectivamente ver con los conceptos que fue entrenando para usar. Esto puede ser una mala idea, porque en tal caso el teórico no tiene lo que Einstein más arriba denominaba independencia de juicio, y trata los conceptos como algo que tiene autoridad sobre él, olvidando que estos son una creación humana sometida a fines humanos. O esto puede ser una buena idea, pues es el compromiso con un paradigma aquello que hace posible la ciencia normal, que es aquella que usamos en nuestro día a día (la ciencia normal, que es indispensable, no podía proceder si todo el día discutiéramos los fundamentos últimos de la disciplina).

¹³ Así ha ocurrido, por ejemplo, con la visión ordoliberal del derecho de competencia, la cual ha sido progresivamente dejada de lado en favor de la “aproximación más económica”.

A este respecto, si la observación y la conceptualización, el hecho y su asimilación a la teoría, están inseparablemente unidos en el descubrimiento, entonces dicho descubrimiento es un proceso y debe tomar tiempo (Kuhn, 1962, p. 55). Creo que un tránsito de este tipo ha ocurrido en libre competencia. Así, en dicha sede, hay sucesos que antes no se identificaban como dañinos, tales como el poder político que otorga el poder económico¹⁴, pues la teoría predominante no tiene dentro de sus consideraciones instrumentos para medir la influencia política que tienen los actores económicos. Pero luego, si se cree que el problema persiste, se empieza a pensar que la teoría tiene problemas, porque no ve cosas que sí debería ver¹⁵. Esto ocurre, por ejemplo, con la indebida influencia política del *big tech*¹⁶, que crecientemente es analizada bajo la óptica del antitrust¹⁷.

Así, cuando en el curso de la ciencia normal se presentan anomalías, cuestiones que ella no puede explicar, estos episodios extraordinarios llevan a un cambio en los compromisos científicos de la comunidad. Y aquí, quienes se comprometen con este cambio cambian las reglas que gobiernan la práctica de la ciencia normal (Kuhn, 1962, p. 7). Esto último debe ser enfatizado: sin nuevas reglas, sin reglas que permitan percibir aquello que mediante el paradigma reinante es suprimido, no se puede lidiar con la anomalía, pues, en rigor, ni siquiera se la puede reconocer, a lo sumo se puede sospechar que existe¹⁸.

Frente a este estado de parálisis, lo novedoso usualmente aparece en las ocasiones en que, aun cuando hay un aparataje claro para resolver problemas, existe una persona que, sabiendo con precisión lo que debe esperar, es capaz de reconocer que algo está mal (Kuhn, 1962, p. 65). Esto implica que es capaz de ver más allá de las categorías imperantes, y es por ello que una capacidad de percepción profunda es un requisito para cualquier cambio aceptable en la teoría (Kuhn, 1962, p. 67).

En este sentido creo que vale la pena leer la visión de gente como Khan¹⁹, quien ha destacado que “los asuntos de estructura de mercado y la competencia no determinan solo el precio y la cantidad de los bienes, sino que también la trayectoria de la innovación, la resiliencia de nuestros mercados, y la fuerza de nuestra democracia” (Khan, 2023). Aquí, dejando de lado la doctrina imperante, y las categorías con las cuales ésta permite identificar ciertas partes del mundo, detalla que hay ciertos problemas que se están ignorando.

Al respecto, uno podría insistir en el tono algo despreciativo con el que gran parte de la doctrina ha respondido a ideas como ésta: es gente joven, que no ve la materia de cerca, y que no está familiarizada con lo que hace la disciplina.

Con todo, como dice Kuhn, casi siempre quienes logran la invención de un nuevo paradigma son personas ya sea muy jóvenes, o muy nuevas en el campo. Esto, pues siendo personas poco comprometidas con la práctica previa o las reglas tradicionales de la disciplina, son particularmente propensas a percibir que esas reglas ya no definen un juego operativo, y por tanto pueden concebir otro conjunto que las reemplace (Kuhn, 1962, p. 90). A contrario sensu, quienes están ya muy involucrados en una práctica difícilmente querrán ver algo nuevo, pues hacerlo implicaría dejar de lado aquello para lo que han sido entrenados, que llevan años haciendo y que en alguna medida define su rol social.

