

## The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself. Basic Books Inc. 1978; 479 pgs.

### I

Cuando en 1987 el presidente Ronald Reagan hizo pública su intención de nombrar a Robert Bork como candidato para cubrir la vacancia del juez Lewis Powell en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, no era muy difícil anticipar la reacción que dicha noticia ocasionaría en el estamento político norteamericano.

En los más conservadores, el posible nombramiento de Bork a la más alta instancia judicial provocó un gran entusiasmo y fue visto como una oportunidad para revertir la tendencia de la Corte Suprema en materia de aborto, derechos fundamentales y *affirmative action*. Pero para los demócratas, el nombramiento de Bork traía malas noticias. Ya en 1963 Bork había criticado duramente un conjunto de reformas impulsadas por el Partido Demócrata con el fin de abolir ciertas prácticas segregacionistas. Además, como juez, las decisiones que había expedido mostraban una firme línea de oposición a interpretaciones laxas del texto constitucional y su preferencia por el *strict constructionism*, posiciones que hacían prever tiempos difíciles para las aspiraciones liberales. Por si esto no fuera suficiente, Bork había desempeñado un papel determinante en la llamada "Masacre del Sábado por la Noche", durante la etapa final del gobierno del presidente Nixon. Siguiendo órdenes directas de Nixon que tenían por propósito ocultar las grabaciones que en última instancia desencadenarían su renuncia a la presidencia, Bork destituyó a Archibald Cox, procurador especial para el caso Watergate. Lo grave es que la destitución de Cox se produjo luego de que el fiscal general Elliot Richardson y su adjunto William Ruckelshaus, predecesores inmediatos de Bork en el cargo, comunicaran al presidente que preferían renunciar antes que acatar su orden. Para ser justos, fue en mérito a sus propias decisiones que Bork se convirtió para los demócratas norteamericanos en el "radical peligroso" a que hacía referencia Stephen L. Carter en *The Confirmation Mess*. Como era inevitable, el anuncio de Reagan polarizó a la opinión pública y dio inicio a una de las batallas políticas más importantes de su segundo gobierno.

En este escenario político, la figura académica de Robert Bork quedó desplazada. Apenas si se tenía presente por ese entonces que este profesor de derecho de la

Universidad de Yale había escrito en 1978 el libro que constituiría uno de los puntos de inflexión más importantes en el derecho antimonopólico norteamericano.

### II

A pesar de que han transcurrido 25 años desde la publicación de su primera edición, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* se mantiene hasta hoy como una de las obras más influyentes en el campo del derecho antimonopólico.

En opinión de Bork, las políticas de competencia en los Estados Unidos de América atravesaban a finales de los años setenta una profunda crisis de identidad, cuyo origen, sin embargo, podía rastrearse incluso hasta el momento fundacional del derecho antimonopólico en la última década del siglo diecinueve. Según su diagnóstico, la evolución de las políticas de competencia norteamericanas y las decisiones judiciales expedidas a lo largo de un siglo habían demostrado de manera insoslayable su incapacidad para dar respuesta a la que él consideraba una cuestión previa fundamental: "*La aplicación del derecho antimonopólico no podrá ser racional hasta que seamos capaces de responder de manera concluyente una sola pregunta: ¿cuál es el propósito de la ley – cuáles son sus objetivos?*"

Como puede esperarse de quien concibe el derecho *antitrust* como una subcategoría ideológica, el diagnóstico esbozado por Bork se apoyaba en un paradigma que él mismo ayudó a construir: el de la Escuela de Chicago. Como Bork, los seguidores de la Escuela de Chicago defienden el libre mercado y afirman que la mejor asignación de los recursos es la que se alcanza mediante la competencia y a través de la información que proporcionan los precios a los consumidores. En este contexto, la intervención del Estado en el mercado es observada con extrema desconfianza y, en general, hace presumir resultados contraproducentes. Al igual que Bork, los economistas y abogados adscritos a la Escuela de Chicago consideran que el único objetivo que debe perseguir el derecho antimonopólico es el de la eficiencia económica; en tanto ésta es la que demuestra una mayor aptitud para promover el bienestar de los

¿Qué está leyendo... Enrique Felices<sup>1</sup> ?

<sup>1</sup> Abogado. LL.M., Yale University.

consumidores. En esta línea, Robert Bork fue uno de los primeros autores (quizás junto con Richard Posner en *Economic Analysis of Law*) en aplicar el concepto de “eficiencia productiva” a las políticas de competencia y en situarlo, como objetivo, por encima de los que tradicionalmente eran protegidos por éstas; por ejemplo, el interés de las pequeñas empresas.

