

VAR Y DECISIÓN ARBITRAL: UNA APROXIMACIÓN PROBATORIA A LA REVISIÓN DE DECISIONES
ARBITRABLES A TRAVÉS DE ASISTENCIA EN VIDEO Y LA TEORÍA DE LA PRUEBA

JESÚS EZURMENDIA ÁLVAREZ*
JONATAN VALENZUELA SALDIAS*

RESUMEN: En el presente artículo se pretende utilizar el fútbol, y en especial la incorporación de asistencia de video en la toma de decisiones en juego, como herramienta para explicar ciertos elementos e instituciones de la teoría de la prueba. Dentro de lo que se trata se incluyen los momentos de la actividad probatoria, el objeto de prueba y los estándares y cargas probatorias.

PALABRAS CLAVE: Derecho Procesal; Derecho Probatorio; Prueba y Deporte, Tecnología.

KEY WORDS: Procedural Law; Evidence Law; Sports and evidence; Technology.

Sumario: Introducción; utilización del deporte como herramienta metodológica; 1) Iniciativa y objeto de prueba; 2) Revisión contra-epistémica, en especial, y reglas de exclusión de evidencia; 3) Estándar de prueba; 4) Carga de la prueba; 5) Conclusión.

INTRODUCCIÓN: EL FÚTBOL COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA

El fútbol es el deporte más hermoso del mundo. Así lo expresó Eduardo Galeano en “Fútbol a sol y a sombra”. Cada partido genera una especie de encanto ineludible y somos muchos los que dedicamos considerable tiempo de nuestras vidas en jugar al fútbol y a mirarlo. El equipo de fútbol de un sujeto es una muestra de su comprensión del mundo y la de quienes le rodean. Cambiar de equipo de fútbol es, probablemente, uno de los actos de alta traición más importantes dado lo que el fútbol simboliza.

Probablemente las decisiones adoptadas en ese marco son tan importantes que pueden ser fácilmente recordadas por la enorme mayoría de personas en el mundo. Un ejemplo se produjo hacia el final del segundo tiempo del primer partido del Campeonato mundial de Francia 1998 entre Chile e Italia, cuando el árbitro nigerí Lucien Bouchardeau cobró un penal por una mano involuntaria del defensa central Ronald Fuentes ante un centro del delantero italiano Roberto Baggio, permitiendo el empate 2-2 entre esas selecciones.

El fútbol, como el proceso, es un escenario de producción de decisiones. Cada lunes en las oficinas, los colegios, las universidades y la calle se comentan con detalles cada decisión arbitral en torno al juego. La regla del *offside*, la valoración de ciertos movimientos, la intencionalidad al tocar el balón con la mano, entre muchos otros tópicos, son objeto de largas conversaciones.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Magister en Derecho (LLM) University College of London. Doctor (c) en Derecho EHU, España. Profesor Departamento Derecho Procesal Universidad de Chile. Dirección Postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago, Chile. Dirección electrónica: jezurmendia@derecho.uchile.cl.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctor en Derecho, U. de Girona. Profesor Departamento de Derecho Procesal Universidad de Chile. Dirección Postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago, Chile. Dirección electrónica: jvalenzuela@derecho.uchile.cl

Así visto, consideramos que gran parte de las discusiones que se producen en el ámbito futbolístico valen como una clase de contexto en que el razonamiento probatorio puede ser examinado.

Ese examen puede producirse, al menos, desde dos perspectivas. Podríamos pensar en las decisiones empíricamente consideradas y evaluar el razonamiento que tiene un árbitro o los árbitros de una determinada comunidad respecto de ciertos puntos propios del razonamiento probatorio. Debe considerarse que estas decisiones son marcadamente inmediatas y orales. Es decir son decisiones que se producen exactamente ante los hechos que deben juzgarse, de manera oral y con pretensiones de evitar por completo la mediación de las partes. Por otro lado, podríamos evaluar alguna institución o las reglas sobre la prueba en un determinado contexto que justifica decisiones desde el punto de vista probatorio. Desde este punto de vista la manera en que las decisiones son adoptadas cobran relevancia pero delante de reglas que definen el modo en que los árbitros del juego pueden justificar la concurrencia de la premisa fáctica de sus decisiones.

En este trabajo, quisiéramos centrar nuestra atención en el VAR, el asistente en vídeo de los árbitros del fútbol, sistema que ha generado una gran atención como mecanismo reductor de errores al permitir la evitación de cobros errados.

Creemos que en ese escenario podemos usar la discusión sobre naturaleza del VAR desde el punto de vista probatorio para revisar algunos aspectos importantes de las decisiones de árbitros de fútbol.

Además, el uso de un escenario de decisiones como el fútbol permite introducir a los lectores en razonamiento probatorio. La utilización de contextos más cercanos y comunes para quien se inicia en el estudio de una determinada disciplina suele representar uno de los recursos metodológicos más utilizados en el campo de las ciencias sociales. Así, el derecho recurre comúnmente a estas herramientas para explicar algún fenómeno de estudio que puede presentarse lejano al estudiante, de forma de permitirle aproximarse de una forma más amigable al tópico.