14 La historia, en rigor, es más larga: primero se vio este como un problema relativo a controlar el poder privado, luego se pasó a ver el foco de la libre competencia como maximizar algún tipo de bienestar (del consumidor o total), y ahora el péndulo ha vuelto a ir hacia el otro lado.

15 O las ve demasiado tarde (desde su propia óptica) pues, en el largo plazo, el traspaso de poder económico al político va a impactar en el mercado mediante la afectación de alguna variable de competencia (precio, cantidad, calidad, innovación, etc.) mediante el gran poder político que le permitirá capturar al regulador o al menos influirlo indebidamente. Un ejemplo gráfico de esto puede verse en la presencia que (al momento de escribir este artículo) tiene Elon Musk en el gabinete de Donald Trump, donde dirige un equipo destinado a reducir el gasto público.

16 Varoufakis, 2024.

17 Como lo han hecho, por ejemplo, (Ezrachi & Robertson, 2024).

18 Respecto de esto último quizás sea iluminadora una frase del historiador Tony Judt. Este, poco antes de morir escribió un amargo libro titulado “Algo va mal”, en el cual registró lo que consideraba que eran los males de nuestra época. Entre muchas otras cosas, Judt señaló que “ya no sabemos hablar sobre lo que está mal, y mucho menos solucionarlo” (Judt, 2019, p. 32). Así, puede surgir la consciencia de que hay un problema, aun cuando no tengamos total claridad respecto de cómo solucionarlo.

19 Por supuesto, difícilmente Khan sola podría haber hecho todo esto. Su visión es sustentada por varias personas que, antes que ella, trabajaron en una senda similar.

Recapitulando, la ciencia normal entra en crisis cuando se percibe que ésta no soluciona problemas sociales que se consideran relevantes, lo que constituye una anomalía. Y cuando una anomalía parece ser algo más que un mero puzle para la ciencia normal, inicia la transición desde la ciencia normal a la ciencia extraordinaria (Kuhn, 1962, p. 82).

IV. EL CAMBIO EN EL PARADIGMA

En general, la consciencia de estas anomalías dura tanto tiempo que se podría describir el campo como uno que está en estado de crisis creciente (Kuhn, 1962, p. 67), y la nueva teoría parece ser una respuesta a esa crisis (Kuhn, 1962, p. 75). Al respecto, se podría describir el estado actual de la disciplina como uno de crisis, pues ya no hay un piso firme (paradigma único) a partir del cual construir (hacer operaciones rutinarias). Antes bien, hay discusiones sobre lo que debería hacer la disciplina. Esto se expresa en el choque de escuelas que existe actualmente.

Dicho aquello, el ascenso de una nueva teoría en parte se explica porque ésta resuelve anomalías en relación a la teoría antigua, y así permite percibir hechos distintos que los que permitía percibir su predecesora (Kuhn, 1962, p. 97). De tal forma, los paradigmas ganan su estatus al ser más exitosos que sus contendores a la hora de resolver *problemas que la disciplina encuentra importantes* (Kuhn, 1962, p. 23).

Esto es crucial, pues cual sea la teoría adecuada dependerá de cuáles son los problemas que la ciencia quiere resolver, cuestión que no es resuelta por la teoría misma²⁰. Esto, pues la elección entre paradigmas no dice relación solamente con la predicción de nuevos hechos. Como dice Kuhn, la elección entre paradigmas no está, y no puede estar enteramente determinada mediante los mecanismos evaluativos de la ciencia normal. Aquí el rol de cada paradigma es circular, pues cada grupo acude a sus propias categorías para argumentar a favor de sí mismo (v.gr.: un teórico de Chicago critica a un teórico neobrandesiano porque su enfoque deja de lado la eficiencia asignativa, cuando lo que está en disputa es la idea misma de que la eficiencia asignativa sea central²¹). Así, al elegir paradigmas, “no hay un estándar más alto que el simple asentimiento de la comunidad relevante”²² (Kuhn, 1962, p. 94). En tal medida, factores extra científicos influyen en la decisión sobre si se adopta un paradigma u otro (Bird, 2004).

