



EL DERECHO DE COMPETENCIA ¿ES DE LOS VIVOS O DE LOS MUERTOS? SOBRE *COMMON LAW*, DERECHO CONTINENTAL, Y LIBRE COMPETENCIA

Ignacio Peralta Fierro

El Derecho de Competencia ¿es de los vivos o de los muertos? Sobre *Common Law*, Derecho Continental, y Libre Competencia

Junio 2024



Ignacio Peralta Fierro

Abogado de la Universidad de Chile. Ayudante ad honorem de Filosofía de la Moral, Justicia Social y Teoría de la Justicia, de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es iperaltaf@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-2873-3145>

Resumen: El artículo analiza el rol que puede jugar la historia en la interpretación del Derecho de Competencia. Para ello, primero, analiza el *common law*, el cual por su naturaleza da bastante peso a la tradición. Segundo, contrasta el *common law* al derecho continental, especialmente en lo referido al peso que tiene la tradición. Tercero, analiza el impacto que tiene la lógica de *common law* en el derecho de competencia. Cuarto, analiza cómo sería el sistema chileno de libre competencia si adoptáramos la lógica del *common law*.

Abstract: The article analyses the role history can play in the interpretation of antitrust law. To do that, first, the article analyzes common law, which gives great importance to tradition. Second, it contrasts common law to civil law, specially into what is related to tradition's weight. Third, it analyses the impact common law logic in antitrust law. Fourth, it analyzes how the chilean antitrust system would be if we adopted the common law logic.

Palabras clave: common law, derecho continental, razonamiento jurídico, libre competencia.

Key words: common law, civil law, legal reasoning, antitrust.

ÍNDICE

1. Introducción.....	4
2. <i>El common law</i>	4
2.1 <i>El common law</i> y la historia.....	4
2.2 <i>El stare decisis</i>	5
2.3 Algunas complejidades del <i>common law</i>	6
2.4 La evolución en el <i>common law</i>	7
3. Otra forma de ver las cosas.....	9
4. El <i>common law</i> en EE.UU. y la Libre Competencia.....	10
5. Aterrizando la discusión en Chile.....	11
5.1 El poco espesor y peso de la ley en Chile.....	11
5.2 ¿Cómo sería un sistema de <i>stare decisis</i> en Chile?.....	13
5.3 ¿Se podría hacer un cambio cultural en libre competencia?.....	14
6. Conclusión.....	15
Referencias:.....	16

I. INTRODUCCIÓN

El 17 de mayo de 2024 se celebró virtualmente un Diálogo CeCo titulado “[Relevancia de la Historia de la Libre Competencia en Latinoamérica](#)”. Con ello como inspiración, decidí esbozar algunas reflexiones sobre este asunto. En particular, decidí referirme al peso que se le puede dar a la historia a la hora de interpretar los textos legales de libre competencia. Para ello, me referiré al contraste entre *common law* y derecho continental en lo que se refiere al peso que se le da a la tradición.

A este respecto, [en su columna](#), Manuel Abarca se refiere, entre otras cuestiones, a la importancia que la historia de la libre competencia tiene en EE.UU. A partir de ello señala que “así como el caso estadounidense debe mirar a su historia para analizar este debate, esta discusión en Chile también puede ser analizada a partir de los antecedentes históricos que no siempre son tomados en cuenta”. Es por ello que, si bien señala que “el debate histórico y legal local puede ser más importante que las discusiones de afuera”, finalmente parece asumir que debemos importar el método de análisis legal extranjero, pues existe “un proceso histórico en que las leyes de competencia también son parte, y, en último término, funcionales”¹.

Adoptar este modo de análisis nos podría llevar a imitar la lógica del *common law*, la que tiene un fuerte compromiso con la historia. Es que aquí el precedente es parte central del pensamiento jurídico, pues constriñe las decisiones de los futuros jueces (Steilen 2011, p. 453). Con todo, esto no viene exento de polémica, como veremos. Por ello, en la línea de la [columna de Andrés Palacios](#), busco evaluar si este tipo de análisis “se ajusta a nociones ampliamente aceptadas sobre el funcionamiento del Derecho en *democracias como las nuestras*”².

Dicho lo anterior, mi plan en este artículo es el siguiente. Primero, realizaré una descripción general del *common law*. Segundo, realizaré una descripción general del derecho continental y su tensa (sino antagónica) relación con la lógica del *common law*. Tercero, señalaré algunas cuestiones generales relativas a la relación entre el *common law*, derecho continental, y la libre competencia. Y cuarto, ensayaré algunas reflexiones más específicas sobre qué implicancias puede tener este debate para la libre competencia en Chile.

II. EL COMMON LAW

2.1. El *common law* y la historia

El *common law* tiene una ligazón especial con la historia. Como señalara el Presidente de la Corte Suprema de Gran Bretaña, el Barón Reed, “existe un sentido en el cual la aplicación del *common law* es un ejercicio histórico” (Reed 2022, p. 4). A este respecto, bajo el *common law*, la tarea básica de una corte es especificar estándares abstractos (que a menudo apelan a la razonabilidad) y adaptar normas legales a contextos particulares en la medida que los hechos, su entendimiento social y valores subyacentes cambian a lo largo del tiempo (Sunstein 1998, p. 1019). Para hacer aquello, el estudio de los precedentes y la historia de cada concepto es crucial, pues la principal fuente de reglas es el cuerpo histórico de casos decididos en el pasado (Reed 2022, p. 1). Esto limita la capacidad de creación normativa, pues la

1 Esta frase puede ser interpretada de varias formas. En ese sentido, es bastante posible (incluso probable) que Abarca no haya tenido en mente las consideraciones interpretativas que estoy esbozando. Con todo, tomaré su columna como un punto de inicio para estas reflexiones.

2 Énfasis añadido.

actividad jurídica se ve constreñida por el pasado. Por ello, un juez bajo este sistema puede decir que “los jueces hace tiempo muertos, que han aplicado el Derecho en el pasado, aun nos hablan, son participantes perennes de una conversación continua” (Reed 2022, p. 4).

2.2. El *stare decisis*

Lo anterior se ve plasmado, sobre todo, a través de la noción de *stare decisis*, la que lleva a que exista una ligazón entre pasado, presente y futuro, pues mediante ella decisiones judiciales anteriores se vuelven costumbre (Scalia 2018, p. 4) A este respecto, cuando una corte bajo el *common law* decide un caso, esta contiene ya sea implícita o explícitamente el principio que rigió dicha decisión, consistiendo el *stare decisis* de la obligación de luego aplicar ese principio en casos futuros similares (Katz, Melamed 2020, p. 2066).

En términos más analíticos, el principio relevante, aquel a partir del cual se decidió un caso anterior, consiste en la *ratio decidendi*, y aquella parte de la sentencia o decisión que no corresponde a la *ratio decidendi*, es *obiter dicta*. En términos más directos, la *ratio decidendi* es “la razón normativa que constituye el fundamento directo o inmediato de lo decidido en un caso anterior que puede servir de guía para decidir un caso presente” (Díaz García 2015, p. 142).

Dicho aquello, la doctrina del *stare decisis* es la que establece la obligación de aplicar la *ratio decidendi* de un caso pasado a un caso presente o futuro que tenga rasgos suficientemente parecidos al caso ya decidido del cual surge dicho precedente. Aquí basta que haya una decisión aplicable al caso presente para que el juez, en principio, esté obligado a seguirla (Legarre, Riversa 2006, p. 111). Esto no ocurre en los sistemas de derecho continental, pues aquí por regla generalísima las decisiones judiciales no tienen efectos generales (esto es, más allá del caso que resuelven), y por ello no son una fuente formal de Derecho.