En la literatura de la teoría del derecho existen casos célebres, como el de LON FULLER en su conocido caso de los exploradores (FULLER, 2002), que ha sido utilizado para explicar el derecho natural, la ética kantiana e incluso los derechos humanos (SCHAUER, 2016: 11). A su vez, dentro de los contextos de mejor asimilación por el lector general, las comparaciones y analogías deportivas, como la que presentamos en este ensayo, han resultado particularmente útiles, siendo las de mejor aceptación por parte del destinatario de la explicación, quien ve desde un contexto conocido, familiar e incluso lúdico un acercamiento a la disciplina nueva. En ese sentido, resulta excepcional la explicación de la regla de reconocimiento que H.L.A HART ensaya al comparar las normas con las reglas de anotación de goles o tantos de un juego (deporte) (HART, 1994: 102), que incluso ha sido tildado como el pasaje más célebre de toda su obra *The Concept of Law* (Russel, 2011: 254).

En este trabajo, quisiéramos introducir ciertos problemas de la teoría de la prueba y el derecho probatorio, utilizando la relevancia cultural del fútbol y otros deportes profesionales como catalizador. Lo antedicho tendrá como telón de fondo uno de los postulados más significativos realizados desde el cognoscitivismo crítico, y es que la actividad probatoria que se desenvuelve en el contexto de un proceso judicial no es ajena ni radicalmente distinta a cualquier otro contexto probatorio (Valenzuela, 2005: 69-78).

El fútbol tampoco es ajeno a estas reglas comunes de racionalidad epistémica de reconstrucción de hechos o de generación de conocimiento. Así, en este trabajo intentaremos formular una descripción de ciertas cuestiones relativas a la teoría de la prueba y al derecho procesal en general, tales como como las reglas de exclusión, la aplicación de estándares de prueba, e incluso la cosa juzgada, explicadas a través de decisiones tomadas por agentes reglamentarios –jueces, árbitros, umpires– durante encuentros deportivos en los que existe revisión de jugadas específicas a través de asistente de video, cuya aplicación se ha venido desarrollando en los últimos años.

El Árbitro Asistente de Video “AAV” (comúnmente conocido como VAR) comenzó a utilizarse durante el 2017 en competiciones FIFA, discutiéndose, desde sus orígenes, la aplicabilidad de la tecnología como garantía para obtener una mejor decisión por parte de los árbitros sobre jugadas determinantes¹.

Este mecanismo incluso ha sido, recientemente, incorporado al mundial de Rusia 2018² y, por medio de una práctica bastante discutible, en la última Copa América de Brasil 2019³.

Sin perjuicio de la repercusión mediática que procede de la caja de resonancia del fútbol (dado que hablamos del deporte más hermoso del mundo), el VAR no representa el primer intento de utilización de evidencia videograbada en tiempo real para asistencia en decisiones dentro del juego. En deportes más populares, particularmente algunos de gran difusión en países angloparlantes, la utilización de la revisión de video para corregir una decisión lleva años en aplicación⁴.

En todos aquellos deportes en que es aplicable la asistencia de video para mejorar la toma de decisión, existe una reglamentación más o menos acuciosa de determinadas cuestiones que suponen normar la compatibilidad del cobro correcto o acertado con la continuidad propia del juego de que se trata (Calandrillo y Davison, 2017: 14), la cual es entendida por todas las asociaciones deportivas como un ámbito central del desarrollo de la actividad, que debe ser respetado e incluso preferido ante la solución “correcta” desde el punto de vista probatorio (Calandrillo y Davison, 2017: 1).

Así, en asociaciones como la NFL y la NBA en Estados Unidos, la FIBA y la IRB a nivel mundial, es posible encontrar que la revisión de video está normada en atención a los siguientes criterios:

a) se establece expresamente qué jugadas o cobros arbitrales pueden ser objeto de revisión, es decir, se delimita un ámbito de aplicación de la revisión⁵;

¹ International Football Association Board (IFAB) Manual de Reglas Del Juego 2017/2018. p. 12. Disponible en <http://www.rfef-cta.com/site/docs/Reglas%20de%20Juego%202017-2018.pdf>

² <http://www.bbc.com/sport/football/43269186>; <http://www.fifa.com/about-fifa/ifab/index.html>

³ Véase sobre su uso: <https://www.alairelibre.cl/noticias/deportes/copa-america/brasil-2019/las-grandes-polemicas-del-var-en-la-copa-america-de-brasil-2019/2019-07-08/021551.html>

⁴ Es posible encontrar reglas sobre el tema en la *National Football League* (NFL), la *National Basketball Association* (NBA) y el *International Rugby Board* (IRB) entre otros.

⁵ 2017 NFL Rulebook, *Nat'l Football League Operations Rule 15, Section 2, Article 1*, disponible en: <https://operations.nfl.com/the-rules/2017-nfl-rulebook/#rule-15.-officials-and-instant-replay>. 2013-2014 NBA Rulebook. Rule 13. Disponible en: <https://www.nba.com/media/dleague/1314-nba-rule-book.pdf>. 2016 FIBA Procedure for the application of the Instant Replay System (IRS) 5 p. Disponible en: <https://fibaamericasofficiating.files.wordpress.com/2017/03/fiba-instant-replay-system-protocol.pdf>. 2014 IRB http://laws.worldrugby.org/downloads/TMO_Protocol_Aug_14_EN.pdf

b) se establece una oportunidad para la revisión que, por lo general, suele estar limitada para impedir la excesiva interrupción del juego y respecto de la que es posible encontrar mayor aplicabilidad en momentos decisivos o finales del encuentro⁶;

c) se establece la iniciativa para solicitar la revisión, señalándose si corresponderá al árbitro o árbitros de oficio, si corresponde solicitarla al equipo interesado, o si, por el contrario, es una regla de aplicación automática para toda jugada o cobro que se cumpla con determinadas características descritas por la norma⁷.

d) se ha establecido un estándar de prueba que debe ser superado por parte de la evidencia en video para determinar la decisión final⁸.