Si se asume que el comportamiento de los agentes en el mercado puede ser objeto de clasificación, la eficiencia económica podría, a su vez, presentarse en términos de una dicotomía: por un lado, la “eficiencia productiva” (según Bork, “*un concepto simple, indispensable y absolutamente incomprendido*”) y, por el otro, la “eficiencia del mercado”. El primer concepto comprende cualquier actividad que tenga la capacidad de generar riqueza y, por lo tanto, se define necesariamente en función al bienestar de los consumidores. El segundo guarda simetría con el anterior, pero se refiere a la eficiencia general de los mercados y usualmente se describe según el “Criterio de Pareto”. En el derecho *antitrust*, apuntaba Bork, el único objetivo válido consiste en promover el bienestar de los consumidores; por consiguiente, el análisis de cualquier autoridad de competencia debería concentrarse en propiciar la generación de eficiencia productiva. Y esto era algo que los tribunales habían perdido de vista.

Una de las áreas del derecho *antitrust* que mostraba las mayores inconsistencias según *The Antitrust Paradox* era la de los denominados “precios predatorios”. En términos no necesariamente técnicos, se entiende por “precios predatorios” a la conducta desarrollada por una empresa con posición de dominio consistente en la fijación de precios por debajo de sus costos durante un tiempo determinado con la finalidad de eliminar a sus competidores, apropiarse de sus clientes y obtener un mayor poder de mercado. No obstante, para Bork, la predación por medio de precios no era un enemigo real del mercado (“*podemos encontrar abundantes teorías poco sofisticadas sobre la predación, que tienden a sobreestimarla de manera drástica*”), sino una creencia ‘popular’ que no coincidía con la teoría económica y el comportamiento de las empresas. Como teoría, la predación por medio de precios era irracional, en la medida en que era improbable que una empresa estuviera en capacidad real de recuperar los costos que conllevaba el desarrollo de una conducta depredadora. Es más, la existencia de precios por debajo de los costos era por lo general el reflejo de una relación de competencia e incluso, en ocasiones, el simple resultado de una medición incorrecta de los costos. Por ello, autores como Jonathan Baker señalaban que “*en la taxonomía zoológica de la Escuela de Chicago, la predación de precios resulta tan rara como un tigre blanco o como el mítico unicornio.*”

*The Antitrust Paradox* es importante por su denuncia sobre el fracaso de las políticas de competencia

norteamericanas, y por haber puesto en evidencia la incompatibilidad existente entre las premisas básicas en las que se sustentaba la aplicación de la ley. Así, resultaba paradójico que mientras algunas preservaban la competencia, otras la suprimían. Debido a ello, concluía Bork, la política de competencia norteamericana se encontraba “*en guerra consigo misma*”. Pero quizás la mayor virtud de *The Antitrust Paradox* sea otra. Se trata, en buena cuenta, de una obra que fue capaz de sustituir un paradigma vigente, y que redefinió los términos en los que se habría de aplicar en adelante el derecho antimonopólico.

### III

Pero *The Antitrust Paradox* es también una prueba de que cualquier obra intelectual, una vez publicada, cobra una vida independiente a la de su autor. Y así como esta obra ha sobrellevado con solvencia los rigores del tiempo, lo mismo no podría decirse de Robert Bork.

Su nombramiento a la Corte Suprema dio lugar al proceso de confirmación más largo de la historia. Lo que resultó más sorprendente, sin embargo, fue que en el transcurso de sus declaraciones ante el Senado norteamericano Bork pareció atemperar algunas de sus más controversiales opiniones y transmitir la sensación de estar renunciando a sus propias convicciones. La versión moderada del candidato no convenció a la opinión pública ni al Congreso, y en la votación en el Senado su postulación obtuvo 58 votos en contra y sólo 42 a favor. Un editorial del Washington Post decía a propósito de su derrota que “*el juez Bork ha conservado de sus años en el mundo académico un desprendimiento, por no decir indiferencia, casi atemorizante respecto a las consecuencias que sus puntos de vista tienen en el mundo real...Lo que las personas...necesitaban...era la simple certeza de que, además de su brillantez profesional, su integridad personal y su cuidado por la ley, la sensibilidad moral de Bork podía ser también asegurada...que sentía una preocupación por la justicia y no sólo por la ley. Ambas no son siempre iguales.*”

Más recientemente, su participación como abogado defensor de Microsoft en el proceso iniciado por Netscape también le valió duras críticas. Los argumentos utilizados en defensa de Microsoft, aducían sus detractores, contradecían las opiniones que tan fervientemente había sostenido a lo largo de su carrera y, especialmente, en cuanto se refiere a la predación por medio de precios, en *The Antitrust Paradox*.

Quizás, en el caso de Bork, la verdadera paradoja se encuentre en el origen del fracaso de sus propias aspiraciones. Y es que la derrota de este defensor de la libertad individual fue infligida, precisamente, por la voluntad de las mayorías.