Así, cuáles son los conceptos a partir de los cuales tratamos el mundo es algo que depende de qué queremos lograr con estos. Por ello, hay que recordar que la forma en que vemos el mundo a través de los conceptos que estamos acostumbrados a usar no es la única. Aquí vale la pena citar nuevamente a Einstein:

“los conceptos que han demostrado ser útiles a la hora de ordenar las cosas pueden fácilmente lograr una autoridad tal sobre nosotros que nos olvidamos de sus orígenes terrenales y los tomamos como dados e inalterables. Así, pasan a ser catalogadas como “necesidades del pensamiento” “supuestos a priori”, etc. El progreso científico a menudo es hecho imposible durante largo periodo gracias a dichos errores. Por eso, no es inútil volverse ducho en analizar los conceptos comunes y exhibir aquellas circunstancias en las que sus justificaciones dependen, cómo han surgido” (Howard, 2004).

20 Aquí opto por lo que Bird denomina una visión evolutiva del progreso científico. Según esta, la ciencia evoluciona en respuesta a los desafíos que enfrenta en su medioambiente (Bird, 2004). Así, el progreso científico no se mide porque la ciencia se acerque a un punto ideal, sino que porque puede solucionar de mejor manera los desafíos de su medio (Bird, 2004).

21 Como veíamos más arriba, un paradigma hace a una comunidad insensible de aquellos problemas que no puede solucionar dentro de sus puzles (Kuhn, 1962, p. 37).

22 En tal medida, puede ser una mala inversión gastar mucho tiempo en intentar convencer a quienes están ya totalmente imbuidos dentro de la práctica de cierto paradigma, siendo preferible gastar esa energía en convencer a quienes tienen una posición menos comprometida.

Por ello, si la preocupación central de la disciplina del derecho de antitrust pasa a ser controlar o limitar el poder privado, y éste poder no puede ser medido a partir de las categorías tradicionales de la disciplina, eso no es un problema para quienes se preocupan del poder privado, sino que un problema de las herramientas antiguas, y un problema de quienes las defienden²³.

Dado un estado de crisis de la disciplina, hay partes que persiguen distintas finalidades, y cuando surge una nueva teoría, esta puede no satisfacer las necesidades de quienes trabajaban bajo la teoría previa (Bird, 2004). Es más, como cuando cambia un paradigma cambian también los criterios a partir de los cuales se decide si una solución es adecuada (Staley, 2014, p. 60), los nuevos estándares por definición serán vistos por los antiguos estándares como unos que son deficitarios (Staley, 2014, p. 60).

Cuando esto ocurre, ¿cómo se resuelve el desacuerdo? Podría haber una bifurcación disciplinar con una correspondiente bifurcación institucional. Así, podría ser que un área de la disciplina, asociada a un perímetro institucional específico, se dedique a controlar el poder privado, y otra se dedique a maximizar la eficiencia, y cada una operaría bajo sus propias métricas, con eventuales puntos de colaboración o contacto. No sería la primera ocasión en que ocurre una división disciplinar con una correspondiente división institucional²⁴.

O puede ocurrir algo mucho más dramático. Si la disciplina no bifurca, y el desacuerdo persiste, puede que el desacuerdo dure lo que dure la brecha generacional en la disciplina. Así, ya que hay inconmensurabilidad entre las teorías rivales, la respuesta es más bien cínica (y no por ello incorrecta). Como señaló Max Planck, en una cita que explora el mismo Kuhn:

“una nueva verdad científica no triunfa al convencer a sus oponentes y hacerlos ver el mundo desde una nueva luz, sino que triunfa porque eventualmente sus oponentes se mueren, y surge una nueva generación que está familiarizada con ella” (Planck, 1949, pp. 33-34, citado en Kuhn, 1962, p. 151).

Así, los proponentes de una teoría más vieja típicamente no son derrotados por los resultados experimentales o pruebas científicas, sino que son derrotados por el *grim reaper*. Los más viejos en la disciplina son reemplazados por personas más jóvenes que tienen un compromiso menos fuerte con la disciplina y por tanto les es más fácil abrazar el nuevo paradigma (Schwartz, 2012, p. 91).

Por eso no importa tanto que, como dice Ybar, “[h]asta la fecha, el movimiento neo-Brandeisiano no ha ganado mucho terreno en los círculos antimonopolio convencionales (académicos, cortes, agencias, litigantes). Por el contrario, el consenso en torno a un objetivo único centrado en el bienestar del consumidor parece firmemente arraigado en el núcleo de la profesión y resistente a los vientos populistas” (Ybar, 2024, p. 22)²⁵. Lo que importa es la dirección de movimiento, y, en la medida que ésta, por muy incipiente que sea, apunte hacia un mundo neobrandesiano²⁶, la visión tradicional tiene fecha de vencimiento²⁷.