Como es posible desprender de lo anteriormente expresado, la revisión por medio de herramientas tecnológicas de decisiones tomadas por jueces deportivos se construye en un determinado marco institucional (Bayon, 2010, 7), en el que se regulan una serie de aspectos acerca de la corroboración de los hechos, que evita que dicha actividad se utilice de forma arbitraria y abusiva, atentando contra los propios objetivos de su instauración.

De esa manera, es un sistema que comparte muchos criterios asociados *prima facie* al contexto judicial, toda vez que existe una regla de aplicabilidad (a); regla de legitimación (b); regla de oportunidad (c) y una regla de estándar (d) (Calandrillo, 2017, 1), el que además va asociado a una regla de carga o presunción (e), tal como se expresa a continuación.

1) INICIATIVA Y OBJETO DE PRUEBA

Dentro del contexto judicial de la prueba, una de las cuestiones de mayor relevancia es establecer el objeto de prueba. Por objeto de prueba tradicionalmente se ha entendido la materia o temática sobre la que recae la actividad probatoria (ORTELLS, 2010, 353), es decir, aquello que debe probarse (COUTURE, 1981, 219), o, como señalan MATORANA y MONTERO, “aquello sobre lo cual puede verificarse demostración en el proceso” (MATORANA y MONTERO, 2012, 837). El mantra más repetido entre estudiantes de derecho es que se prueban los hechos y el derecho sólo cuando deba verificarse “demostración” a su respecto.

No existe duda que debe tratarse de cuestiones fácticas, por oposición a aquellas cuestiones de derecho sobre las que, en virtud de la ficción de conocimiento de la ley y el conocimiento que de la misma debe tener el juez, no deberá recaer probanza alguna. Hay dudas, en cambio, en qué es lo que queremos señalar cuando decimos “cuestiones fácticas”.

Que la prueba deba recaer sobre cuestiones de hecho no significa que toda cuestión fáctica vaya a ser sometida a verificación en el proceso. Así, habrá enunciados sobre los hechos que no serán controvertidos, o que recaerán sobre hechos evidentes o notorios (MATORANA y MONTERO, 2012, 851-855), o que por ser parte del acervo cultural de los intervinientes o responder a conocimientos científicos conocidos por el juez, no deberán ser probados⁹. Se trata de

⁶ 2017 NFL Rulebook, Nat'l Football League Operations Rule 15, Section 2, Article 1

⁷ 2017 NFL Rulebook, Nat'l Football League Operations Rule 15, Section 2, Article 1

⁸ 2017 NFL Rulebook, Nat'l Football League Operations Rule 15, Section 2, Article 1

⁹ En el derecho del *common law* este tipo de hechos que no son objeto de pruebas se agrupan bajo la doctrina del *Judicial Notice*. ZUCKERMAN, Adrian. (2013) Zuckerman on Civil Procedure, principles and practice. Londres: Sweet and Maxwell. p.1036, y KEANE, ADRIAN y MCKEOWN, Paul. (2014) The Modern Law of Evidence. Oxford: Oxford University Press. pp. 690-691.

cuestiones de contenido fáctico, pero respecto de los cuales no será necesario iniciar proceso alguno de verificación.

A su vez, las reglas de revisión de decisiones deportivas establecen ciertas limitaciones o restricciones respecto de cuestiones fácticas que no podrán ser objeto de prueba. Se trata de enunciados que, pudiendo ser disputados y relevantes para el resultado de la contienda, han sido sustraídas de la posibilidad de ser revisadas. En este caso, la imposibilidad de revisión no es consecuencia del conocimiento general o inferencial que pueda existir sobre los hechos, sino que existe una barrera normativa que ha restringido la posibilidad de visitar la decisión, la que se materializa –por regla general- a través del establecimiento de listas *numerus clausus* de decisiones revisables, una suerte de catálogo de hechos o supuestos a probar *factum probandum*. De esta manera, por ejemplo, el AAV es aplicable, conforme los principios señalados en el protocolo de prueba de la IFAB, sólo a cuatro posibles decisiones arbitrales: a) goles (incluida la posición de adelanto que le sirve de antecedente), b) decisiones de tiro penal, c) tarjetas rojas directas, y d) errores de identificación¹⁰.

Es decir, puede someterse al VAR una duda relativa a si una jugada es o no es gol, a si corresponde una tarjeta roja directa, a si una jugada es o no penal y a la identificación de un determinado jugador.

Con esta nómina de decisiones revisables, se establece que será objeto de prueba videoasistida sólo aquella jugada que pueda enmarcarse dentro de las cuatro hipótesis de la norma. De forma similar ha sido limitada la revisión en la regla N°13 del libro de reglas de la NBA en las secciones 1 y 2¹¹; y en la NFL en la regla 15 sección 2, artículo 5¹².

Cabe hacer presente que en los procesos judiciales la determinación del objeto de prueba en concreto es resorte del juez, siendo éste, generalmente a través de una resolución, quien fija los hechos sobre los cuales deberá recaer la actividad probatoria. En las decisiones deportivas la regla general es la misma, aunque la fijación de lo que será revisable en el caso particular se hace siempre en el marco de lo que la norma de aplicación de la revisión por video permite revisar, es decir, dentro de los supuestos de revisión previstos por la regla el juez o jueces pueden determinar que una jugada específica se revise. La excepción a esta regla está dada por algunas organizaciones, como la NFL, en las que ciertas y determinadas jugadas, como todas las anotaciones, deben necesariamente revisarse por mandato de las propias reglas, sin que haya una fijación discrecional del cuerpo arbitral¹³.