Señalado lo anterior, es necesario precisar que el *stare decisis* se puede clasificar en horizontal y vertical³. Mientras que el *stare decisis* horizontal corresponde a la obligación de los tribunales de aplicar los precedentes establecidos en casos anteriores por tribunales de igual jerarquía, el vertical consiste de la obligación de los tribunales inferiores de aplicar los precedentes establecidos por los tribunales superiores.

Dicho lo anterior, no basta con la existencia de un precedente, esto es, con la existencia de una decisión cuya regla decisoria pueda ser aplicada en otros casos. Además, debe existir un sistema que señale que dicho precedente debe aplicar en el futuro. Por ello, se debe distinguir entre los precedentes concretos y la regla del *stare decisis* (Núñez Vaquero 2020, p. 307). Así, por un lado, podemos definir el precedente como una decisión jurisdiccional pasada que emplea normas de carácter general, cuyo uso resultaría obligatorio para la decisión de casos posteriores (Núñez Vaquero 2020, p. 307). A su vez, la regla del *stare decisis* es una “metanorma” que fija la obligatoriedad de seguir los precedentes (Núñez Vaquero 2020, p. 309). En tal medida, no se trata de una norma que solo fije la obligatoriedad de seguir los precedentes⁴, sino que es un conjunto de normas que, entre otras cosas, identifica qué sentencias pasadas cuentan como precedentes, regula sus conflictos y establece la competencia para crearlos, pero también para derogarlos, entre otras cosas (Núñez Vaquero 2020, p. 309).

3 Ver Legarre, Riversa 2006, pp. 113–119.

4 Con todo, existen buenas razones para dudar que los precedentes crean obligaciones, pues no hay realmente una sanción al juez que no aplica los precedentes (Núñez Vaquero 2020, p. 313). Más bien, la consecuencia jurídica que más comúnmente se asocia a no seguir un precedente es la declaración de nulidad de la sentencia que no lo sigue. Así, más que una norma obligatoria, se trata de una norma que delimita la competencia de los jueces y señala que para que sus sentencias sean válidas deben seguir el precedente (Núñez Vaquero 2020, p. 314), lo que va asociado a algún tipo de recurso judicial que permita enmendar las decisiones que no se ajustan al precedente.

2.3. Algunas complejidades del *common law*

Una primera impresión nos podría hacer creer que el *common law* es un sistema bastante fácil de administrar. Cuando un juez se enfrenta a un caso donde ocurre el hecho “x”, este tendría que ver qué se decidió en el pasado en casos similares. Tras analizar estos casos, vería que existe una regla del tipo “si ocurre x, entonces debe aplicar la consecuencia jurídica y”. Luego, descubierta esa regla, la aplicaría al caso presente, y resolvería que debe ocurrir la consecuencia jurídica “y”⁵. Voilà. Lamentablemente, cada uno de estos pasos está lleno de peligro jurídico, y transitar el camino de los precedentes es como caminar por un campo minado. Si bien no quiero ser exhaustivo, en lo que sigue expondré algunos de dichos peligros.

Primero, la decisión de un caso anterior no aplicará si el caso es distinto en algún sentido relevante, por lo que debe evaluarse por la corte si el caso es “distinguible”. Aquí el uso de la analogía es crucial. Ello, pues la falta de similitud entre un caso y un determinado precedente permite distinguirlos y, por tanto, no aplicar el precedente al nuevo caso que tiene elementos relevantes distintos (Legarre, Riversa 2006, p. 114). Así, nuevamente, de lo que se trata es de intentar descubrir a partir del material jurídico anterior cuál es la regla aplicable. Y aquí el antiguo rol que tenía lo que Coke denominaba razón artificial sigue estando presente⁶: si un precedente debe o no aplicar a una nueva situación depende de un análisis de las similitudes y diferencias entre los dos casos, y si acaso las razones en apoyo de la decisión en un caso anterior aplican con igual fuerza al caso actual (Steilen 2011, p. 453). Aquí, el punto de las analogías es que pueden servir para extraer principios implícitos, y solo cuando existe una similitud de principios entre dos o más casos aparentemente similares existe una analogía legal relevante (MacCormick 2005, p. 47)⁷.

Segundo, un principio establecido en un juicio previo puede ser dejado de lado si se determina que ya no es apropiado, lo que se hace mediante un *overruling* (Katz, Melamed 2020, p. 2066). Esto puede ser realizado por razones morales, económicas, o políticas (Schauer 1989, p. 456)⁸. Lo anterior, con todo, viene de la mano con la restricción consistente en “la teoría declaratoria del *common law*”⁹, según la cual una decisión judicial, incluso cuando es innovativa, debe manifestar que tan solo está señalando lo que el Derecho es desde siempre (Hodge 2019, p. 15)¹⁰.

5 Sobre la aplicación de silogismos en el *common law*, ver MacCormick 2005, p. 47).

6 Como veremos en detalle más abajo, la razón entrenada de los juristas dice relación con que conocer el Derecho implica realizar un largo estudio de la racionalidad inmanente de él, racionalidad según la cual el Derecho es a fin de cuenta razón, no voluntad.

7 Una visión especialmente escéptica respecto de este ejercicio es la de Scalia. Scalia denomina la doctrina del *stare decisis* como una técnica, arte, o juego de “distinguir”. Aquí, Scalia usa estos términos pues, a su juicio, el análisis de precedentes no es una ciencia, pues lo que constituye la decisión de un caso anterior no está bien definido y puede ser ajustada para calzar con la situación. En su forma más amplia, la decisión del caso anterior irá a ser el principio producido por el caso. Y, por contraste, en su sentido más estrecho (y las cortes van a entrecerrar los ojos bastantes (“squint narrowly”) cuando buscan evitar una decisión anterior), la decisión de un caso anterior no podrá ir más lejos de los hechos que fueron traídos en esa ocasión ante la corte (Scalia 2018, pp. 8–9). Así, dependiendo de si se quiere aplicar un caso antecedente o no, los jueces definirán el caso de una u otra manera. Si quieren aplicar el antecedente, definirán un precedente de manera bastante amplia para que así calce con todo tipo de casos. Pero si no quieren que calce, la definirán de una manera bastante estrecha, fijándose en pequeños detalles para decir que un caso no es idéntico al otro por lo que el precedente no debería aplicar. Así, en la práctica, aplicar o no aplicar un precedente depende de una decisión, no de si se descubre o no que cierto precedente aplica. Con todo, MacCormick señala que este riesgo no es particularmente relevante, pues las discusiones jurídicas no se formulan en el vacío, sino que en un contexto de discusión institucionalizado. Así, todas las decisiones jurídicas deben tomar parte dentro de un cuerpo jurídico considerando constreñimientos de consistencia (no contradicción), coherencia (sentido global) y de tener consecuencias razonables (MacCormick 2005, p. 149). En tal medida, lo que parece ignorar el argumento de Scalia es que las decisiones bajo el *common law* están sometidas a una serie de constreñimientos tanto institucionales como argumentativos que estrechan los márgenes dentro de los cuales hay indeterminación normativa.

8 Esto usualmente será realizado desde una óptica “legislativa en su naturaleza. Las consideraciones mismas que los jueces raramente mencionan, y siempre pidiendo disculpas de por medio, son la raíz secreta de la cual el derecho extrae todos los jugos de su vida” (Carpenter 1917, p. 607)

9 Teoría que afirma que el Derecho consiste en una entidad que existe más allá de las decisiones judiciales ya tomadas. Con todo, dentro de esta teoría existen aquellos que sostienen que todas las decisiones judiciales calzan con esta entidad, y aquellos que creen que no siempre es así (Carpenter 1917, p. 593).

10 El mismo Hodge señala sobre esto que aquí “*fairy tales rule*” (Hodge 2019, p. 15).

Tercero, como veíamos, no todo el contenido de casos anteriormente decididos tiene fuerza obligatoria. Esto, pues no todo el contenido de la sentencia corresponde a la *ratio decidendi*. A este respecto, la *ratio decidendi*, es la razón para decidir, y solo ella tiene peso de precedente. El resto, en sentido contrario, es *obiter dictum* (Legarre, Riversa 2006, p. 117). Dicho todo lo anterior, no es siempre evidente cuál es la *ratio decidendi*. A veces puede ser algo bastante explícito, pero a veces puede ser algo más complicado de determinar, lo que puede crear dificultades interpretativas para el juez. En tal medida, si acaso una premisa implícita puede o no ser identificada y justificada como una proposición legal adecuada es una cuestión crucial en debates que se dan en el *common law* (MacCormick 2005, p. 47). Y sumado a lo anterior, puede haber múltiples *ratio*, esto es, *rationes*, dentro de una misma decisión, prestándose ellas soporte recíproco (MacCormick 2005, p. 154).

Cuarto, los precedentes van cambiando y puliéndose en el tiempo. En tal medida, las analogías son relevantes en relación a lo que los jueces denominan “desarrollar el Derecho”, esto es, extender o reformular una regla o principio legal para que así cubra, o para mostrar como cubre, nuevas situaciones (MacCormick 2005, p. 206). En tal medida, el *common law* está comprometido con el desarrollo de líneas de doctrina legal por la vía de extender analógicamente un material jurídico inicialmente estrecho (MacCormick 2005, p. 207).

Quinto, el precedente no es siempre igual de vinculante. Para mencionar solo dos niveles de “vinculabilidad”, el grado más intenso es el de vinculación formal, donde la sentencia que se aparta de la *ratio decidendi* aplicada en un caso anterior es ilegal y puede ser revocada mediante un recurso procesal. Luego, otro nivel de vinculabilidad sería aquel de vinculación *prima facie*, siendo en este caso el precedente la interpretación que debe ser seguida por los operadores jurídicos a menos que existan buenas razones para abandonarla (Díaz García 2015, p. 142). Con todo, en general se señala que la fuerza de los precedentes no es invencible: nos dan más que un consejo pero menos que una orden (Bezemek 2022, p. 24)

En síntesis, el principio de *stare decisis* es crucial en sistemas de *common law*, pues permite varias cosas. Primero, permite que las cortes apliquen a casos presentes y futuros un principio ya establecido en casos pasados, por lo que no se debe repensar totalmente las cuestiones legales en juego. Segundo, hace más real la igualdad ante la ley, pues la interpretación de esta se mantiene constante en diversos casos (Díaz García 2015, pp. 152–154). Tercero, se mejora la seguridad jurídica al brindar más previsibilidad antes las decisiones de los jueces (Díaz García 2015, pp. 150–152).

2.4. La evolución en el *common law*

Teniendo todo lo anterior en mente, vale la pena destacar que, en alguna medida, el *common law* es rígido al mismo tiempo que es flexible. Por un lado, es rígido en cuanto que el *stare decisis* implica que lo antes decidido tiene un gran peso, pues al menos en principio los casos presentes y futuros deben ser resueltos bajo reglas establecidas en el pasado. Pero al mismo tiempo es flexible, en la medida que los principios se van puliendo a lo largo del tiempo, y en cuanto se pueden dejar de lado doctrinas antiguas. Con todo, estos juicios en que se decide respecto de estos cambios son retrospectivos y tienen una gran capacidad de ser disruptivos para un entendimiento claro de la ley en el cual las personas han dependido (Hodge 2019, p. 15). Es justamente por lo potencialmente disruptivos que son estos casos que es necesario que estos cambios sean paulatinos¹¹.

11 Así, otra preocupación que se ha dirigido en contra del *common law*, es que en la medida que pareciera que este permite que sus reglas sean rehechas en el mismo proceso de su aplicación, el constreñimiento que tiene la regla en cuanto regla parece desaparecer, pues estas reglas parecen ser antes que nada reglas *prima facie* (rules of thumb) (Schauer 1989, p. 455). Así, aquí las reglas son creadas en el proceso mismo de su aplicación, por lo que estas son creadas retroactivamente (Schauer 1989, p. 455). Como ha señalado Bentham “uno de los mayores haters de la historia” (Schauer 2022, p. 10), los jueces del *common law* crean reglas “tal como un hombre hace reglas para su perro. Cuando tu perro hace cualquier cosa que quieres evitar que haga, esperas a que lo haga y luego lo golpeas por ello. Esta es la manera en que haces reglas para tu perro: y esta es la manera en que los jueces hacen reglas para tú y yo. No le dirán con anterioridad a un hombre que cosa no debe hacer (...) esperan quietos hasta que haga algo que dicen que no debería haber hecho, y luego lo cuelgan por ello” (Bentham 2011, p. 372). Más allá de que uno podría criticar los métodos de adiestramiento de Bentham, este fragmento muestra que hay mucho en juego en que estos cambios se hagan gradualmente para así no afectar en demasía la seguridad jurídica.

Por supuesto, esto en principio es contradictorio. Con todo, desde dicha tradición se han hecho esfuerzos para mostrar cómo la innovación en el *common law* consiste de cambios dentro de la tradición. Esto, pues los cambios al Derecho en nuevos contextos mediante esta lógica deben derivar de los materiales legales existentes y de la aplicación de principios y valores ya establecidos, buscándose siempre la coherencia (Hodge 2019, p. 11). Aquí el desarrollo del *common law* debe ser intersticial, y debe evitar cambios radicales (Hodge 2019, p. 12). Así, los principios legales del *common law* se desarrollan lentamente, de caso en caso, lo que permite que sus reglas sean rehechas en el mismo proceso de su aplicación (Schauer 1989, p. 455).

En tal medida, es especialmente apropiada la figura de Dworkin de la adjudicación legal como un ejercicio de escribir una novela en cadena. A este respecto, Dworkin señala que las afirmaciones legales son juicios interpretativos que combinan elementos prospectivos y retrospectivos e interpretan la práctica legal contemporánea como una narrativa en desarrollo (Dworkin 1986, p. 225). Desde esta perspectiva, los jueces deben adjudicar sobre la base de que todo el Derecho fue creado por un solo autor, y afirmar que una proposición jurídica es correcta en la medida que provea la mejor construcción interpretativa de la práctica legal de una comunidad (Dworkin 1986, p. 225). A este respecto, Dworkin señala que los jueces son autores del Derecho al mismo tiempo que críticos de él. En tal medida, cuando deciden un caso, añaden algo nuevo a la tradición que afirman estar interpretando, agregando un nuevo elemento al Derecho al cual los jueces se han de enfrentar en casos futuros.

Con base en estas reflexiones, Dworkin señala que cuando se interpreta el Derecho se hace algo análogo a escribir, en cadena y a varias manos, una novela. En tal ejercicio, cada autor en dicha novela interpreta los capítulos anteriores, que fueron escritos por otros, para añadir un nuevo capítulo que es entonces añadido a lo que el próximo autor debe recibir para hacer aquella misma labor. Y aquí, cuando cada juez recibe el turno de contribuir a esta novela debe escribir su parte de forma tal que la haga la mejor novela que puede ser. Cada juez busca establecer un todo coherente entre el material que le fue entregado, lo que él añade, y lo que sus sucesores querrán o podrán añadir (Dworkin 1986, p. 229). Y aquí habrá dos dimensiones. Primero, la dimensión de calce (*fit*), pues no puede adoptar cualquier interpretación, sino que una que calce con el cuerpo de fallos que heredó de los anteriores autores de esta novela en cadena. Segundo, ha de elegir de entre todas las interpretaciones posibles de la tradición, de entre todas las que calzan con ella, cuál es la que muestra a la tradición en su mejor luz, si se consideran todas las cosas (Dworkin 1986, pp. 230–231). Es de esta manera que se conjuga por un lado el peso de la tradición en el *common law*, como su intento por avanzar hacia una mejor versión de sí mismo.

Por supuesto, las innovaciones dentro de la tradición en el *common law* no son un salto en el vacío. En estos casos, cuando se realiza un cambio, se debe demostrar que este calza mejor con la línea principal de desarrollo legal, así como que es más justa o preferible frente a los anteriores precedentes (MacCormick 2005, p. 150). En este sentido, a partir de consideraciones internas, el *common law* cambia sus reglas específicas para que estas calcen mejor con sus principios centrales. Así, existe mutación progresiva dentro de la tradición, mutación que se espera lleve a mejores reglas y a un sistema más coherente.

En este marco, tiene sentido la vieja afirmación de abogados de *common law* de que “el Derecho se purifica a sí mismo” (*law works itself pure*). Este es, en palabras de Dworkin, un dicho que atesoran los abogados sentimentales. Con él imaginan dos formas o etapas de un mismo sistema de Derecho, se imaginan la forma más noble latente en su forma menos noble, el impuro derecho actual. En tal medida, se imaginan al Derecho del presente “gradualmente transformándose a su propia ambición, con pausas ciertamente, con ganadas y pérdidas, nunca totalmente puro, pero mejor en cada generación” (Dworkin 1986, p. 400). Así, bajo una visión como esta, se asume que el Derecho tiene una racionalidad

inmanente, que el Derecho, en algún sentido, es razón. Esto, pues aquí el abogado es un artífice al servicio del espíritu del Derecho, con la autoridad del common law brillando a través del cuerpo de reglas, permanentemente aumentando el sistema como tal (Bezemek 2022, p. 25).

Con todo, como veremos en la próxima sección, existen visiones distintas, visiones bajo las cuales el Derecho no es razón, sino que voluntad.

III. OTRA FORMA DE VER LAS COSAS

Una visión según la cual nos debemos a nuestros antepasados ha sido fuertemente impugnada desde otras vertientes. En esta línea estuvo Thomas Jefferson, quien, ante la pregunta de si “una generación de hombres tiene el Derecho a atar a otra” (Jefferson 1789, p. 1), o, en las palabras de arriba, si los jueces ya muertos aún tienen algo que decir, elocuentemente sentenció “la tierra pertenece a los vivos y no a los muertos” (Jefferson 1789, p. 6). Esto, por cuanto los vivos “tienen los mismos derechos sobre la tierra que los que tenían las generaciones pasadas. Sus derechos no derivan de sus antepasados, sino de la naturaleza” (Jefferson 1789, p. 4).

Es que, desde la revolución estadounidense, se inauguró una nueva forma de ver el Derecho (Atria 2016, pp. 49–66). Esta se expresa en el distinto peso que se le da a la tradición desde una visión de *common law*, versus una visión de derecho moderno o continental. Por un lado, bajo la perspectiva del *common law*, los casos son decididos por la razón artificial del Derecho, siendo el Derecho un oficio que requiere largos tiempos de estudio y experiencia para ser manejado (Coke 2003, pp. 20–21). Bajo esta tradición, una abogada aprende el Derecho no a partir del estudio de estatutos o tratados, sino que a partir del estudio de decisiones judiciales (Scalia 2018, p. 4). Pero no solo se descubre el Derecho en cuanto a que este surge de los precedentes. También se trata al Derecho como algo descubierto en cuanto un precedente puede ser catalogado como equivocado en tanto se considere que describe erróneamente el Derecho (Steilen 2011, p. 452). En tal medida, como vimos, el desarrollo del Derecho en el *common law*, aun cuando siente el peso gravitacional de la costumbre y el precedente, se ve inspirado en su avance en ideales de justicia trascendentes que se aspira alcanzar.

Por contraste, bajo la visión que con la modernidad estaba surgiendo, que se oponía al excesivo énfasis en la tradición, se decía que “las doctrinas pueden ser verdaderas pero la autoridad, no la verdad, hace la ley” (Hobbes 1688, p. 133). Desde una perspectiva moderna la tradición fácilmente puede ser dejada de lado mediante una decisión autoritativa: en palabras de von Kirchmann, “tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras de Derecho se convierten en basura” (Von Kirchmann 1983, p. 29). Bajo esta concepción que vino con la modernidad, el Derecho no era “algo fundamental y eterno, que aplica a todos los estados, sino que consistía de la voluntad de tal o cual estado; era la orden de tal o cual soberano” (Pound 1921, p. 78).

Según esta nueva aproximación que iba surgiendo con la modernidad, el contenido del Derecho no es algo que se descubre, sino que algo respecto de lo cual se toma una decisión. Y no solo esto, sino que se entiende que dicha decisión, cuando proviene de un cuerpo democrático, tiene mayor *pedigree* que una visión que depende del conocimiento experto de ciertos juristas. Por ello, como alguna vez afirmó Roscoe Pound,

“la así llamada costumbre es una costumbre de decisión judicial, no una costumbre de acción popular. Reconocemos que la legislación es la manera verdaderamente democrática de tomar decisiones. Vemos en la legislación la más directa y precisa expresión de la voluntad general” (Pound 1908, p. 406).

Así, en algún sentido existe un choque entre la comprensión moderna del Estado de Derecho y el énfasis del *common law* en la tradición. Ello, pues la concepción del derecho moderno como una expresión de voluntad ha estado luchando con la idea del derecho como razón desde sus orígenes (Pound 1921, p. 78).

A este respecto, si bien ya no estamos en la época del *common law* clásico, en que había cierto resquemor hacia la supremacía legislativa, lo cierto es que dejar gran parte de la creación del Derecho en manos de los jueces es problemático, pues lleva a que estos tomen un rol que en principio no les pertenece bajo una lógica moderna. En tal medida hay quienes desde aquella misma tradición han señalado que el *common law* “sería un bien absoluto si es que no fuera por una tendencia política que se ha desarrollado últimamente: la adopción de la democracia” (Scalia 2018, p. 9). Es que, al menos en principio, su metodología “parece inconsistente con las premisas más básicas del Estado de Derecho” (Schauer 1989, p. 455).

IV. EL COMMON LAW EN EE.UU. Y LA LIBRE COMPETENCIA

Los estudiosos latinoamericanos de libre competencia analizan con insistencia lo que ha ocurrido en EE.UU. Por ello, vale la pena detenerse en cómo se manifiesta la lógica del *common law* en esta sede. A este respecto, es común que se catalogue al *Sherman Act*, la ley fundante del antitrust norteamericano, como un estatuto de *common law* (“*common law statute*”) (Tyler 2023, p. 671; Katz, Melamed 2020, p. 2063; Weber 1999, p. 165). Con esto, la doctrina se refiere a un tipo especial de estatuto, el que está escrito en términos tan amplios y generales que se resiste a métodos de interpretación tradicionales que se concentran en el tenor literal. Ante eso, parte importante de la doctrina asume para su interpretación el modelo de delegación, donde se trata los estatutos de *common law* como una delegación irrestricta de poder de creación normativa a las cortes (Tyler 2023, p. 675).

Lo anterior tiene consecuencias de gran envergadura. Como dice Diane Wood, la flexibilidad entregada por dicha aproximación no aplica solo a cuestiones como el tipo de conductas que contienen los estatutos, sino que aplica también a la cuestión fundamental respecto del propósito de las leyes. Por ello, a lo largo de los cerca de 130 años desde que se promulgó el *Sherman Act*, se ha visto como una misma ley persigue diversas filosofías de competencia, las que a veces incluso pueden ser discordantes entre sí (Wood 2019, p. 3).

Esto es bastante distinto de lo que ocurre en Latinoamérica: aquí no es comúnmente aceptado que los jueces tengan tanto poder sobre nuestras vidas por la vía de interpretar leyes ampliamente¹². Este contraste en parte se explica en la singularidad de EE.UU., pues aquí los jueces han adquirido un lugar independiente que les permite hacer cosas que “ninguna otra clase de jueces en el mundo puede hacer” (Gordon 1997, p. 58), cuestión que a su vez se explica en que parte de la población entiende a los jueces como agentes del soberano que de alguna forma tienen la misma autoridad que el poder ejecutivo y el poder legislativo (Gordon 1997, p. 54).

Con todo, como es previsible, lo anterior ha empoderado bastante a las cortes. Es que, como vimos más arriba, hay autorizadas opiniones que señalan que el *common law* está en tensión con nuestro moderno entendimiento del Estado de Derecho, entendimiento en el cual el principal rol de creación normativa corresponde al poder legislativo y no al poder judicial. Y esto no es solo algo que es percibido desde anteojeas “continentales”. Juristas de la misma tradición del *common law* lo han denunciado. Así, autores como Oldham, señalan respecto del derecho de antitrust norteamericano, que

“mediante esta empresa de creación normativa de *common law* las cortes federales han abandonado sus obligaciones de interpretación estatutaria y han usurpado la prerrogativa legislativa de crear reglas, así poniendo en riesgo la separación de poderes” (Oldham 2006, p. 55).

12 Con todo, eso está cambiando al alero del auge del neo constitucionalismo: (Atria 2016, pp. 67-75)

Además, en EE.UU. según destacados comentaristas, los jueces no solo se han aprovechado de rellenar los vacíos de la ley, sino que además han ignorado el tenor literal de la ley. En tal medida, si bien los estatutos de antitrust a menudo son abiertos e indeterminados, incluso cuando los estatutos tienen un significado claro las cortes han frecuentemente elegido ignorar su significado y su propósito legislativo (Crane 2021a, p. 8). Por ello, en términos algo dramáticos, Crane ha llegado a afirmar que el patrón antitextualista de las cortes:

“Y su insistencia perenne en que los estatutos de antitrust son delegaciones de poderes de *common law* antes que mandatos expresos [...] proveen de una advertencia para la legislación: la dinámica de la legislación de normas de antitrust, su enforcement y su aplicación ocurre sobre el trasfondo de una disputa sobre el poder, el tamaño industrial y la eficiencia que ha silenciado la común importancia del tenor literal. Escribir estatutos más claros no llevará necesariamente a acabar con estos hábitos” (Crane 2021b, p. 1252).

Crane dice que su tesis no es prescriptiva, sino que descriptiva (Crane 2021b, p. 1250). Yo sí seré prescriptivo. Este patrón antitextualista no es nada menos que la insubordinación de las cortes ante quienes tienen el legítimo poder de crear normas: la Administración o el Poder Legislativo. Así, pareciera que los tribunales adoptaran respecto del derecho de libre competencia la postura que se tenía bajo el *common law* clásico, el cual no admitía la supremacía legislativa¹³. Bajo dicha tradición, un juez como Sir Edward Coke podía afirmar que

“[m]uchas veces el *common law* controla las leyes del parlamento, y a veces deberá decidir que estas son nulas: pues cuando una Ley del Parlamento es contraria al derecho común y la razón, o es repugnante o imposible de realizar, el *common law* lo ha de controlar y decidir que tal acto es nulo” (Coke 2003, p. 264)¹⁴.

Creo que esto no es enteramente casual, pues la lógica del *common law*, por su énfasis en la tradición, no va a dar siempre adecuado peso al derecho legislado, no tratará de igual manera el derecho legislado que la tradición continental. Como observa Glendon, muchos de los problemas de interpretación jurídica de EE.UU. se explican “por la supervivencia de hábitos del *common law* en un mundo de derecho legislado” (Glendon 1997, p. 110).

V. ATERRIZANDO LA DISCUSIÓN EN CHILE

5.1. El poco espesor y peso de la ley en Chile

En Chile impera una lógica lejanamente similar a la anteriormente descrita cuando se trata de la libre competencia. Esto se nota ante todo en que se da poco peso al tenor literal y se depende en gran medida del desarrollo normativo que hagan las cortes. Esto, a mi juicio, se explica por dos razones. Primero, porque varias de las normas del Decreto Ley 211 tienen una notoria textura abierta, incluyendo términos como “abuso de posición dominante” (artículo 3, inciso segundo, letra b), o la “libre competencia”

¹³ Bajo la supremacía legislativa, todo el *common law* está sujeto a ser modificado por una orden del legislador (MacCormick 2011, p. 42).

¹⁴ Usualmente se afirma que “con el auge en el siglo 18 de la supremacía parlamentaria y la doctrina positivista los jueces ingleses ya no podían reclamar, como Coke, la posibilidad de ignorar los actos del parlamento” (Gordon 1997, p. 61). Con todo, parece que en libre competencia eso no es del todo el caso. A fin de cuentas, la voluntad del legislador se expresa en sus palabras, por lo que, ignorándose sus palabras, se ignora su voluntad. Una explicación similar la da Roscoe Pound. Este señala que, si bien la doctrina de la supremacía del parlamento ponía límite a la doctrina de Coke, diversos desarrollos posteriores sirvieron para darle nueva vida. A este respecto, destaca que la aplicación de los *Bills of Rights* y de la Constitución llevaron a poner límites a la legislación mediante los principios de Coke: el Derecho y la razón. Además, después de un tiempo, se pasó de pensar con base en los Derechos de los *Bills of Rights* a pensar en los supuestos principios fundamentales de los cuales estos son declaratorios. Esto eventualmente llevó a que simplemente se pusiera límites a la legislación a partir de disquisiciones doctrinarias (Pound 1921, pp. 76-77).

que protege esa misma ley (artículo 3 inciso primero). Segundo, porque hemos adoptado la doctrina exegética de EE.UU. en materias de libre competencia, la cual da poco peso al tenor literal y bastante peso al conocimiento experto. Es que como algunos comentaristas han afirmado “casi todo el derecho aquí es creado por los jueces” (Katz, Melamed 2020, p. 2067).

Con todo, los riesgos recién descritos son trasladados a nuestros países cuando se importa la lógica estadounidense del *common law*. Como dice Andrés Palacios en cuanto a la narrativa triunfalista sobre la historia de libre competencia, esta “sirve para vender la idea de que necesitamos técnicos y no políticos que sí sepan sobre cómo funcionan los mercados y el mundo de los negocios. Entre abogados y economistas compartimos esos conocimientos especializados”. Así, bajo una lógica de *common law*, que privilegia la sabiduría como fuente del Derecho, se puede repudiar el derecho legislado cuando, como dice Coke “es contrario al derecho común y la razón, o es repugnante”.

Pero esto es cuestionable incluso si se tiene en consideración parte de la justificación del derecho de antitrust. Como señala [Pablo Trevisán en su columna](#), en los orígenes del *antitrust* moderno en EE.UU. se determinó que, así como “no quería depender de la corona de un rey o soberano extranjero, tampoco quería depender del poder económico de algunas pocas corporaciones”. Sería por lo bajo irónico que pasáramos de depender de Monarcas y titanes de la industria a depender de un grupo de juristas expertos¹⁵. Es que, al menos según Antonin Scalia, jugar a ser juez del *common law* “consiste de jugar a ser el Rey – ideando, a partir de la brillante mente de uno mismo, aquellas leyes que deben gobernar a los hombres” (Scalia 2018, p. 7).

Algo de esto ya ocurre en Chile al alero de la actual hegemonía de la lógica del *common law* que se ha impuesto (Peralta 2023). Entre nosotros tampoco se le da mucho peso al tenor literal, y por ello, al contrastar el razonamiento jurídico del [Tribunal de Defensa de la Libre Competencia](#) (TDLC) con aquel de la Corte Suprema, Tapia y Montt han llegado a la conclusión de que la Corte Suprema “impone sus interpretaciones estatutarias sobre las interpretaciones finalistas [*more policy oriented*] del TDLC” (Tapia, Montt 2012, p. 149) lo que se debe, según estos autores, a que esta desconfía del TDLC “y su excesivo análisis económico (en desmedro de los clásicos silogismos jurídicos)” (Tapia, Montt 2012, p. 155)¹⁶. Es decir, el órgano jurisdiccional a cargo de aplicar la normativa de libre competencia tiene una interpretación menos apegada al tenor literal que la que tienen organismos que no se especializan en libre competencia (como la Corte Suprema). Y, al parecer apoyando la práctica del TDLC, tenemos a autores que afirman que “no es una buena idea interpretar el derecho de la competencia conforme al criterio literal” (Grunberg y Montt 2017, 326, N°91).

Lo anterior explica que, al describir el quehacer del TDLC, Montt ha afirmado que “lo que hace el DL 211 al entregar la resolución de casos al TDLC conforme a una norma tan abierta como el Artículo 3, es crear un ente regulador de carácter jurisdiccional” (Montt 2011, p. 5) y que Agüero, parafraseando a Holmes, haya llegado a afirmar que “el derecho de la competencia es lo que los tribunales dicen que es” (Agüero 2022)¹⁷. Con todo, en palabras de Scalia “simplemente no es compatible con la teoría democrática que el derecho signifique lo que los jueces quieren, que jueces no elegidos determinen lo que este significa” (Scalia 2018, p. 22).

15 Sobre esto, ver Peralta 2022

16 Esto se ve también en el “[Estudio de Percepción de la Institucionalidad de Libre Competencia 2024](#)”, en el que, en el ítem de Deferencia, la Corte Suprema es la peor valorada de la región en cuanto a ese aspecto).

17 Creo que estas afirmaciones son algo exageradas. Cuando se trata de aplicar normas con bordes más claros, como aquella que sanciona la colusión dura (artículo 3, inciso segundo letra ‘a’), el TDLC tiene espacio para actuar de manera más “textualista”, y así lo hace. Es necesario evaluar en su justa medida la dimensión en la cual el TDLC no es constreñido ni por la ley ni por el precedente. Esto, pues existen riesgos en difundir la idea de que el Derecho es lo que los jueces dicen que es, “porque cada actitud, si llega a ser suficientemente popular, contribuye a su propia corrección” (Dworkin 1986, p. 407). Como dice Habermas sobre la filosofía del derecho actual, hay que oponerse al creciente escepticismo entre los académicos, sobre todo a aquel que es un falso realismo que subestima el impacto empírico de las presuposiciones normativas de las prácticas legales actuales (Habermas 1996, XLI).

A este respecto, al menos en el contexto de países acostumbrados al *common law* existen herramientas para controlar la creación judicial de Derecho, como la doctrina del *stare decisis*, doctrina que es considerada “un pre-requisito absoluto para la creación normativa del *common law*” (Scalia 2018, p. 7). Ello, pues sin la doctrina del *stare decisis*, las cortes de *common law* no estarían haciendo Derecho, sino que simplemente estarían resolviendo la disputa que tienen en frente (Scalia 2018, p. 7), cuestión que se acerca bastante a un decisionismo desnudo, o en palabras de Gledon, una forma subjetiva de juzgar (Glendon 1997, p. 110).

5.2. ¿Cómo sería un sistema de *stare decisis* en Chile?

Dicho lo anterior, una buena pregunta sería qué se puede hacer ante aquello. Una opción sería modificar la institucionalidad para que esta pasara a depender de una SuperIntendencia. Ésta estaría facultada para crear normas infralegales, y tendría una estructura adecuada para ello. En esta instancia no me interesa explorar esa opción, si bien creo que ella es preferible¹⁸. Mas bien, en esta instancia me gustaría explorar, siquiera brevemente, cómo sería aplicar la doctrina de *stare decisis* a nuestro sistema.

Ella tendría dos vertientes, como hemos visto. Primero, el *stare decisis* horizontal. Según esta doctrina, tanto el TDLC como la Corte Suprema estarían obligadas a seguir sus propios precedentes. Para ello, tendrían que estudiar sus decisiones pasadas. A partir de ese estudio, tendrían que determinar cuál fue el fundamento a partir del cual decidieron casos pasados, esto es, su *ratio decidendi*. Y cuando se sometieran a su conocimiento casos similares, entonces en principio¹⁹ deberían aplicar ese precedente.

Por otro lado, también tendría que aplicar el *stare decisis* vertical. Según esta doctrina, el TDLC estaría obligado a estudiar los precedentes de la Corte Suprema, y aplicarlos cuando casos análogos surgieran.

En la práctica esto llevaría a que cuando se presentara un caso al TDLC o la Corte Suprema, estos tribunales deberían comenzar su argumentación buscando, con la ayuda de las partes, el precedente aplicable, lo que controlaría las posibles decisiones que pueden tomar. Y luego, seguiría con la práctica de distinguir el caso pendiente de solución de precedentes en los que se presentaron hechos insuficientemente análogos (Legarre, Riversa 2006, p. 116). Esto, por supuesto, con la salvedad de que las cortes pueden revertir los precedentes en casos calificados.

Con todo, esto es solo un bosquejo general, y quedarían varias dudas. Primero, cuál sería la manera en particular en que se instauraría este sistema. Ello podría ser, por ejemplo, mediante una norma que estableciera que una sentencia que no sigue la regla del *stare decisis* (horizontal o vertical) es anulable por tal razón²⁰.

18 Como he expresado en (Peralta 2023b; 2023c). Si bien creo que podría ser un paso positivo aquel desde un sistema de proto-*common law* a algo que se asemeje más a un sistema de *common law* en forma, creo que esto sigue siendo inadecuado. Esto, pues si se suma los problemas democráticos ya mencionados a las dificultades institucionales que tienen las cortes para adaptarse a cuestiones técnicas complejas, la solución adecuada es traspasar dichas funciones a una agencia administrativa. Como señala Cass Sunstein “cuando se lo compara con una corte de *common law*, las agencias tienen un mejor entendimiento de los hechos relevantes, y también tienen un grado de responsabilidad política, lo que es tanto una virtud como potencial vicio. El rol de *common law* de las agencias es una función de la especificación de términos estatutarios que resulta de nuevo conocimiento empírico, un cambio de valores, o una combinación de ambos factores” (Sunstein 1998, p. 1060).

19 En principio, pues la fuerza del precedente es variable, puede ir desde una carga argumentativa (obligación de mencionar el precedente y de argumentar en contra de él si se lo deja de lado) a una carga absoluta (cuestión teóricamente posible, pero institucionalmente inexistente).

20 Esto es una cuestión bien sensible. Ello, pues si se impusiera, por ejemplo, una sanción a los Ministros que no siguen el precedente, entonces se podría afectar la independencia judicial interna. Con esto último me refiero a que, más allá de que existe una compleja distribución de poderes en el poder judicial, este es un poder en que los tribunales no solo son independientes los otros poderes del Estado (independencia judicial externa), sino que también son independientes de cualquier otra consideración que el mero respeto a la ley a la hora de fallar (esto es la independencia judicial interna (Núñez Vaquero 2020, p. 315). En este sentido, si un tribunal interpretara una ley de cierta manera porque de tal forma logrará un ascenso, y no interpretara según lo que es realmente el significado del Derecho, entonces no estaría adjudicando imparcialmente. Consideraciones sobre este asunto se encuentran en (Díaz García 2015, pp. 146-148; Núñez Vaquero 2020).

Segundo, una vez que se propone que aplique un sistema de *stare decisis* en libre competencia, queda aun la duda sobre la fuerza que va a tener tal precedente. En este sentido, puede ser que este tenga fuerza enteramente vinculante o una fuerza prima facie, como vimos más arriba.

Tercero, un sistema de *stare decisis*, al hacer que el tribunal inferior (el TDLC), siga la jurisprudencia del superior (la Corte Suprema), iría contra el espíritu del diseño especializado actual. Esto, en tanto el órgano especializado estaría aun más sometido a la Corte Suprema, un órgano generalista²¹.

Cuarto, la lógica del *common law* es ajena a nuestra cultura jurídica. Como vimos más arriba, en los países anglosajones han tenido que desarrollar finos instrumentos jurídicos para poder manejar la regla del *stare decisis*. Por contraste, existe un tendón de Aquiles en el sistema de derecho continental: una relativa ausencia de habilidades en el análisis de la jurisprudencia (Glendon 1997, p. 102). Así, tomaría algo de tiempo que un sistema así funcionara, sobre todo cuando nuestros operadores jurídicos están acostumbrados a operar de otra manera. Como dice MacCormick, solo con una elaborada teoría del uso de los precedentes es posible desarrollar adecuadamente la jurisprudencia (MacCormick 2005, p. 144).

Quinto, hay quienes señalan que el *stare decisis* no tiene mucho peso en libre competencia (Katz, Melamed 2020, p. 2067; Tracer 2013, p. 9). Esto se debería, entre otras cosas, a que el conocimiento económico que se necesita para fallar estos casos es bastante dinámico, lo que lleva a que las reglas cambien con mayor frecuencia que en otros ámbitos jurídicos. Así, quizás la libre competencia sería una disciplina especialmente poco propicia para instaurar un sistema de precedentes.

5.3. ¿Se podría hacer un cambio cultural en libre competencia?

A falta de un cambio legislativo que instaure un sistema de precedentes, puede haber otras opciones que nos muevan en esa dirección. Una opción consistiría de un cambio en nuestra cultura jurídica que nos llevara a dar mayor peso a la jurisprudencia. En tal medida, podría darse, discursivamente, a los casos ya fallados un peso normativo mayor. Por supuesto, como todo cambio cultural, esto implicaría un esfuerzo sostenido de la comunidad jurídica. Con todo, quiero esbozar algunas notas respecto de cómo se vería aquello.

A este respecto, el Juez de la Corte Suprema Británica, Lord Hodge, ha señalado que la presencia de reportes confiables acerca de lo que las cortes habían fallado entregó las herramientas apropiadas para un continuo y sistemático desarrollo del *common law*. Dichos reportes, junto con el auge de el estudio académico del Derecho, llevaron a que se identifique progresivamente los principios del Derecho y su evolución legal, lo que a su vez llevó a una menor dependencia de los jueces en el razonamiento inductivo y una mayor dependencia en el razonamiento deductivo (Hodge 2019, pp. 5-6).

En tal medida, mediante medidas que hagan fácilmente disponible las decisiones del TDLC y la Corte Suprema²², se podría facilitar una sistematización de la jurisprudencia. Con todo, esto sería un esfuerzo de varias partes. Ello, pues no solo tendrían que estar abiertos al conocimiento público los fallos de los tribunales, sino que además debería haber una academia que estuviera dispuestos a analizarlos, intentando hallar el hilo conductor entre ellos que les da sentido. Ello permitiría a los tribunales tener mayor claridad respecto de lo que antes han fallado, y permitiría a la comunidad jurídica criticar con mayor prestancia los desvíos jurídicos.

21 Algunos podrían decir que ese buque ya zarpó y vale la pena aceptar ese costo y al menos intentar hacer de la jurisprudencia de la Corte Suprema algo más consistente y predecible por la vía de al menos intentar hacer probable que siga sus propios precedentes.

22 Por ejemplo, las [bases de jurisprudencia](#) de CeCo UAI.

Esto, eventualmente podría llevar a que existiera una presión social difusa respecto del TDLC y la Corte Suprema en cuanto a que hubiera un seguimiento de los criterios utilizados en otros fallos (algo así como su *ratio decidendi*). A fin de cuentas, y aun a falta de un sistema de precedentes, esto podría por lo menos hacer más probable que dichos tribunales, al sentirse observados y al conocer su historia, se hicieran cargo de su pasado y tuvieran algo de cuidado de no desviarse demasiado abruptamente de él. Esto sería crucial, sobre todo, cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados, como los que ya vimos más arriba.

Con todo, incluso si no se creara una presión social difusa para que los tribunales siguieran estrictamente sus precedentes, realizar lo anterior igualmente podría traer otras consecuencias positivas. Esto, pues mediante el estudio del *case law* se podría afinar el entendimiento que toda la comunidad jurídica tiene sobre los conceptos relevantes. Y no solo esto, sino que también podríamos pulir los conceptos mismos en el proceso, y no solo nuestro entendimiento sobre ellos (si bien ambas cosas están ligadas). A este respecto, si algo está mejor pensado en el *common law* que en el derecho continental, aquello, es el desarrollo histórico de los conceptos. Esto es especialmente útil cuando tenemos conceptos vagos, que requieren ser elaborados por la doctrina y jurisprudencia²³.

VI. CONCLUSIÓN

He intentado demostrar que mucho cambia dependiendo de la lógica a partir de la cual se analiza el derecho. Esto, pues materiales legales similares, cuando son interpretados de acuerdo a diferentes lógicas, pueden terminar siendo construcciones jurídicas bastante distintas. Por eso es relevante entender el contraste entre el *common law* y el derecho continental en cuanto a la manera en que ellos permiten que nos aproximemos al derecho.

Dicho aquello, quiero cerrar este artículo con una invitación abierta a que como comunidad jurídica desarrollemos teorías más comprensivas respecto de nuestro Derecho. Ello, pues como el derecho es una práctica social autoconsciente, si pensamos mejor el derecho, este mismo cambia para bien. En tal medida, creo que es necesario que se avance en una teorización más comprensiva respecto del derecho de competencia.

23 La idea de que se puede aprovechar, con varios matices, las ideas subyacentes a la teoría de Dworkin de una novela en cadena en un sistema de derecho continental es algo expresado por (Arnold 2022; Mañalich 2024) a partir de ideas de Brandom (Brandom 2014). Simplificando la idea a un nivel que la hace casi irreconocible, en un sistema de derecho continental el contenido de los conceptos se desarrollaría históricamente, de una manera lejanamente parecida a la que describe Dworkin. Aquí habría un nexo con la tradición y el uso que se da a un concepto dentro de cierta comunidad de hablantes. Con todo, seguiría siendo un sistema continental en la medida que habría una asimetría entre el legislador y el juez, pues si bien el juez debería determinar el contenido del Derecho, esto lo haría dentro de márgenes objetivos. Y si bien recaería institucionalmente en el juez el rol de dilucidar para cada caso qué significan los términos de la ley, los términos interpretados serían términos escogidos por el legislador. Deberá quedar para otra ocasión desarrollar esto con mayor profundidad.

REFERENCIAS:

- AGÜERO, Francisco, 2022. El estudio del Derecho de la Competencia por medio de la jurisprudencia. *Centro Competencia (Actualidad)*. Online. 2022. Available from: <https://centrocompetencia.com/el-estudio-del-derecho-de-la-competencia-por-medio-de-la-jurisprudencia/> [Accessed 16 May 2024].
- ARNOLD, Stefan, 2022. The Chain Novel and Its Normative Fine Structure in Civil Law and Common Law: Dworkin, Brandom and Law's Normativity. In: SCHAUER, Frederick, BEZEMEK and BERSIER, Nicoletta (eds.), *Common Law - Civil Law. The Great Divide?*. Suiza: Springer. Law and Philosophy Library, 139.
- ATRIA, Fernando, 2016. *La Forma del Derecho*. Marcial Pons. Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo
- BENTHAM, Jeremy, 2011. *The Works of Jeremy Bentham. (Scotch Reform, Real Property, Codification Petitions)*. Indianapolis, Indiana: The Online Library Of Liberty.
- BEZEMEK, Christoph, 2022. 'The Law Works Itself Pure': Reflections on a Cherished Trope. In: SCHAUER, Frederick, BERSIER, Nicoletta and BEZEMEK, Christoph (eds.), *Common Law - Civil Law The Great Divide?*. Suiza: Springer. Law and Philosophy Library.
- BRANDOM, Robert, 2014. "A Hegelian Model of Legal Concept Determination. In: HUBBS, Graham and LIND, Douglas (eds.), *Pragmatism, Law and Language*. Nueva York: Routledge. p. 19-39.
- CARPENTER, Charles, 1917. Court Decisions and the Common Law. *Columbia Law Review*. 1917. Vol. 17, no. 7, p. 593-607.
- COKE, Edward, 2003a. Prohibitions del Roy [1607]. In: SHEPPARD, S (ed.), *The Selected Writings of Sir Edward Coke*. Indianapolis, IN: Liberty Fund.
- CRANE, Daniel, 2021a. Antitrust and democracy. *Investigaciones CeCo*. 2021.
- CRANE, Daniel, 2021b. Antitrust antitextualism. *Notre Dame Law Review*. 2021. Vol. 96, no. 3, p. 1205-1256.
- DÍAZ GARCÍA, Luis Iván, 2015. Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 2015. Vol. 22, no. 2, p. 139-171.
- DWORKIN, Ronald, 1986. *Law's Empire*. London: Fontana.
- GLENDON, Mary Ann, 1997. Comment. In: GUTMANN, Amy (ed.), *A Matter of Interpretation*. Princeton: Princeton University Press.
- GORDON, Wood, 1997. Comment. In: GUTMANN, Amy (ed.), *A matter of Interpretation*. Princeton: Princeton University Press.
- GRUNBERG, Jorge, 2017. Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke. In: CHIBLE, Pía and BELMAR, Felipe (eds.), *Reflexiones Sobre el Derecho De la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)*. Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica. p. 305-383.
- HABERMAS, Jürgen, 1996. *Between Facts and Norms*. Cambridge: Polity Press.
- HOBBS, Thomas, 1688. *Leviathan, sive, De materia, forma, & potestate civitatis ecclesiasticae et Civilis*.
- HODGE, Patrick, 2019. *The scope of judicial law-making in the common law tradition*. Max Planck Institute of Comparative and International Private Law Hamburg, Germany. 2019.

- JEFFERSON, Thomas, 1789. *Thomas Jefferson to James Madison, September 6, 1789, with Copies and Fragment*. 1789. The Works of Thomas Jefferson in Twelve Volumes
- KATZ, Michael and MELAMED, Doug, 2020. Competition law as common law: American Express and the Evolution of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*. 2020. Vol. 168, p. 2061–2106.
- LEGARRE, Santiago and RIVERSA, Julio César, 2006. Naturaleza y dimensiones del “stare decisis.” *Revista Chilena de Derecho*. 2006. Vol. 33, no. 1, p. 109–124.
- MACCORMICK, D N, 2011. *Institutions of Law*. Marcial Pons. Oxford: Oxford University Press. Series Editors:
_:n1634Translators: _:n1632
- MACCORMICK, Neil, 2005. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2024. La Interpretación de la ley penal bajo la “prohibición de analogía”. Una Reconstrucción desde el pragmatismo semántico. *Manuscrito Inédito*. 2024.
- MONTT, Santiago, 2011. El tribunal de defensa de la libre competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas. . Online. 2011. Available from: https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/2/DM11C106/1/material_docente/bajar?id_material=309512
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, 2020. ¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incompreensión. *Revista de Derecho PucP*. 2020. Vol. 84, p. 304–336.
- OLDHAM, Andrew, 2006. *Sherman’s March (In)To the Sea*. . 2006.
- PERALTA, Ignacio, 2022. Los tecnócratas y su monopolio sobre la libre competencia. *Latin American Legal Studies*. 2022. Vol. 10, no. 2, p. 1–25.
- PERALTA, Ignacio, 2023a. Populismo y tecnocracia en libre competencia: dos caras de una misma moneda. *Revista De Estudios De La Justicia*. 2023. Vol. 38, p. 93–114.
- PERALTA, Ignacio, 2023b. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Una institución contradictoria. *Revista de Derecho Económico*. 2023. Vol. 80, no. 2023, p. 251–276.
- PERALTA, Ignacio, 2023c. Una Superintendencia de Competencia para Chile. *Investigaciones CeCo*. 2023.
- POUND, Roscoe, 1908. Common Law and Legislation. *Harvard Law Review*. 1908. Vol. 21, no. 6, p. 383–407.
- POUND, Roscoe, 1921. *The Spirit of Common Law*. Frankestown, New Hampshire: Marshall Jones Company.
- REED, Robert, 2022. Time Present and Time Past: Legal Development and Legal Tradition in the Common Law. In: *The Neill Law Lecture 2022*.. Online. Oxford. 2022. Available from: <https://www.supremecourt.uk/docs/time-present-and-time-past-lord-reed-lecture.pdf> [Accessed 12 May 2024].
- SCALIA, Antonin, 2018. Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws. In: GUTMANN, Amy (ed.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press. p. 3–48.
- SCHAUER, Frederick, 1989. Is the *Common Law Law*? *California Law Review*. 1989. Vol. 77, no. 2, p. 455–471.
- SCHAUER, Frederick, 2022. Civil Law, Common Law, and the Data of Jurisprudence. In: SCHAUER, Frederick, LAPORTA J., Francisco and SPAAK, Torben (eds.), *Common Law – Civil Law The Great Divide?*. Suiza: Springer. Law and Philosophy Library.



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 Fierro, "El Derecho de Competencia ¿es de los vivos o de los muertos? Sobre *Common Law*, Derecho Continental, y Libre Competencia", *Investigaciones CeCo* (junio, 2024),
<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