23 Dicho aquello, una teoría nueva puede hacer que queden olvidados o dejados de lado los logros de la antigua teoría, aquellas herramientas que ya no sirven fines relevantes bajo el nuevo paradigma (Bird, 2004). Esto se ha denominado Kuhn-loss.

24 Esto permitiría vadear, o al menos mitigar los riesgos asociadas a que una agencia persiga múltiples objetivos. Sobre estos riesgos, véase: (Faulbaum, 2023).

25 Énfasis agregado.

26 Como muchos defensores de la doctrina más tradicional reconocen, esta última alcanzó vigencia en la medida que se nombraron jueces que respaldaban esta última (Abbot B., 2024, pp. 12-13). Esto, nuevamente, refuerza el punto de que la disputa no es solo resuelta desde un punto de vista conceptual, sino que también tiene que ver con quienes ocupan las posiciones con poder de decisión.

27 Dicho sea de paso, por eso no es tan relevante lo que ocurra en foros especializados de libre competencia, en que generalmente participan mayoritariamente personas que estaban de antemano de acuerdo. Que se defienda al antitrust tradicional en esos foros a los que asisten personas que ya están comprometidas con el antitrust tradicional no afecta en demasía lo que ocurra en otros círculos.

De tal manera, un cambio de paradigma no está determinado solo por la data experimental, sino que es un fenómeno cultural multifacético que involucra, *inter alia*, formas de vida y maneras de pensar (Schwartz, 2012, p. 91). La próxima sección analiza este punto.

V. ¿EN QUÉ TERMINA EL PROCESO DE CIENCIA REVOLUCIONARIO?

De lo recién dicho se puede inferir que las disciplinas tienen algo que se puede llamar “vigencia sociológica”. Esto, pues los científicos nunca aprenden conceptos, leyes y teorías de manera abstracta y por sí mismos. Antes bien, estas herramientas intelectuales se encuentran en una unidad histórica y pedagógica previa que las muestra con y a través de sus aplicaciones (Kuhn, 1962, p. 46).

Así, para que cambie una teoría, también debe cambiar la práctica que es realizada con dicha teoría²⁸. Y, por ello, las teorías nuevas deben resolver la mayoría de los puzzles que la ciencia debe resolver (Bird, 2004). Dicho aquello, los científicos que operan bajo cierto paradigma en crisis por regla general nunca renuncian a él, *salvo que haya una teoría alternativa lista para tomar su lugar* (Kuhn, 1962, p. 77). Abandonar un paradigma sin simultáneamente adoptar otro es rechazar la ciencia en sí misma, y ese acto parece reflejarse en quien lo hace antes que en la teoría, y hace ver a esa persona como el carpintero que culpa a sus herramientas antes que a su falta de *expertise* (Kuhn, 1962, p. 79). Esta es, creo, la mejor interpretación de una crítica que dirige Ybar a la escuela neobrandesiana, consistente en: “[l]a dificultad de administración de un objetivo político carente de métrica de análisis, y la contrariedad exhibida por los principales referentes del movimiento neo-Brandeisiano respecto del rol central que ejerce el análisis económico en el proceso de decisión de libre competencia” (Ybar, 2024, p. 21).

Por eso, si un paradigma ha de triunfar, necesita de algunas primeras personas que lo apoyen, personas que lo construirán al punto en que los argumentos más obstinados serán desarrollados y multiplicados (Kuhn, 1962, p. 158). Y es justamente eso lo que aun se echa en falta de parte de la vertiente más radical de la escuela neobrandesiana, una teoría más acabada respecto de cómo tratar con los problemas que dicha vertiente identifica como importantes²⁹.