Esta limitación supone una decisión normativa del cuerpo, institución o ente con facultades regulatorias generales, en atención a qué cuestiones de hecho serán o no objeto de revisión, constituyendo en muchos casos verdaderos límites de acceso al conocimiento efectivo sobre lo ocurrido.

¹⁰ IFAB. Protocolo sobre experimento con árbitros asistentes de vídeo (AAV). Disponible en: http://static3eb8.kxcdn.com/librarydocuments/6/092025_120517_VAR_ES_lang_03_Spreads.pdf

¹¹ 2013-2014 NBA Rulebook. Rule 13. Disponible en: <https://www.nba.com/media/dleague/1314-nba-rule-book.pdf>.

¹² 2017 NFL Rulebook, Nat'l Football League Operations Rule 15, Section 2, Article 5, disponible en: <https://operations.nfl.com/the-rules/2017-nfl-rulebook/#rule-15.-officials-and-instant-replay>.

¹³ NFL Rulebook, Nat'l Football League Operations Rule 15, Section 2, Article 5

Tomemos como ejemplo lo dispuesto en el protocolo IFAB respecto de la restricción a la revisión de infracciones que originen una segunda tarjeta amarilla¹⁴; se trata de una jugada que –consecuencialmente- terminará con la expulsión del infractor, pudiendo existir a su respecto una duda importante. Sin embargo, no será revisable, en circunstancias que si fuere una tarjeta roja directa sí lo sería, más relevante aún si la infracción es de una gravedad tal o se produce en circunstancias tales que –en el evento de ser efectiva- podría originar una tarjeta roja o amarilla. En tal caso, el árbitro, en el supuesto de conceder la infracción y aplicar la sanción de la tarjeta amarilla, no quedaría dentro de los supuestos de aplicación del AAV, impidiendo revisar su decisión, aún si el propio juez tiene duda.

Uno de los aspectos más relevantes de la prueba en el contexto judicial- también llamado rasgos procesales de la asunción de la prueba (TARUFFO, 2008: 109)- está dado por la iniciativa para su producción y presentación, es decir, para definir qué sujetos de aquellos que intervienen en el proceso están facultados para incorporar evidencia que sirva para corroborar una determinada hipótesis sobre los hechos.

Suele señalarse que existen dos grandes sistemas que orbitan el rol que le cabe al juez en la producción de prueba (TARUFFO, 2008: 109). Por un lado, existen sistemas adversariales –centrados en las partes-, en los cuales el rol del sentenciador es completamente pasivo: no está permitido el impulso inquisitivo u oficial en lo referido a materias de prueba, e incluso de manera más general, el juez está inhibido de realizar cualquier actuación que no haya sido provocada o solicitada por las partes (TARUFFO, 2008: 109).

Existen también sistemas, tradicionalmente asociados al sistema civil o continental, en el que el rol del juez es indispensable en la averiguación de los hechos, estando no solo autorizado, sino que, muchas veces, obligado a proponer y producir evidencia, independiente de las solicitudes que hagan las partes interesadas. Según TARUFFO estos sistemas se denominarían “centrados en el tribunal” (TARUFFO, 2008: 109).

Cabe hacer presente que ninguno de estos sistemas se presenta hoy en día, al menos en materia de proceso civil, en forma completamente pura, toda vez que los sistemas de justicia han encontrado formas intermedias o eclécticas, basados en la preponderancia de ciertos principios o reglas por sobre otras (TARUFFO, 2008: 109), que permiten describir un sistema como más cercano a un extremo que al otro del péndulo, pero en ningún caso como una aceptación total de uno u otro modelo.

En ese contexto, resulta explicativo señalar que en materia de revisión video asistida de decisiones deportivas durante el juego existen sistemas que permiten la revisión del fallo a exclusiva iniciativa de los interesados, otros sistemas en los que es exclusiva prerrogativa del juez y otros en los que ciertos cobros deben –cumplidos ciertos requisitos- ser revisados por mandato expreso de la norma sin que haya una decisión de ninguno de los involucrados a tal respecto.

En ninguna de las organizaciones deportivas de mayor relevancia existe un sistema en que la revisión esté completamente entregada a los equipos –partes- sino que existen sistemas exclusivamente oficiales o mixtos. Dentro de los deportes masivos de mayor popularidad en el mundo, la NFL cuenta con el sistema intermedio, en el que la posibilidad de revisión de fallos arbitrales está entregada a los equipos y a los propios jueces. Así, en un juego se le entrega a

¹⁴ IFAB. Protocolo sobre experimento con árbitros asistentes de vídeo (AAV).p. 5 Disponible en: http://static-3eb8.kxcdn.com/librarydocuments/6/092025_120517_VAR_ES_lang_03_Spreads.pdf

cada equipo, representado por el entrenador jefe, la posibilidad de desafiar dos cobros que – siendo revisables según materia- a su juicio, deben ser objeto de revisión¹⁵. Adicionalmente, si ambas revisiones resultan exitosas se le concede una tercera oportunidad¹⁶.

Por su parte, los árbitros tienen una iniciativa más amplia, pues existe la posibilidad de revisión oficial, por parte del cuerpo arbitral, de cualquier jugada dentro de los últimos dos minutos de cada mitad del juego, así como durante el tiempo suplementario. Para ello, no existe un número determinado de revisiones, pudiendo ser tantas como se consideren necesarias. Adicionalmente, se establece una revisión automática, distinta a aquella iniciada de oficio por los árbitros, para las jugadas más relevantes del juego, como son las anotaciones e intercepciones¹⁷. Debe distinguirse, en consecuencia, ésta última de la iniciativa de oficio por los árbitros, toda vez que no existe un ejercicio discrecional de los jueces, o la existencia de una duda que les haga solicitar la revisión, sino de una regla que obliga la revisión por parte de los árbitros independiente de su voluntad al respecto.

Por su parte, la NBA ha optado por un sistema mixto de iniciativa automática y oficial. En el baloncesto profesional de Estados Unidos la revisión de las jugadas (conforme a la materia hay 15 posibles objetos de revisión) puede, en primer término, ser instantánea y obligatoria para el caso de ciertas circunstancias dentro del juego que revisten una especial dificultad en su sanción, por ejemplo, una anotación ocurrida cuando no quedaba tiempo en el reloj del respectivo período o el reloj de posesión¹⁸. En tales casos, la revisión es obligatoria para los jueces. Por otro lado, todas las demás sanciones, cobros y jugadas que no estén incluidas en el catálogo de revisión automática podrán ser solo revisados a iniciativa de los árbitros siempre que cualquiera de ellos no este “razonablemente seguro”- *not reasonable certain*- sobre lo que efectivamente ha ocurrido¹⁹.

Este es un caso de sistema de iniciativa *inquisitiva* en el que lo que hace posible la decisión es la existencia de incertidumbre entre los jueces, incertidumbre que ha de ser, además, razonable. En este sistema les está privado a los interesados –equipos- solicitar la revisión de cualquier cobro, sin importar lo inexacto que les haya parecido.

En el caso del fútbol, el protocolo IFAB para aplicación del AAV regula la iniciativa de la asistencia en video a los réferis. Al respecto, en el numeral 6° del acápite “principios” se señala que: “Solamente el árbitro puede iniciar una revisión; el AAV (y los otros miembros del equipo arbitral) solamente pueden recomendar una revisión al árbitro”²⁰, estableciendo de forma clara un sistema de revisión exclusivamente inquisitivo, pero además discrecional, en el que la revisión de una jugada –de aquellas que puede revisarse conforme al mismo protocolo- es una facultad entregada exclusivamente al árbitro (entendido como tal al árbitro central de la partida).

Desde el punto de vista de la iniciativa, entonces, es posible señalar que, en todos los sistemas que han regulado la revisión de fallos dentro de partidos, los jueces o árbitros tienen poderes inquisitivos para utilizar la herramienta. Lo que ha tenido dispar recepción ha sido la decisión

¹⁵ 2016 NFL Rulebook, Nat'l Football League Operations Rule 15, Section 2, Article 1.

¹⁶ 2016 NFL Rulebook, Nat'l Football League Operations Rule 15, Section 2, Article 1.

¹⁷ 2016 NFL Rulebook, Nat'l Football League Operations Rule 15, Section 2, Article 2.

¹⁸ 2013-2014 NBA Rulebook. Rule 13, section 1. .Disponibile en: <https://www.nba.com/media/dleague/1314-nba-rule-book.pdf>

¹⁹ 2013-2014 NBA Rulebook. Rule 13, section 1. N° 6, 7, 8, 10,11, 12 .Disponibile en: <https://www.nba.com/media/dleague/1314-nba-rule-book.pdf>

²⁰ IFAB. Protocolo sobre experimento con árbitros asistentes de video (AAV). Disponible en: http://static-3eb8.kxcdn.com/librarydocuments/6/092025_120517_VAR_ES_lang_03_Spreads.pdf

de entregar iniciativa a las partes para dicha asistencia audiovisual; sin embargo, aún en los casos que se permite, la revisión oficial suele ser más amplia y con mayores facultades que aquella entregada a los equipos participantes.

Lo anterior permite señalar que se regulan a través de una norma inversa a la que suele ser utilizada en contextos procesales, pues la regla general –como se ha establecido– es que la iniciativa siempre la tengan las partes que pretenden demostrar la veracidad de sus enunciados, siendo las facultades probatorias inquisitivas de los jueces excepcionales o, al menos, sustancialmente menos comunes y más restringidas que las de los demás intervinientes (TARUFFO, 2008: 164-171).

2) REGLAS CONTRA EPISTÉMICAS: EN ESPECIAL REGLAS DE EXCLUSIÓN DE EVIDENCIA

Sin perjuicio de haber señalado al comienzo de nuestra explicación que entre la prueba judicial y el resto de actividad probatoria desarrollada en otros campos del conocimiento no existe una diferencia sustancial, es necesario detenernos en uno de los tópicos en que la prueba jurídica sí se aparta del resto de la actividad probatoria. Se trata de limitaciones a dicha actividad que impiden un despliegue completo y absoluto de actividad de corroboración de los enunciados fácticos fundada en la existencia de otros valores que el ordenamiento jurídico (y deportivo) considera valiosos y que deben preferirse por sobre la legítima intención de averiguación de la verdad sobre lo ocurrido (DEL RÍO, 2010: 356). En ese contexto, la corroboración judicial de los hechos está sujeta a un marco de limitación institucional (GASCÓN, 2005: 128).

Estas barreras han sido denominadas reglas contra-epistémicas (GASCÓN, 2005: 128), pues obstan a la obtención de conocimiento por parte del sujeto llamado a decidir, impidiendo que alcance un grado mayor de inteligencia e información sobre el asunto (GASCÓN, 2005: 128). Es decir, existiendo la posibilidad de acceder a un elemento corroborativo que aporte o contribuya a la averiguación de la verdad, éste no es agregado al proceso, o en caso de haberlo sido se excluye, impidiendo que se pondere al momento de tomar la decisión, pues se considera que la obtención de la verdad o la averiguación de los hechos cede ante otros intereses que la sociedad ha considerado como preponderantes. Esta paradoja de información disponible pero no utilizable no suele presentarse en otros contextos probatorios, como por ejemplo en las ciencias duras, sin perjuicio de poder encontrar límites a la actividad de investigación en reglas éticas que regulan las ramas de la ciencia o las agrupaciones de profesionales que las profesan.

En el proceso suelen presentarse, a modo de ejemplo simple, los plazos, períodos u oportunidades probatorias, entendidos como espacios de tiempo en los cuales una norma fija la rendición de prueba, y que una vez vencidos impiden la agregación o incorporación de dicha pieza de evidencia, no obstante lo verás y reveladora que puede ser, o el alto grado corroborativo sobre los enunciados fácticos que pueda tener. Estas limitaciones, suelen ir de la mano de garantías procesales propiamente tales, como la necesidad de un juzgamiento dentro de un tiempo determinado y la finalidad de la decisión judicial.

Dentro de las limitaciones epistémicas más fuertes e importantes, se encuentran las reglas de exclusión de prueba, un conjunto de normas que tiene por objeto garantizar la preponderancia de aquellos valores que se consideran más relevantes que la averiguación de la verdad mediante la exclusión de evidencia que ha sido obtenida con la vulneración de derechos o con la lesión de intereses de alguno de los participantes del proceso o terceros -por ejemplo, a través de la tortura o la violación de la privacidad-. La evidencia excluida por estos motivos suele

denominarse “prueba ilícita” o “prueba ilegal”, y es posible encontrar regulación orgánica y reconocimiento de ella en muchos ordenamientos jurídicos, paradigmáticamente en la regulación del proceso penal. Una vez que la prueba es excluida, la consecuencia es que el juez (o jueces) no podrá considerar dicho material probatorio para su decisión.

En el contexto deportivo, la existencia de valores preferibles por sobre la averiguación de la verdad por parte del juez parece más difusa. ¿Es, por ejemplo, la celeridad en la decisión una razón suficiente para avanzar en un partido en que se discute si un gol fue marcado en *off side*?, ¿puede prescindirse de una tarjeta roja ante una agresión no advertida por el juez, con tal de no detener el partido?

Es indiscutible que se ha hecho un ejercicio de ponderación entre la solución correcta desde el punto de vista de verificación de los hechos y ciertos valores propios de cada deporte suelen esgrimirse como esenciales para el desarrollo de su actividad, tales como la continuidad de las acciones para el correcto desempeño del juego -por oposición a las interrupciones que la revisión genera²¹- o la misma “esencia” o “pasión de un determinado deporte”²².

Dentro de las reglas que constituyen las mencionadas barreras para la averiguación de la verdad en el campo de juego podemos encontrar, por ejemplo, las restricciones que se señalan a los árbitros a través de las limitaciones de *competencia* que se establecen en la revisión. Se trata de reglas que expresan que la revisión deber ceñirse al motivo o causal que la he generado, y que impiden que se amplíe la enmienda a otra(s) decisión(es) que pueden aparecer como manifiestamente erróneas en la propia revisión. Se trata, entonces, de un supuesto en que existe prueba de inmejorable calidad –video de alta definición de múltiples ángulos- que da cuenta de un error del juez/árbitro y que puede ser determinante en el juego; sin embargo, por no ser el objeto de la revisión solicitada no puede considerarse. En otras palabras, teniendo toda la información disponible para que la decisión sea revocada y se aplique un fallo correcto –fundado en lo que de *verdad* ocurrió- dicha información es excluida y no tomada en cuenta.

Ejemplos de lo anterior pueden encontrarse en la *rule 13, section II* del *Rulebook* de la NBA, que señala que si se ha solicitado la revisión en video para determinar qué equipo fue el último en tocar el balón antes de que éste abandonara la cancha, y revisando dicha jugada se detecta la existencia de una infracción de un jugador a otro, ésta no podrá ser cobrada, sin perjuicio de que cobrarla sería la decisión correcta.

Entonces, las reglas de asistencia en vídeo suponen una mejor información para decidir, pero limitadas a través de reglas que permiten la aplicación del vídeo como asistente en el contexto de verificación de los hechos.

No estamos, ante un cambio de las condiciones de generación de error del fútbol, no es que dejen de cometerse errores en el fútbol, sino que simplemente existen revisiones para los casos en que se encuentra regulada la asistencia en video. Esto supone que en todos los casos en que, durante el juego, no se dé una hipótesis de aplicación de la regla del AAV, aunque tengamos

²¹ Se sostiene que el VAR supone una desproporción entre la invasión de la continuidad del juego y el aporte a la corrección de las decisiones. Véase <https://www.theguardian.com/football/2018/jan/07/video-assistant-referees-errors-mike-riley>. Fecha de visita 8 de diciembre de 2018.

²² En ese sentido han existido quienes han defendido la subjetividad y falibilidad de los corbos de los jueces como una característica esencial y necesaria del fútbol. Marucio Pochettino señaló el pasado mes que “El fútbol también es sobre los errores, como nosotros, los jugadores pueden cometer errores, los árbitros cometen errores. Siempre ha sido así y nosotros entendemos el fútbol de esa manera”. Véase <http://www.bbc.com/mundo/deportes-43243126>. Fecha de visita 8 de diciembre de 2018.

disponible información relevante, no podremos contar con ella por no formar parte de una hipótesis de revisión.

3) ESTÁNDAR DE PRUEBA

Una cuestión particularmente importante de cara a la administración de la regla de revisión en el AAV está constituida por la regla de umbral de suficiencia que la evidencia debe proveer para justificar la adopción de una determinada decisión.

Este aspecto suele enfrentarse a través de una regla de estándar probatorio que, entre otros, fija la suficiencia de un grupo de pruebas para justificar una determinada decisión, asumiendo la subsistencia de una cierta duda al respecto.

Entendido como el umbral de suficiencia por sobre el cual aceptaremos una hipótesis como probada en juicio (FERRER, 2007: 139), es decir, como la respuesta a la pregunta sobre cuanta prueba se requiere para probar algo (Zuckerman, 2013: 1019), el estándar de prueba supone el momento de la decisión probatoria propiamente tal, en el que el juzgador afirma que un enunciado ha quedado o no demostrado a través de la evidencia valorada.

El modelo de estándar de prueba aplicado en revisión de video durante el juego supone establecer un umbral de suficiencia que debe superar la prueba disponible en el caso, el cual – a diferencia de lo que se podría esperar- suele ser bastante alto, incluso más alto que el asociado al proceso penal en ciertos contextos (CALANDRILLO Y DAVISON, 2017: 24-30)²³.

Así, hasta años recientes -2016- en la NBA y la NFL, el listón de suficiencia que debía cumplirse por la revisión era el de “evidencia incontrovertible” -*indisputable visual evidence*- en inglés²⁴, el que dada su configuración suponía que la revisión del video debía permitir que los agentes llamados a decidir pudieran contar con un grado de confirmación casi total, y que la prueba proporcionada por el video no admitiera disputa ni controversia²⁵, es decir, excluyese la duda.

Esta regla fue reformada en 2017 en ambas regulaciones, aunque no queda claro que haya sido por considerarla excesivamente rigurosa o porque generaba problemas de interpretación, y se estableció el estándar de evidencia clara y conclusiva -*clear and obvious visual evidence*- para la NFL y *clear and conclusive evidence* para la NBA²⁶. En alguna medida, se decidió por una cierta admisión de duda que fuese más clara que aquella que se encontraba en la regla original.

La existencia de una regla de estándar explícito en regulaciones de deportes masivos en Estados Unidos puede explicarse por una tradición cultural y jurídica que ha entendido, desde antiguo, la necesidad de fijar un criterio de suficiencia para determinar cuándo -y cuándo no- los enunciados fácticos deben tenerse por efectivos.

A pesar de ello, el “mundo del fútbol” no ha comprendido -de forma más o menos orgánica- esta misma necesidad. Así, en el protocolo se señala que la revisión de video permitirá cambiar

²³ Siendo el estándar penal “más allá de toda duda razonable”.

²⁴ 2016 NFL Rulebook, Nat'l Football League Operations Rule 15, Section 2, Article 5.

²⁵ Jarrett Bell, *At NFL's Command Center, Reviews Must Be Right*, USA Today, Nov. 10, 2014, <http://www.usatoday.com/story/sports/nfl/2014/11/10/officiatingcommand-center-reviews-dean-blandino/18784813/>. Fecha de visita 8 de diciembre de 2018.

²⁶ 2013-2014 NBA Rulebook. Rule 13, Section III.

una decisión del árbitro si existe un error claro, que la regulación llama una decisión “manifiestamente incorrecta”²⁷. Pero, ¿Cuándo las pruebas son suficientes para sostener que una decisión ha sido *manifiestamente incorrecta*? Y, por cierto, esa regla, ¿admite, entonces, que las decisiones que sea incorrectas, aunque no *manifiestamente*, no sean modificadas?

Parece suponer claramente un umbral que debe sobrepasar la evidencia contenida en la revisión, señalando el protocolo que, si no es manifiestamente incorrecta, sino que sólo incorrecta no se puede cambiar el cobro original²⁸. Esto provocaría que decisiones erróneas (así definidas por la evidencia de la revisión) sean señaladas como tales pero validadas al mismo tiempo.

¿Cuál es la regla de carga de la prueba aplicable en este ámbito? La respuesta en estas regulaciones es relativamente evidente, pues existe, a nuestro juicio, una construcción normativa que fija una suerte de *presunción de corrección o acierto* al cobro original durante el desarrollo del juego. El *status quo* de continuidad del juego da por correctas todas las decisiones de modo tal que su modificación supone el reconocimiento de razones que permitan el cambio de la decisión y la interrupción del juego.

Se establece una distribución de la carga hacia quien desea utilizar el video como asistente, que servirá como regla de desempate en caso de que no se logre una certeza que supere el umbral fijado por el estándar (HO, 2008: 174), es decir, si no se supera el listón establecido, el cobro no puede revertirse, quedando firme el original. En esta medida, podría ser importante reconocer una hipótesis defendida por quien provoca la revisión: la jugada supone roja directa, o la pelota ha trapasado la línea de gol. De otro modo, la idea de carga queda bastante inactiva y se generan ciertos problemas de administración de la regla de estándar.

La “presunción de corrección” a la que se hace referencia podrá encontrar su símil en construcciones inferenciales normativas (GONZÁLEZ, 2014: 87-88), como la presunción de inocencia, que para el momento de la toma de decisión opera como una regla de juicio (VALENZUELA, 2013: 16), es decir, comanda al sujeto llamado a decidir a inclinarse por favorecer a quien no soportaba dicha carga, favoreciendo –en este caso al cobro original- en desmedro de la hipótesis alternativa que propicia la revisión. También encontramos un símil en el ámbito administrativo a propósito de la legalidad de los actos administrativos. En definitiva, se trata de la definición de un *status quo* que favorece el mantenimiento de las decisiones adoptadas asumiéndolas, a falta de mejores razones, como correctas.

4) CONCLUSIONES

El deporte, y particularmente del fútbol, es un campo de desarrollo de argumentos probatorios. Actualmente, la regulación relativa al AAV permite sostener que nos encontramos ante la regulación de un tipo de revisión que permite invalidar una decisión arbitral si se constata un error de ciertas características y en determinadas hipótesis .

Hemos intentado utilizar el AAV, así como otras herramientas similares, para ilustrar conceptos e instituciones propias de la teoría de la prueba a la luz de decisiones en contextos deportivos, de forma de poder ejemplificar la idea expresada en este artículo referida a la actividad probatoria en un contexto reglado.

²⁷ IFAB. Protocolo sobre experimento con árbitros asistentes de vídeo (AAV).p. 4. Disponible en: http://static-3eb8.kxcdn.com/librarydocuments/6/092025_120517_VAR_ES_lang_03_Spreads.pdf . Fecha de visita 8 de diciembre de 2018.

²⁸ IFAB. Protocolo sobre experimento con árbitros asistentes de vídeo (AAV).p. 4

Con esto, es posible visibilizar la premisa cognoscitivista señalada en el párrafo introductorio²⁹, que pretende ejemplificar, a través de una de las manifestaciones culturales más masivas y cotidianas -deportes colectivos de alta popularidad (HORNE, TOMLINSON Y WHANNEL, 2001, 1-10)-, la coincidencia existente entre la normas que regulan la evidencia y la toma de decisiones que buscan la determinación de lo que ha ocurrido en un caso concreto. Podemos concluir que, en general, las reglas de prueba de contextos controlados, como son el proceso judicial y los deportes a nivel profesional, suelen regirse por estatutos que, sin ser idénticos, mantienen una similitud suficiente en su aproximación al objeto de dicha regulación, haciendo posible esta comparación con fines pedagógicos como los que persigue este trabajo.

Creemos necesario revisar, en el contexto de la aún incipiente regulación del AAV en el fútbol, las reglas relativas a la iniciativa y carga probatoria y sobre todo la regla de estándar probatorio, de manera de mejorar el escenario de decisión del árbitro, en el que, como sostenemos, es el deporte más hermoso del mundo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAYON, Juan Carlos (2010). «Epistemología, Moral y prueba de los Hechos. Hacia un Enfoque no Benthamiano». Revista Mario Alfaro D' Filippo. 2. (4): 6-30.
- CALANDRILLO, Steve y DAVISON Joseph (2017). «Standards of Review in Law and Sports: How Instant Replay's Asymmetric Burdens Subvert Accuracy and Justice». Harvard Journal Of Sports & Ent. L. (8): 1-38.
- COUTURE, Eduardo (1981). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. B y F Editores.
- DEL RIO, Carlos (2010). «Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva». Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (34): 349-383.
- FERRER, Jordi (2005) Prueba y Verdad en el Derecho. Barcelona: Marcial Pons.
- FERRER, Jordi. (2007) Valoración Racional de la Prueba. Barcelona, Marcial Pons.
- FULLER, LON (2002) El caso de los exploradores de cavernas. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GASCÓN, Marina (2005) «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos». Cuadernos de Filosofía del Derecho. (28): 127-139.
- GONZÁLEZ LAGIER, Alejandro (2014). «Presunción de inocencia, verdad y objetividad». En: JUAN GARCÍA AMADO Y PABLO BONORINO. (Coordinadores). Prueba y razonamiento probatorio en Derecho, debates sobre abducción. Comares.
- HART, HERBERT (1994). The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press.
- HO, Hock Lai (2008). A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth. Oxford: Oxford University Press.

²⁹ Véase *supra* (1)

- HORNE, John, TOMLINSON, Alan Y WHANNEL, Garry (2001). *Understanding Sport: An Introduction to the Sociological and Cultural Analysis of Sport*. Nueva York; Taylor & Francis.
- KEANE, Adrian Y MCKEOWN, Paul (2014). *The Modern Law of Evidence*. Oxford: Oxford University Press.
- MATURANA, Cristian Y MONTERO, Raúl (2012). *Derecho Procesal Penal*. Santiago: Abeledo Perrot.
- ORTELLS, Manuel. (2010) *Derecho Procesal Civil*. Pamplona: Thompson–Aranzadi. Pamplona.
- RUSSEL, JEFFREY (2011) «Limitations of the Sport-Law Comparison». *Journal of the Philosophy of Sport*.
- SCHAUER, Frederick (2016) «Fuller’s Fairness: ‘The Case Of The Speluncean Explorers’». *University of Queensland Law Journal*, 35 (1): 11-12.
- TARUFFO, Michele. (2008) *La prueba*. Editorial Marcial Pons. Barcelona. 324 pp.
- VALENZUELA, Jonatan (2017). «Sobre el estándar de prueba cautelar: decisiones provisionales y actividad probatoria en el proceso penal». En: *Hechos, pena y proceso*. Editorial Rubicon, Santiago.
- VALENZUELA, Jonatan. (2013) «Inocencia y Razonamiento Probatorio». *Revista de Estudios de la Justicia*, (18): 13-23.
- ZUCKERMANN, Adrian. (2013) *Zuckerman on Civil Procedure, principles and practice*. Londres; Sweet and Maxwell.