Más allá de los tempranos éxitos de la escuela neobrandesiana, aun es muy temprano para saber si ella dejará un legado duradero. Pero para que dicho legado exista debe ofrecer una teoría comprehensiva y detallada de la libre competencia, que vaya más allá de criticar al mundo que creció a la sombra de la escuela de Chicago. Cuando dicha teoría exista, o, mejor dicho, si es que llega a existir, el mundo de la libre competencia será distinto. En palabras de Kuhn, cuando una revolución científica es exitosa, es como si la comunidad profesional fuera súbitamente transportada a otro planeta donde objetos familiares son vistos bajo otra luz, y donde además aparecen nuevos objetos (Kuhn, 1962, p. 111). En ese mundo, las agencias, tribunales, salas de clases y despachos jurídicos discutirían en otro lenguaje, y pasarían a preocuparse de cuestiones como el poder privado. Entonces se invertirían los roles, y quienes se aferraran a la eficiencia como el único fin de la competencia serían aquellos que “[ocupan] recetas antiguas basadas en teorías económicas obsoletas de una economía completamente distinta” (Ybar, 2024, p. 29).

²⁸ Y, como señala Fox, ni el congreso ni la Corte Suprema están a bordo del cambio propuesto por los neobrandesianos (Fox, 2024, p. 5)

²⁹ Cuan acabada debe ser aquella teoría, en todo caso, es algo relativo a la urgencia de la situación, como ha dejado claro Kieran Healy en su famoso artículo “Fuck Nuance” (2017)

BIBLIOGRAFÍA:

- Abbot B., L. (2024). The “progressive” antitrust mutiny: On course for the economic doldrums. *Concurrences Revue Des Droits de La Concurrence / Competition Law*, 4.
- Atria, F. (2014). *Derechos Sociales y Educación: Un nuevo paradigma de lo público*. LOM.
- Bird, A. (2004). Thomas Kuhn. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Bork, R. (1978). *The Antitrust Paradox*. Basic Books.
- CeCo. (2024). Índice de Herfindahl Hirschman (HHI). <https://centrocompetencia.com/hhi/>
- Crane, D. (2007). Technocracy and antitrust. *Benjamin N. Cardozo School of Law, Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Working Paper*, 208, 1–68.
- Ezrachi, A., & Robertson, V. H. (2024). Can competition law save democracy? Reflections on democracy’s tech-driven decline and how to stop it. *Journal of Antitrust Enforcement*.
- Faulbaum, E. (2023). Objetivos de las autoridades de competencia: Tirole y la Diosa Hindú de múltiples brazos. *Centro Competencia (Actualidad)*. <https://centrocompetencia.com/objetivos-autoridades-competencia-tirole-multiples-brazos/>
- Fox, E. (2002). What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect. *Antitrust Law Journal*, 70(2), 371–411.
- Fox, E. (2024). A lasting legacy of the Biden administration? Excising neoliberalism from US antitrust. *Concurrences Revue Des Droits de La Concurrence / Competition Law*, 4.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms*. Polity Press.
- Healy, K. (2017). Fuck Nuance. *Sociological Theory*, 35(2), 118–127.
- Hovenkamp, H. J. (2018). Whatever Did Happen to the Antitrust Movement? *Notre Dame Law Review*, 93, 582–638.
- Howard, D. (2004). Einstein’s Philosophy of Science. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Jacobs, M. (2022). La Declaración de Utah y el simposio “Los nuevos ‘locos años veinte’: La agenda progresista de las leyes de antitrust y protección al consumidor”. *Investigaciones CeCo*.
- Judt, T. (2019). *Algo va mal*. Debolsillo.
- Khan, L. (2017). Amazon’s Antitrust Paradox. *Yale Law Journal*, 126(3), 710–805.
- Khan, L. (2023). *Remarks of Chair Lina M. Khan As Prepared for Delivery Economic Club of New York*. https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/remarks-khan-economic-club-new-york.pdf
- Kuhn, T. S. (1962). The Structure of Scientific Revolutions. *The University of Chicago Press: International Encyclopedia of Unified Science*, 2(2).
- Kuhn, T. S. (2000). *The Road since Structure* (J. Conant & J. Maugeland, Eds.). The University of Chicago Press.
- MacIntyre, A. (1990). *Three rival versions of moral enquiry*. University of Notre Dame Press.
- Medina, P. (2023). ForoCompetencia: Efectos del movimiento neobrandeisiano en EE.UU. y Latinoamérica.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Ignacio Peralta, "*¿Requiem para los neobrandesianos? Sobre la lucha de trincheras de la libre competencia*",
Investigaciones CeCo (abril, 2025),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile