



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

¿El proceso como deporte?

Un análisis comparativo a través del concepto de competencia deportiva

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Ernesto Vilches Peñailillo
Profesor guía: Jonatan Valenzuela

Santiago, Chile
Mayo 2024

A Mamá, Papá y Santi, por todo.
A mis amigos Monociclo, Dorime y Vale Caballero, por estar.
A Luz, por aparecer y por ser.
Y a Neko, que lo extraño siempre.

Contenido

Resumen	4
1. Introducción	4
2. Derecho del deporte: la competencia y otros conceptos clave	6
2.1 El derecho del deporte	6
2.2 La competencia deportiva	9
3. Confrontación y adversariedad	14
3.1 La colaboración como una alternativa real en los conflictos jurídicos	19
4. ¿ Qué hacer frente a la inevitabilidad del conflicto? El proceso como una competencia pareja	24
4.1 La figura del árbitro y del juez	28
4.2 Los sesgos implícitos	33
5. El diseño de las normas y la importancia de los mecanismos de impugnación ...	38
5.1 La decisión judicial correcta	44
6. Conclusiones	50
7. Bibliografía	53

Resumen

El presente trabajo realiza un análisis comparativo entre los conceptos de competencia deportiva y proceso judicial, a través del cual se expondrán similitudes y diferencias puntuales que existen entre ambos, con el objetivo de develar problemáticas concretas que los atañen conjuntamente, y ofreciendo soluciones o enfoques tentativos para las mismas. El punto de referencia sobre el cual se basa esta contraposición conceptual, serán los tres elementos que componen la definición de competencia planteada por Jonas Holst.

Antes que nada, realizaré una breve cartografía conceptual que dote a la comparación de sentido. Posteriormente, entraré de lleno en la misma a través de cada uno de los elementos de la definición de competencia: en primer lugar, me referiré a cómo operan en ambos casos las lógicas confrontacionales o adversariales, señalando las implicancias que estas conllevan; en segundo lugar, se abordará cómo se pondera la proporcionalidad y encauce de las fuerzas enfrentadas, con especial énfasis en la labor que tiene el juez o árbitro en este respecto; en tercer lugar, me remitiré a la transversalidad que adquiere, por su importancia, el diseño de las normas, acentuando la relevancia de los mecanismos de impugnación y el papel que estos juegan al sintetizar la tensión existente entre finalidad e infalibilidad de las decisiones adoptadas.

1. Introducción

Cuando entendemos bien los objetivos de un determinado objeto, concepto o actividad, podemos empezar a entender también sus falencias. “Un futbolista sirve para jugar al fútbol de tal modo que ayude a ganar a su equipo y meta goles al contrario; una moto sirve para trasladarnos de modo veloz, estable, resistente... Sabemos cuándo un especialista en algo o cuándo un instrumento funcionan como es debido porque tenemos idea del servicio que deben prestar, de lo que se espera de ellos”¹ señala Fernando Savater en su libro “Ética para amador”. A menudo, los objetivos son múltiples y complejos, por lo que una buena

¹Fernando Savater, *Ética para amador* (1991): 25 , <https://www.escatp.ipn.mx/assets/files/escatp/docs/Docencia/Lectura/Etica-Para-Amador.pdf> (consultado el 27-12-2020).

herramienta para facilitar esta labor es realizar un ejercicio de contraposición con otros conceptos con los que compartan uno, o varios aspectos en común.

El presente trabajo busca realizar un análisis comparativo entre lo que definiremos como competencia deportiva, y el proceso judicial. Existen entre ambos, similitudes relativas a la lógica confrontacional que se manifiesta, y también a la forma en que ambas se llevan a cabo, como la necesidad de la presencia de un tercero imparcial para encauzar y dirimir el conflicto², la forma en que los sistemas de normas sintetizan la tensión del debate entre finalidad y infalibilidad, y como todo esto se desprende de la existencia de un conflicto³.

¿Realmente el derecho funciona como una especie de competencia? ¿Es esto algo deseable? ¿Cómo podríamos garantizar que la competencia sea justa?

El presente trabajo encara estas interrogantes desde la perspectiva del derecho deportivo, una rama del derecho que ha tenido un crecimiento exponencial en el último tiempo, y que nos permitirá realizar un análisis comparativo entre el proceso judicial y las competencias deportivas. El objetivo de esto no es plantearlas como equivalentes absolutos ya que, como el lector podrá suponer, existen también diferencias importantes y que los separan de forma irremediable, pero que no obstante estas, sí que existen parecidos lo suficientemente robustos como para realizar este ejercicio comparativo.

Entendiendo esto, este trabajo se basará en identificar tres problemáticas concretas de la dogmática procesal en Chile, a través de conceptos y discusiones propias de la filosofía y el derecho deportivo.

Por tanto, el objetivo de este trabajo es doble: En primer lugar, hablar de las problemáticas puntuales que salen de la comparación, a las cuales se ofrecerán soluciones o enfoques tentativos acorde a las conclusiones que de la comparación se extraigan. Para esto, se tomará como principal punto de referencia la definición de competencia que expone Jonas Holst en su trabajo “Medir fuerzas: Una aproximación interpretativa a la competición

² Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones De Palma (1985): 8, 10 <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf> (consultado el 01-05-2024).

³ Flavia Carbonell, “Razonamiento impugnatorio y error”, seminario del grupo de filosofía del derecho, Universidad de Girona, Girona, 31 de enero de 2020.

deportiva”, la cual se compone de tres elementos agónicos y complementarios, y que se irán desarrollando en cada uno de los apartados de este trabajo, pero solo después de realizar una breve cartografía conceptual de aquellas nociones que resultan fundamentales para entender este ejercicio comparativo.

En segundo lugar, lo que se pretende demostrar a través de esta labor comparativa son las similitudes entre derecho y deporte para, de esta manera, ejemplificar las posibilidades múltiples que ofrece el derecho del deporte como área de estudio, a modo de exponerla y favorecer su desarrollo y comprensión.

2. Derecho del deporte: la competencia y otros conceptos clave

2.1 El derecho del deporte

Los juristas han buscado iluminación en los juegos y deportes desde hace mucho tiempo: Rawls usó el béisbol para ejemplificar su concepción de las reglas, Hart invocó el ajedrez y el cricket para ilustrar aspectos internos de estas, y Dworkin también al ajedrez para demostrar la noción de la interpretación constructiva⁴. A pesar de esto, la investigación sostenida o sistémica de lo que los deportes pueden ofrecer a los sistemas legales⁵ ha sido llamativamente escasa, y se ha ido nutriendo progresivamente por lo que ahora se conoce como derecho del deporte.

El desarrollo doctrinario del concepto de proceso, y los múltiples aspectos que orbitan en torno a este, ha sido pulido y robusto, debido a los esfuerzos centenarios de la tradición jurídica. Algo muy distinto ocurre con la competencia y los distintos conceptos de la filosofía del derecho deportivo en general, por lo que empezaremos por esclarecer estos aspectos antes que nada.

⁴ Mitchell N. Berman, "Let 'em Play" A Study in the Jurisprudence of Sport". *Faculty Scholarship at Penn Law*. 1465 (2011): 1328, 1329, https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1465/ (consultado el 27-12-2020).

⁵ Ibidem.

Como señala Holst, los esfuerzos pioneros por ahondar en los aspectos que definen al deporte han sido prácticamente abandonados desde los años 70 y 80.⁶ A esta falta de interés es necesario añadir también que existe una evidente falta de unanimidad en cuanto al uso de determinados conceptos fundamentales como *competencia* o *deporte*; el propio Holst se remite a Wertz para hablar de esto señalando que no es posible cerrar el debate ni llegar a una definición exhaustiva del deporte, puesto que se trata de un concepto ligado a un proceso histórico e institucional y es, por lo tanto, cambiabile⁷.

Para los efectos prácticos que aquí buscamos, se acotarán y delimitarán claramente los conceptos a los que echaremos mano. En primer lugar, nos remitiremos a lo que se entiende por “derecho del deporte”, ya que por su nombre podría entenderse una multiplicidad de cosas; podría aludir a los aspectos legales que circunscriben a la práctica de determinados deportes, como podría ser el caso de la jurisdicción con la que cuentan las instituciones encargadas de la práctica de los mismos; por otro lado, podría referirse a los aspectos normativos intrínsecos de una actividad deportiva determinada y a cómo estos se imparten o deben impartirse, atacando problemáticas como la forma en que deben pronunciarse los árbitros en casos dudosos y su consecuente justificación; otro caso sería entender que la práctica deportiva es fundamental para el desarrollo humano, y que por ende debiese entenderse como un derecho consagrado positivamente (algo así como derecho *al* deporte).

El derecho del deporte, en realidad, circunscribe de cierta forma a todos estos aspectos: “El deporte navega, revestido de múltiples formas, modalidades y disciplinas, entre los mares de lo público y lo privado, entre la autonomía de las reglas de juego y la sumisión a las normas jurídicas, entre las competiciones internacionales y las locales, todo ello regulado por un ordenamiento jurídico multiforme, en el que resulta preciso conocer las claves de aplicación de esta normativa peculiar”⁸.

⁶ Jonas Holst, “Medir fuerzas: Una aproximación interpretativa a la competición deportiva”, *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, vol. 14 (2019): 3, <https://www.raco.cat/index.php/FairPlay/article/view/354150> (consultado el 27-12-2020).

⁷ *Ibidem*.

⁸ Iñaki Agirreazkuenaga, . *Claves para la comprensión del ordenamiento jurídico del deporte*, (Ponencia presentada el 4 de junio de 1999 en Barcelona en el Seminario sobre Deporte, Sociedad y Autonomía organizado por el Instituto de Estudios Autonómicos y en los Cursos de Verano sobre «Derecho y Deporte: problemas actuales» celebrados en San

La variedad de aspectos abarcados por el derecho del deporte (o derecho deportivo) no denota ambigüedad o falta de precisión en la misma, sino que en realidad explicita la multiplicidad de aristas que esta comprende y que hemos esbozado en párrafos anteriores. El derecho del deporte es atractivo como objeto de estudio ya que tiene un punto de intersección muy marcado entre sus dos componentes, que es el hecho de que ambas disciplinas tienen como principales valores axiológicos ser un sistema de normas⁹.

Esta intersección provoca múltiples similitudes en cuanto a sus componentes, pero también en cuanto a sus desafíos. Un gran ejemplo al respecto es el trabajo de Ramírez Ludeña llamado “Las concepciones de las normas en el arbitraje deportivo”, en el que realiza un paralelismo sobre la interpretación y aplicación de las normas más adecuadas para el mundo del fútbol, usando las teorías generales del derecho, y analizando como las determinadas concepciones que tengan jueces o árbitros inciden en ellos a la hora de la toma de decisiones, y que revisaremos en reiteradas ocasiones¹⁰.

La institución del deporte no es privativa de un país, por lo que impone la creación de un derecho universal, que se basa en principios medios y fines universales, coordinados por leyes propias de ámbito internacional. Tales características confieren al derecho deportivo una importancia que sobre algunos aspectos supera al mayor número de las demás ramas del derecho¹¹. En el mundo académico, esta universalidad presenta una gran ventaja al momento del estudio y desarrollo dogmático, ya que permite la aplicación de conceptos jurídicos, y el desarrollo del estudio de sistemas normativos en base a la mencionada universalidad que el deporte plantea.

En suma, a través del contraste de las instituciones deportivas y preceptos ius-filosóficos, es posible develar problemáticas comunes y esbozar posibles soluciones en ambos

Sebastián el 25-26 de julio de 1999) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79655> (consultado el 27-12-2020).

⁹ Si bien la definición de “derecho” es algo más que controvertido, muchas definiciones clásicas y ampliamente difundidas tienen dentro de ellas la frase “sistema” o “conjunto” de normas.

¹⁰ Lorena Ramírez Ludeña “Las concepciones de las normas en el arbitraje deportivo”, *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, vol. 4 (2016), 1-21, <https://www.raco.cat/index.php/FairPlay/article/view/308204> (consultado el 27-12-2020).

¹¹ Carlos, Clerc “Derecho del deporte o derecho deportivo: su autonomía” *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado* N° 2, (2012) <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/31001> (consultado el 27-12-2020).

campos, siendo esta la esencia del derecho deportivo, y también es precisamente el objeto de este trabajo.

2.2 La competencia deportiva

El concepto sobre el que descansa el paralelismo objeto de este trabajo es el de competencia, lo que supone un problema ya que (como mencionamos previamente), existe una falta de consenso en la filosofía del deporte sobre conceptos clave como estos.

Algunos autores (como Wertz) señalan que por la naturaleza cambiante del deporte es imposible llegar a definiciones exhaustivas sobre este¹². Es precisamente por esto que nos serviremos de la definición de competencia de Holst, ya que encara esta problemática, asumiendo que el fenómeno del deporte comprende múltiples aspectos (históricos, económicos y sociales), que van más allá de la práctica deportiva, pero reconociendo también que la heteronomía del deporte no excluye que la competición deportiva sí pueda exhibir una configuración dinámica propia, que sea explicable e inteligible conceptualmente¹³.

Antes de entrar de lleno en la definición que plantea Holst, agregaremos un poco de contexto introduciendo otros conceptos fundamentales, como el de juego, y cómo éste atañe a la noción de conflicto.

Cuando hablamos de una competencia deportiva, estamos necesariamente hablando también de un juego, ya que existe entre ambos una relación de género-especie, en la cual el juego es, por supuesto, la categoría más amplia. El diseñador de juegos y escritor Chris Crawford define al juego como “conflictos en que los jugadores interactúan de forma tal en que pueden frustrar mutuamente sus objetivos”¹⁴. Para arribar a esta conclusión, Crawford desarrolla el siguiente diagrama:

¹² Ibidem.

¹³ Jonas Holst, Op. Cit (2019): 4.

¹⁴ Chris Crawford “On game design” *New Riders Publishing*, (2003): 6
https://books.google.cl/books?hl=es&lr=&id=USBbi1Dyw4sC&oi=fnd&pg=PA1&dq=%20chris+crawford+on+game+d+esign&ots=7UJzGVxKWp&sig=0mOtp2eY8fjQn9wam%20L5gF8oef4&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true (consultado el 27-12-2020).

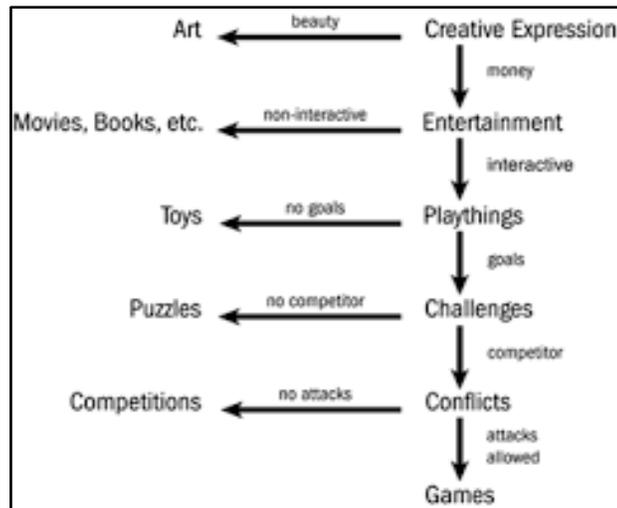


Figura 1.1, desarrollada por Crawford para referirse a la taxonomía de lo creativo¹⁵.

Como podemos apreciar, la categoría de juegos (games) aparece tan solo al final, y solo después de haberse separado de otras formas de interactuar con expresiones creativas (creative inventions, el concepto más amplio de interacción que el autor plantea). Es por esto que, para Crawford, el juego se encuentra dentro de la categoría de conflicto, acompañada además de la categoría de competencia: es precisamente esto lo que nos permite subsumir a la competencia deportiva dentro de la categoría de juego ya que, como expondremos, esta también se encuentra definida por la noción de un enfrentamiento o conflicto, de acuerdo a los tres criterios de Holst, pero de una forma menos amplia que el juego, siendo por lo tanto una categoría dentro de este último. Esta relación de género - especie es clave, y ha sido defendida por autores como Roochnik y Meier¹⁶. De esta definición de juego es de la que nos serviremos de aquí en adelante; no solo nos permitirá subsumir a la competencia deportiva dentro del juego sino que, además, nos introduce que

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ A pesar de esto, y como expone el propio Holst en esas mismas páginas, esta idea ha sido contrariada por Suits, a pesar de que en principio este autor fue defensor de la idea. Esto es una manifestación evidente de la ya mencionada falta de unanimidad sobre conceptos clave de la filosofía del deporte y el derecho deportivo. Jonas Holst, Op. Cit (2019).

el criterio definidor de esta relación es la dependencia que se presenta con la palabra conflicto.

El único reparo que realizaremos sobre todo lo anterior, es el hecho de que se tengan como incompatibles los conceptos de competencia y juego. Si bien existen disciplinas que no permiten una intervención directa entre los participantes, esta premisa es muy distinta a sostener que no exista entre ellos interacción alguna.

Las reglas de los cien metros planos, por ejemplo, establecen claramente que ninguno de los corredores podrá interferir con la carrera del otro, pero esto no quiere decir que el corredor sea indiferente a la presión que implica el hecho de tener a sus contendientes acompañándolo¹⁷. Incluso, si estos corrieran en días separados, el simple hecho de contrastar los resultados indica la existencia de una “otra parte”, y es por esta razón que creemos que es erróneo por parte de Crawford separar a las competencias de los juegos: para nosotros, todas las competencias deportivas son necesariamente juegos también; En el caso de que se buscara una “competencia” contra uno mismo, nosotros respondemos que esto sería más bien un test, o medición de capacidades. En palabras más sencillas, explicaremos todo lo anterior con el siguiente aforismo: *nadie compite solo*.

Así, el propio Holst erra con el mismo criterio de la “obstaculización”, al señalar que en los deportes artísticos “la dinámica competitiva es distinta, ya que no forma parte de la competición obstaculizar las actuaciones del rival”¹⁸. La forma en que lo describe sugiere que esto es una especie de anomalía, y que debiera separarse del resto de las competencias. Para nosotros, la competencia deportiva contempla un amplio abanico de disciplinas, las cuales pueden ser incluso opuestas entre ellas en determinados aspectos, pero lo que es en realidad relevante es si se les puede aplicar los tres criterios agónicos de la definición de Holst sobre competencia, sobre la cual hablaremos en breve.

En esta misma línea, múltiples autores han distinguido numerosas clases de deportes, lo que consecuentemente implica una multiplicidad de competencias deportivas. A

¹⁷ Resulta muy difícil imaginarse una competencia que permita el desarrollo de una actividad en días separados. Cualquier deportista estaría de acuerdo con que muchas veces los resultados de las pruebas se determinan con detalles como el estado del clima, del público, o incluso del propio ánimo del participante.

¹⁸ Jonas Holst, Op. Cit (2019): 17.

propósito, Clerc se remite a Melho Filho para señalar que existen al menos diez categorías de deporte, entre las que se cuentan, por ejemplo, los olímpicos, los de aventura (como el montañismo) o los intelectuales (como el ajedrez)¹⁹. Uno de los casos más peculiares que componen el crisol de las competencias deportivas, es el caso de los *e-sports*, o los videojuegos en su faceta deportiva. Como dentro de los tres criterios de Holst no se cuenta el de “actividad física intensa”, creemos que la disciplina emergente de los videojuegos en su faceta deportiva perfectamente puede formar parte de lo que hemos de entender como competencias deportivas²⁰.

Ahora bien, la RAE contempla dos definiciones para la palabra deporte, siendo la primera de estas “actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas”, mientras que la segunda es “recreación, pasatiempo, placer, diversión o ejercicio físico, por lo común al aire libre”.

Esta última nos presenta un acercamiento más libre y, si prestamos atención, desprovisto de cualquier tipo de sistema reglamentario. Cuando usamos la expresión “voy a hacer deporte” en nuestra vida cotidiana, se entiende que vamos a realizar alguna actividad que involucre ejercicio o pruebas físicas²¹, y no necesariamente una competencia entre dos o más participantes. Esta idea de entender al deporte como una actividad recreativa y saludable por la presencia de actividad física, parece ser algo muy arraigado y difundido, por lo que sin duda debemos tomarla en consideración al aproximarnos a una concepción más acabada del deporte.

Identificaremos todo este conjunto de nociones más bien recreativas como *actividad deportiva*, y que, a pesar de que la RAE la menciona en su primera definición, asociaremos necesariamente con la actividad física. Podríamos adjetivar este concepto como una actividad principalmente recreativa, jovial, placentera y algo naíf o amateur. No nos remitiremos mayormente a ella.

¹⁹ Carlos Clerc, Op. Cit (2012).

²⁰ Hacemos esta aclaración porque nos remitiremos a este ejemplo algunos apartados más adelante. Lo que señala Holst sobre el criterio de la actividad física como una característica principal del deporte es que no delimita rigurosamente las actividades deportivas de actividades físicas en general, aunque admite que es un asunto discutible.

²¹ En Jonas Holst, Op. Cit (2019), se plantea esta idea bajo el concepto de *tests*.

Por otro lado, lo que introduciremos como *competencia deportiva* (o de manera indistinta, simplemente competencia) se acerca más a la primera definición que da la RAE y la delimitaremos según los tres elementos agónicos y complementarios que plantea Holst.

Ahora que hemos agregado el contexto suficiente, con la introducción del concepto de juego y remitiéndonos a las ramificaciones que este conlleva, podemos hablar de estos elementos, sobre los cuales se basará este análisis comparativo y, tal como se podrá apreciar, descansan sobre la necesidad de un enfrentamiento o conflicto, pero de una forma más restringida que en el caso del juego.

El primero de estos elementos es que hayan participantes dispuestos a medirse entre ellos, con el objetivo de superarse mutuamente; el segundo es que el nivel de los participantes debe ser comparable, a tal punto que permita un enfrentamiento que no carezca de sentido dentro de las normas del propio juego; y por último, el tercero es que las reglas de la actividad permitan que las fuerzas que se estén enfrentando no se vuelvan desmedidas, dotándolas de ciertas limitaciones, pero sin interferir en la actividad al punto de entorpecer la dinámica de la misma²².

No nos detendremos a analizar el concepto de proceso de la misma forma que hicimos con el deporte, ya que, si bien no podemos hablar de que exista unanimidad sobre él, al menos existe una noción relativamente aceptada de lo que se suele entender por ella. A pesar de esto es lógico que, para dotar a la comparación de sentido, hemos de usar alguna de las múltiples definiciones disponibles sobre la palabra proceso, por lo que de acuerdo con los efectos pragmáticos que ya establecimos, escogeremos la que plantea Couture: este explica al proceso como “una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión.”²³

Como hemos mencionado ya varias veces, el conflicto es parte de cualquier controversia, por lo que su presencia tanto en el proceso como en las competencias no es de extrañar,

²² Jonas Holst, Op. Cit (2019).

²³ Eduardo Couture, Op. Cit (1985): 121, 122.

pero de todas formas exhibe una primera e importante similitud entre ambos, ya que no solo manifiestan la presencia del conflicto, sino que, además, el hecho de usar un sistema normativo y la figura de un tercero imparcial para resolver el mismo, junto con otros aspectos que pasaremos a exponer ahora.

3. Confrontación y adversariedad

El primero de los elementos de Holst hace referencia a la necesidad de que exista una “otra parte” en el enfrentamiento. Toda competición deportiva implica un enfrentamiento con una adversidad o con un adversario, sea de forma simultánea o no-simultánea. Para medir fuerzas no hace falta que los rivales se vean en un “choque” directo. Los ciclistas en un contrarreloj, por ejemplo, también miden sus fuerzas, aunque no salen a la vez²⁴. *Nadie compite solo.*

Esto mismo ocurre en el caso del proceso; si este es una secuencia de actos que tiene como finalidad poner fin a un conflicto, se infiere que exista necesariamente una contraposición de intereses antagónicos que lo doten de sentido. En ambos casos, proceso y competencia tienen la función teleológica de dirimir el enfrentamiento de acuerdo a las reglas preestablecidas para dicha finalidad.

Ahora bien, en esta expresión lo que aparece como primer criterio diferenciador entre ambos, es el carácter puramente volitivo de las competencias deportivas, del cuál adolecen los enfrentamientos jurídicos. Nadie *quiere* tener que enfrentarse a un juicio - excepto los abogados que en él participan, algo a lo que nos remitiremos poco más adelante - y si bien Holst habla de que el deportista está forzado a ponerse a prueba para conocer su nivel²⁵, esto no supone una obligación inescapable para el participante más allá de lo que él mismo se imponga dentro de la práctica.

La diferencia sustancial es que, en el deporte, el hecho de que se midan fuerzas dentro de una lógica adversarial es algo deseable y buscado tanto por los participantes como por

²⁴ Jonas Holst, Op. Cit (2019).

²⁵ Ibidem.

quienes diseñan las reglas (el “legislador” del juego si se quiere). En el caso del proceso, sin embargo, el enfrentamiento es una consecuencia colateral, pero necesaria para resolver el conflicto a través de un juicio de autoridad. El proceso permite esta confrontación de intereses solo porque, de esta forma, se puede encargarse de administrar correctamente la justicia, no porque la actividad misma produzca goce a los participantes, y menos porque el desarrollo y resultado del conflicto sea atractivo de esperar en virtud de la paridad de las fuerzas manifestadas, como sí ocurre en el caso del deporte.

En ambos casos, el conflicto que supone el enfrentamiento de las fuerzas medidas es el núcleo de la actividad misma, pero en el caso del deporte es la causa que motiva la actividad toda, y en el caso del proceso es una consecuencia inevitable para la impartición de justicia, siendo esto último la verdadera finalidad del mismo.

Esta diferencia es sustancial, pero no pareciera dimensionarse del todo. El hecho de que los participantes vuelquen sus esfuerzos exclusivamente en *vencer* a la contraparte, si bien es esperable hasta cierto punto, cuando se lleva al extremo de poner en desmedro otros aspectos esenciales del proceso, se convierte en el causante de problemáticas concretas y palpables, que merman la eficiencia y rendimiento de los órganos procesales.

Desde sus inicios, la tradición jurídica occidental de la que formamos parte ha tenido una lógica eminentemente confrontacional. En los orígenes del derecho romano, el concepto *ius* surge con un primigenio sentido adjetival, usado siempre para predicar un acto de violencia²⁶, mientras que la *litis*, y el *actio* en el que esta se desarrollaba, se constituyó como una ritualidad a través de la cual se buscaba encauzar la violencia, a través del reconocimiento de un magistrado llamado *iudicatum*²⁷.

Obviando las múltiples diferencias que existen entre el derecho moderno y el romano (consecuencia lógica de los siglos de desarrollo que median entre ambos), pareciera ser que, en este aspecto particular, no existe una diferencia sustancial. Además de que hay autores que han definido al proceso precisamente como “un rito contra la

²⁶ Francisco Samper, *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Católica de Chile, (2003): 65 <https://ucnderecho2012.wordpress.com/2012/04/23/derecho-romano-de-francisco-samper-en-pdf/> (consultado el 27-12-2020).

²⁷ *Ibidem*.

incertidumbre”²⁸, la lógica confrontacional, y el encauce de la fuerza (a través del monopolio de la misma por los entes administradores de justicia) se pueden seguir apreciando de forma similar a como era en los tiempos de los pretores.

En realidad, esto no debiese llamarnos mucho la atención ya que el proceso judicial no es más que un mecanismo para solucionar conflictos, y estos suponen inevitablemente un enfrentamiento entre las partes involucradas. Nadie se somete a un juicio por placer, y desde luego que la confrontación en cualquier conflicto es inevitable. Sin embargo, en el ejercicio del derecho parece existir un halo de competitividad y rivalidad que parece trascender el simple enfrentamiento, y que se manifiesta de diversas formas, en distintas esferas de la disciplina, tanto en el mundo académico como en la práctica.

“Gané” o “perdí” el juicio son expresiones habituales entre quienes ejercen la abogacía, y suponen más que simples abreviaturas para referirse a las pretensiones de cada quien en el litigio. El enfrentamiento de las partes en conflicto supone para estas una pérdida de objetividad en el mismo, donde lo único que prima es el deseo de vencer; el ejemplo más gráfico de esto es el fenómeno conocido como “visión de túnel” que suele afectar al ministerio público, y que lleva a los fiscales a centrar sus estrategias jurídicas y esfuerzos probatorios exclusivamente en la condena del imputado, lo que produce un evidente riesgo de que se produzcan condenas a inocentes²⁹.

Este halo de competitividad conlleva a un paradigma: por fenómenos como el de la “visión de túnel”, se pueden llegar a infringir principios y garantías supuestamente básicos para el debido proceso, como lo es el principio de imparcialidad.

La lógica invariablemente confrontacional del proceso también afecta al ámbito civil. Un gran ejemplo de ello es lo que ocurre con el trámite la conciliación: el artículo 795 del Código de Procedimiento Civil lo enumera dentro de las diligencias esenciales en los juicios de mayor o de menor cuantía, en la primera o en la única instancia, y en los juicios

²⁸ Jonatan Valenzuela *“Hechos, pena y proceso. Ensayos sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno”* (Santiago, Rubicon 2017), 17.

²⁹ Para mayor ahondamiento, véase Ignacio Castillo, “Enjuiciando al Proceso Penal Chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes)” *Polít. crim. Vol. 8, N° 15* (2013) https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992013000100007 (consultado el 27-12-2020).

especiales (salvo aquellos expresamente excluidos). Lo mismo ocurre en los juicios de mínima cuantía donde también es considerada esencial, según el artículo 789 del CPC.

De lo anterior queda en evidencia que, al menos en el papel, la conciliación juega un rol importante en el desenvolvimiento del proceso civil. Lamentablemente, estos esfuerzos del legislador no han estado en sintonía con la ejecución que han recibido estas normas en la práctica. Es un hecho sabido que el trámite de la conciliación es generalmente enfrentado por el tribunal y por las partes sin la seriedad debida, y con el único propósito de cumplir con la formalidad. En otras palabras, lo normal es que la realización de este trámite no tiene por objeto lograr el arreglo entre las partes respecto de la cuestión disputada³⁰.

En la práctica, la conciliación es vista como un simple trámite dentro del juicio y no como una oportunidad real para ponerle fin a este. En el caso de que la respuesta a la conciliación sea afirmativa, serán las partes quienes llevarán adelante las conversaciones para el potencial arreglo, mientras que el tribunal queda al margen de todo este proceso. Sin embargo, lo más común es que la respuesta sea negativa, y el actuario redacte un acta “tipo”, donde deje constancia de lo ocurrido. Esto no varía si es que solo se presenta una de las partes, ya que solo cambia levemente el contenido del acta. Incluso, si ninguna de las partes asista a la diligencia y la audiencia no se realiza, el tribunal certificar dicha circunstancia y luego dar curso progresivo al juicio, por lo que aquí tampoco existe una diferencia sustancial³¹.

De lo anterior queda en evidencia que la audiencia de conciliación no es más que el cumplimiento de una mera formalidad en el juicio. De las 2.220.401 causas civiles que el 2016 ingresaron a los tribunales civiles, tan solo 1.477 terminaron por conciliación (el 0,06%), mientras que 83.578 lo hicieron por sentencia definitiva³².

³⁰ José Alberto Allende Pérez de Arce, “Fortalecimiento del trámite de la conciliación como mecanismo para descongestionar los tribunales civiles de justicia”, Revista de Derecho Valdivia Vol XXXII N°1 (2019). https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502019000100255 (consultado el 27-12-2020)

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

Esta situación no es baladí, ya que la congestión que padece el sistema de justicia es un problema grave y compleja, y mecanismos alternativos como la conciliación ofrecen una solución, o al menos un paliativo, bastante realista y logable. Si bien la incorporación de este y otras formas de resolución alternativa de controversias no es una cuestión sencilla, el hecho de que uno de los impedimentos sea simplemente la lógica adversarial resulta, cuanto menos, cuestionable.

El primero de los elementos de Holst no solo hace referencia a la existencia de otra parte, sino que a la actitud que esta misma adopta dentro del contexto de la competencia. La competición deportiva está definida por la intención, el proceso y el objetivo de los rivales de superarse y conseguir una ventaja en la búsqueda de una medida, un resultado, que refleja su nivel³³: el conflicto en el que descansa la competencia solo puede tener sentido – dentro de las lógicas de la actividad- cuando los participantes buscan superar al contrario.

A pesar de que el proceso también busca la resolución del conflicto, debido a que el objetivo mismo de la actividad toda no es la medición de fuerzas, las formas con las que este cuenta para solucionarlo son muchísimas. Si bien es esperable y cierto que la lógica confrontacional es la norma general (como se verá en los apartados posteriores), esto es muy distinto a ver las soluciones colaborativas como un imposible o un absurdo.

Evidentemente esto no quiere decir que se deba dar vuelta toda la lógica con la que operan y han operado nuestras instituciones jurídicas, sino que simplemente cuestionar el uso repetido de una misma fórmula fija e invariable para resolver conflictos que intrínsecamente sí lo son, ya que, desde luego, esto reduce la eficiencia de las soluciones que se entreguen.

Retomando el caso de la conciliación, los abogados que se hacen presentes en la audiencia se limitan a responder de forma negativa, o bien, hacen una propuesta de conciliación imposible de aceptar para su contraparte. Ahí se acaban los esfuerzos, y luego se procede

³³ Jonas Holst, Op. Cit (2019).

a levantar el acta dando cuenta del fracaso de la diligencia. Esa actitud necesariamente debe cambiar³⁴.

Las partes deben entender, y sus abogados asistirlos en ese discernimiento, que el arreglo es muchas veces una mejor alternativa no solo por los dineros y tiempo que se ahorran con él, sino que también, por la relación comercial que mantienen con su contraparte. Lamentablemente existen ocasiones en las que los abogados definen su actuar no por aquello que conviene a sus clientes, sino por aquello que resulta más provechoso a sus propios intereses³⁵.

Pareciera ser entonces que, en este sentido, el proceso imita a una competencia deportiva, mientras que la ceguera ante las posibles otras soluciones con las que cuenta para la resolución de conflictos está causando problemas reales en el sistema de justicia. A continuación, profundizaremos sobre lo que implica esta ceguera desde un punto de vista puramente logístico, sin adentrarse demasiado en cómo implementar uno u otro mecanismo. Lo relevante es enfatizar el hecho de que el proceso judicial no es, o no debiese ser, como una competencia deportiva, en la que la medición de fuerzas sí es el objetivo primordial.

3.1 La colaboración como una alternativa real en los conflictos jurídicos

Como expone Peña, las múltiples y variables características del conflicto se ocultan cuando se exponen a un litigio; en primer lugar, los intereses y expectativas se estandarizan; en segundo lugar, se interpone a los actores un representante, que guarda con los primeros asimetrías de información y de objetivos; y, en tercer lugar, el conflicto se resuelve echando mano a razones previas, adjudicando el litigio a uno y negándose a otro. Por lo tanto, tomando en consideración la naturaleza cambiante y dinámica de los conflictos, el proceso podrá entregar (y a menudo lo hace) soluciones poco satisfactorias³⁶.

³⁴ José Alberto Allende Pérez de Arce, Op Cit, (2019).

³⁵ Ibidem.

³⁶ Carlos Peña, "Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, B.Aires*, (2019): 123.

Debido al desfase producido entre la mecanización de las fórmulas versus el dinamismo y diversidad que presentan los conflictos, parte de la doctrina (el propio Peña por ejemplo) propone que en vez de propender a una solución bajo la reiteración de esta lógica monótona se fomente el uso de las llamadas soluciones alternativas de controversia, ya que estas, a través de una aproximación colaborativa para la resolución de conflictos, ofrecen más alternativas en este respecto, constituyendo una buena válvula de escape para nuestro congestionado sistema judicial.

La promoción y fomento de los sistemas alternativos implica redefinir el objetivo público en materia de justicia, por lo que constituye una cuestión compleja de implementar. A pesar de esto, existen suficientes argumentos como para que así sea, considerando especialmente que en este aspecto nuestra dogmática ha permanecido ciega.

En primer lugar, es necesario considerar la ventaja puramente pragmática que estas presentan, sobre todo ante el escenario de saturación judicial previamente descrito. A través de la desjudicialización y la diversificación de las fórmulas de resolución de conflicto, los sistemas alternativos permiten alcanzar óptimos de justicia social que (como evidencia nuestra propia realidad), serían inalcanzables de otra forma. Este óptimo debe entenderse como un acceso a menor costo, pero sobre todo con un procedimiento efectivo, a la tutela de los propios derechos, tal como demuestra la experiencia del derecho comparado. Esta diversificación se consagra como la mejor opción disponible si consideramos que la alternativa sería la creación de más tribunales, reiterando las lógicas vigentes y que, dadas las rutinas de gestión actuales, resultaría mucho más caro en términos de utilidad marginal y costos alternativos³⁷.

Pero no es solo una cuestión de economía y de economía procesal. La experiencia muestra que, en las sociedades en curso de modernización, las pautas de movilidad social se alteran, la subjetividad se exagera y las soluciones de mercado se generalizan, surgiendo entonces un tipo de contienda y de conflicto -como el familiar o el contencioso de masas o

https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica06.pdf (consultado el 27-12-2020).

³⁷ Ibidem.

la criminalidad de bagatela- que requiere soluciones cooperativas y para el cual la solución adversarial provista por la judicatura resulta inadecuada y genera nuevos conflictos. Esto también ocurre en materia penal, donde la solución meramente punitiva arriesga el peligro de segregar y provocar nueva marginalidad³⁸.

Ante la pérdida de la capacidad de intervención del estado, consecuencia de las políticas de orden público que han sido la base de la institucionalidad vigente, se han delegado muchas de estas funciones a estructuras ajenas al aparataje estatal³⁹. Paradójicamente, esta pérdida de centralidad y el abandono del padrón estatal de desarrollo como camino hacia la modernización sólo ha acrecentado la función del estado en zonas que hasta ahora estaban entregadas a las estructuras familísticas o al vecindario. Esta explosión del litigio que provocan los procesos de modernización económica y social obligan a "juridificar" los conflictos y a "desjudicializar" el modo de resolverlos. La naturaleza del contencioso y la juridificación progresiva de todos los aspectos de la vida obligan a ello⁴⁰.

Sin embargo, el fomento de mecanismos alternativos y cooperativos de resolución de conflictos no puede traducirse en un uso irreflexivo de los mismos. Tomando el caso previamente mencionado de la conciliación, un uso generalizado e indiscriminado del mismo podría convertirlo en una especie de equivalente a los acuerdos negociados en materia penal, debido a que la negociación se lleva a cabo por quien carece de autoridad para ello, lo que dificulta la posterior vinculación de jueces en el asunto, llevando a un resultado injusto⁴¹.

Como expone Fiss, la narrativa (irreflexiva) en la conciliación la puede hacer parecer como un sustituto perfecto de un fallo judicial, que permite alcanzar los mismos objetivos por

³⁸ Ibidem.

³⁹ Independiente de la discusión política que deviene de argüir a favor o en contra esto, la institucionalizada pérdida de la capacidad de intervención del estado es a estas alturas es una realidad incuestionable. Los defensores de estas políticas podrán esgrimir que esto no es algo malo, y que es la única forma de conseguir el progreso que necesita el país, pero este es un debate del que no nos haremos cargo aquí. Sin embargo, la crítica es ineludible, y si el cuestionamiento al funcionamiento de áreas como la salud y educación públicas es pan de cada día en la contingencia nacional, parece del todo lógico que se deba incluir en estas el funcionamiento de la justicia, el cual también es de carácter público.

⁴⁰ Carlos Peña, Op. Cit, (2019).

⁴¹ Owen Fiss, "Contra la conciliación: El derecho como razón pública", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (2007): 62, https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica05.pdf (consultado el 27-12-2020)

un costo menor. No obstante, la conciliación puede significar para una de las partes aceptar una situación menos favorable que la ideal. En ocasiones, los fallos judiciales son en realidad lo verdaderamente apropiado, como cuando existen grandes desigualdades distributivas; si las partes son agentes o grupos sociales, si se necesitara la supervisión del tribunal luego de la negociación, o si existe una necesidad social genuina, se hace inevitable el fallo de un tribunal⁴².

En efecto, tener como único indicador la cantidad de casos y no las cualidades de los mismos es un error; no todos los casos son iguales⁴³. Los sistemas alternativos deben usarse de forma selectiva y cuidadosa. Precisamente porque existen muchos tipos de casos y áreas distintas, es que existe una multiplicidad de sistemas alternativos también. Al respecto, un ejemplo muy clarificador, y sintetizador de todo lo que aquí se ha expuesto es lo que ha ocurrido con la mediación.

La mediación ha tenido un aumento drástico en su aplicación en los últimos años: se implementó para los casos de daño en salud para el sector público, realizando más de 10.000 procesos en 10 años. Se incorporó como posibilidad en los condominios de viviendas sociales a través de la ley 19.537, y se han impulsado múltiples servicios de mediación municipales, debido a la estrecha relación que existe entre conflictos vecinales y actos delictivos⁴⁴.

Pero sin dudas, el caso más emblemático ha sido el de la mediación obligatoria en asuntos de familia a través de la ley 20.286. Solo entre los años 2010 y 2014 ingresaron más de 1.062.444 de causas, con índices cercanos al 40% de acuerdos⁴⁵. Esto no quiere decir que su aplicación se haya traducido en un éxito rotundo y libre de cuestionamientos (especialmente los que expondremos poco más adelante), pero sí resulta ser un buen ejemplo de conflictos para los que estos mecanismos son apropiados. La explosión de litigios y la juridificación de los conflictos a la que hacíamos mención supone un problema

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ María Soledad Lagos, "Incorporación de la mediación en Chile: análisis crítico", (2018). <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2021/01/2018-Incorporacion-de-la-mediacion-en-el-Derecho-chileno.pdf> (consultado el 28-04-2024)

⁴⁵ Ibidem .

grave cuando las relaciones entre las partes son complejas y mantenidas en el tiempo, y el hecho de que vayan a seguir interactuando con posterioridad a la resolución del conflicto, debiese influir en la forma en que este se soluciona.

Peña se remite específicamente sobre este último punto. Señala que buena parte de los conflictos entre partes destinadas a interactuar indefinidamente en el futuro -los miembros de una familia, las partes de una empresa, los vecinos de un mismo barrio- por lo que sería conveniente admitir soluciones cooperativas. La oficina y el procedimiento jurisdiccional son obviamente inadecuados para la resolución de ese tipo de conflictos. Cuando un tribunal los resuelve -adjudicando derechos a alguna de las partes y negándoselos a la otra- se obtiene una tasa de beneficio menor que la que se lograría de alcanzar la solución cooperativa⁴⁶.

Este es precisamente el contraste que se manifiesta entre la competencia y la judicatura. Como se evidenció, ambos descansan en la presencia de un conflicto, pero para la competencia deportiva este es intencionadamente unidimensional. Que la actividad consista en una confrontación lo más directa e intensa posible no solo es deseable, sino que imprescindible para poder hablar realmente de competencia. Si alguien deja de medir sus fuerzas con sus adversarios, porque no opone ninguna resistencia o porque responde con una fuerza desmedida y descontrolada, ya no hay competición⁴⁷.

Por otra parte, los conflictos de los que se hace cargo el proceso son inconmensurablemente variados, por lo que la mecanización y reiteración de una misma fórmula resulta poco óptimo⁴⁸. El conflicto - o la mayoría de ellos, al menos- no resulta ser equivalente al que subyace en el diseño de nuestros tribunales, por lo que no solo existen razones de bienestar, sino que también razones que atingen a la naturaleza misma de los conflictos, para favorecer las formas alternativas de resolución de disputas⁴⁹.

⁴⁶ Carlos Peña, Op. Cit, (2019).

⁴⁷ Jonas Holst, Op. Cit (2019).

⁴⁸ Una aclaración importante es que esta premisa no supone decir que exista un solo tipo de procedimiento judicial. El juicio ordinario de mayor cuantía, de menor cuantía, el proceso penal, y cualquiera otro hacen descartar esta posibilidad inmediatamente. Lo que se está cuestionando es que todos estos recurren a la misma lógica. confrontacional, donde los intereses se estandarizan, se interpone entre los actores un representante, y se adjudica el litigio a uno negándoselo a otro.

⁴⁹ Carlos Peña, Op. Cit, (2019).

Es una cuestión de logística y de cómo se concibe la actividad. Que el conflicto sea inevitable no obsta a que se puedan buscar soluciones cooperativas para el mismo. En este aspecto, no es conveniente que el proceso imite a la competencia, pero así se ha dado por la burocratización de la unidimensional manera en que entiende el conflicto nuestro sistema de justicia, y ha tenido como consecuencia la congestión del mismo, y la réplica de lógicas de marginalidad social al momento de impartir la justicia.

La incorporación de los mecanismos de solución de controversias alternativos ha sido insuficiente y atarantada. Esto es la consecuencia de la falta de una política pública coherente que considere el efectivo acceso de los ciudadanos a resolver sus conflictos. Es preciso una mayor diversidad de materias abordadas, tanto por la mediación como por otros mecanismos afines, mayor publicidad de la información estadística sobre los servicios brindados y la satisfacción de los usuarios con estos, y revisar las normas y plazos que se contemplan en su tramitación.

Es imperioso crear una institucionalidad técnica e independiente para la consagración, monitoreo y modificación de los mecanismos que contemplen la colaboración como su primer eslabón en la resolución de conflictos⁵⁰.

4. ¿Qué hacer frente a la inevitabilidad del conflicto? El proceso como una competencia pareja

El segundo y tercer elemento de Holst están estrechamente ligados en cuanto a las interrogantes que este trabajo plantea. En el punto anterior, se abordó la comparación desde la perspectiva de lo que implican las semejanzas entre ambos, basándose en el primero de los elementos de competencia que plantea Holst⁵¹.

⁵⁰ María Soledad Lagos, Op. Cit (2018).

⁵¹ Como breve acotación, y sin perjuicio de que esto tenga más relación al diseño normativo (tratado en el apartado quinto de este trabajo), podemos notar desde ya cómo estas nociones son similares a las ideas fundantes del denominado derecho penal tradicional, tanto en la propuesta ilustrada como la escuela clásica, a través de autores como Beccaria o Bentham. Abordar la inevitabilidad del conflicto culminó en lo que son verdaderos pilares fundantes de la doctrina penal, como lo es enfatizar la importancia de la prevención del delito o el principio de legalidad. Para mayor ahondamiento, véase:

Francisco Bernate Ochoa, "El sistema penal debe construirse a partir de las finalidades que se le asignen y del modelo de Estado. ¿Cambio de paradigma gracias a la irrupción del funcionalismo?", *Estud. Socio-Juríd vol.7 no.1 Bogotá Jan,*

Desde esa perspectiva, se concluyó que el parecido en cuanto a la presencia y actitud de las partes que conforman la actividad era en realidad algo indeseable, ya que oculta al proceso posibilidades de resolución alternativas y colaborativas⁵².

En definitiva, y como ya se había adelantado, la confrontación es un aspecto inescapable de la lógica jurídica, por lo que a continuación el enfoque será más bien en torno a aspectos comunes que estas actividades tienen, específicamente la figura del tercero imparcial que dirime el conflicto en cada caso (juez o árbitro), y también desde el diseño de las normas. En estos dos aspectos, sobre los que habla el apartado cuarto y quinto, se intentará mostrar problemáticas puntuales que, debido a las similitudes que ambas actividades tienen, las atañen de igual forma, y abordando desde la siguiente interrogante; ¿Cómo podemos hacer que el proceso sea una “buena” competencia?

Usar solo el primero de los elementos de Holst sería demasiado amplio para entablar una comparación con significado, ya que tomando únicamente en consideración que existan partes dispuestas a medir sus fuerzas permitiría comparar a la competencia no solo con el proceso, sino que con un sinnúmero de actividades que supongan conflicto.

Después de todo, medir fuerzas es un evento que tiene lugar cada día en múltiples lugares fuera del ámbito deportivo, en parques y patios donde la gente compite sin nada en juego. La “medida” que encuentren no es exacta ni objetiva, y tampoco suele ser lo que la gente busca en actividades lúdicas y recreativas. Esto cambia al aproximarnos al mundo deportivo donde cada punto y cada gol cuenta y es registrado, según protocolos cada vez más rigurosos, que permiten hoy en día comparar hazañas deportivas por todo el mundo⁵³.

El segundo elemento de la competencia, sobre el que trata este apartado, está enfocado a dotar a la competencia de significado en cuanto a que las fuerzas que se enfrenten supongan realmente un enfrentamiento, que no exista una desproporción de fuerzas tal

(2005), disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792005000100005 (consultado el 01-05-2024).

⁵² Ibidem

⁵³ Jonas Holst, Op. Cit (2019).

que impida hablar de una competencia. Holst lo resume en la frase “sólo entre iguales se puede competir: nadie puede medir sus fuerzas con los dioses⁵⁴.”

El sentido de esto es que tanto las formas de medirse, como las fuerzas en juego sean conmensurables. Es por esto que los deportes realizan un emparejamiento de los participantes bajo criterios como la experiencia y conocimiento del juego, o por sus condiciones físicas, creando categorías de rango etario, o categorías de acuerdo al peso de los participantes. En deportes como el boxeo existen reglas muy estrictas en esta materia, debido a la importancia que supone una diferencia en los participantes en estos aspectos. Es común que los luchadores se sometan a rutinas extremas de dieta y deshidratación días antes de que se les pese para una pelea importante, para perder peso en forma de líquidos y llegando al punto de incluso desmayarse con tal de no perder el peso a costa de su masa muscular.

Si los competidores no pudieran modificar sus fuerzas, la competición se convertiría en una prueba puramente mecánica, e incluso las fuerzas llegarían, inevitablemente, a desbordarse y ser desmedidas, lo cual haría prácticamente imposible medirse en lo deportivo⁵⁵. Sin embargo, a pesar de que Holst acierta en esto, y es verdadero que debe existir un marco de proporcionalidad en las fuerzas enfrentadas, no entrega criterios específicos para discernirlo claramente. Por ejemplo, parece lógico aplicar criterios como los del boxeo, pero si pusiéramos a un boxeador amateur (que cumpla con los requisitos para participar) a luchar contra un campeón del mundo, evidentemente las fuerzas se volverían desproporcionadas. En otras palabras, ciertos requisitos como la habilidad de los competidores o la experiencia de los mismos se hacen muy difíciles de medir, y por lo tanto de aplicar como criterio para discernir.

Es cierto que hay criterios básicos y fáciles de interiorizar en la actividad, como lo es por ejemplo la edad de los participantes. Poner a un niño de 7 años a jugar contra Kylian Mbappé sería a todas luces desmedido, pero al considerar que este último fue campeón

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem.

del mundo a los 19 años, siendo titular y figura de su equipo invita a cuestionarse hasta qué punto el mismo criterio, la edad, es un impedimento.

La gimnasta Nadia Comăneci obtuvo su famosa calificación perfecta cuando tenía solo 17 años, y es que en un deporte como la gimnasia olímpica donde la flexibilidad es un factor clave, ser más joven puede ser (y a menudo lo es) una ventaja. Dependiendo de cada prueba, hay algunos factores que se vuelven más o menos determinantes, siendo esto algo muy variable y situacional, por lo que aplicar un solo criterio generalizador para evitar que las fuerzas se vuelvan desmedidas es imposible.

Esto no quiere decir que no se puedan aplicar distinguiendo en casos concretos, ya que el caso del niño de 7 años contra un campeón del mundo sigue siendo evidentemente desproporcionado. El punto es que estos aspectos de la competencia, en cuanto a su regulación, son relativos y cambiables, y es por ello que Holst no puede, aunque hubiese querido, entregar criterios más taxativos o rígidos que abarcasen la totalidad de las competencias.

Sin embargo, esto no es todo lo que se puede extraer del segundo criterio. La necesidad de evitar que las fuerzas se vuelvan desmedidas es cierta, y persiste a los reparos que acabamos de realizar. Esto sigue implicando regular el comportamiento de los jugadores para que actúen acorde a las normas de la actividad, y que una vez se hayan definido los criterios básicos y situacionales a los que hacíamos mención, se aplique un criterio uniforme a todos los participantes, evitando ventajas injustas que rompan con el espíritu del juego. El principal encargado de realizar esto en cualquier juego, es la figura del árbitro, y sintetiza, a través de su labor, todos los esfuerzos requeridos para evitar la desproporción de las fuerzas.

En suma, si bien es cierto que regular aspectos de las fuerzas medidas en los participantes es importante, no reviste mayor interés analítico a nivel general, ya que son sumamente cambiables dependiendo de la actividad que se esté realizando como para hablar de ellos de manera generalizadora. En cambio, el aspecto que sí puede regularse siempre, desde la perspectiva del juego y no de los participantes, es que el encargado de aplicar el

reglamento y discernir controversias en el juego sea imparcial. Al final, lo que se regula es al árbitro.

4.1 La figura del árbitro y del Juez

Independientemente de la disciplina que se piense, una competencia requiere de la figura de un tercero imparcial para que actúe como garantía en el enfrentamiento, y principalmente para evitar trampas de alguna de las partes.

Incluso en los juegos de azar como el póker existe la figura del croupier. Tal vez uno de los casos más especiales es lo que presentan los *esports*, o videojuegos en su faceta competitiva, ya que es el único caso en el que el juego mismo es el que regula las conductas de los jugadores. El propio sistema de realidad virtual del videojuego es el que toma las “decisiones”, que no son más que un conjunto de secuencias previamente programadas: No existe una aplicación de reglas, sino que más bien leyes⁵⁶ creadas por el propio sistema y que, por el hecho de estar programadas por un ordenador, carecen de cualquier problema de imparcialidad.

Sin embargo, aún en estos casos existe la necesidad de un tercer observador y juzgador imparcial. Por ejemplo, en videojuegos competitivos de pelea, pausar el juego o desconectar el control está penado- desde la organización, o del sistema de realidad virtual- con la pérdida de la partida por quien incumpla la esta convención⁵⁷. En otros casos como los videojuegos de equipo, puede surgir la eventualidad de que el sistema falle y se deba pausar, inspeccionar, o reiniciar el juego⁵⁸. En ambos casos, a pesar de que *en* el juego no exista un árbitro, de todas formas, se necesita su figura para inspeccionar la partida *fuera* de él, debido a que las reglas preprogramadas de la realidad virtual no pueden distinguir ni penalizar una pausa ya que no lo detecta como una infracción.

⁵⁶ Chris Deleon, “Games are artificial; videogames are not. Games have rules, videogames does not” (2011), <http://www.hobbygamedev.com/spx/games-are-artificialvideogames-are-not-games-have-rules-videogames-do-not/> (consultado el 27-12-2020).

⁵⁷ Ejemplos de esto en <https://www.youtube.com/watch?v=kT0xHN65ExA>

⁵⁸ Ejemplo en <https://www.youtube.com/watch?v=fxvkrig0DM8>

La figura de un juzgador es imprescindible para dotar de sentido la competencia, tanto para los participantes como para los espectadores. Ya sea que su labor consista en administrar las reglas del juego, o porque su simple observancia avale que el resultado obtenido fue justo, o ambas labores conjuntamente, su presencia es una garantía de regularidad en los resultados obtenidos, y que permite un desenvolvimiento dinámico de la actividad, exonerando a los participantes de tener que decidir entre ellos las controversias en casos difíciles. Es por esto que hasta en ligas de aficionados, donde se compite a un nivel muy amateur, se incluye su presencia, y nos permite diferenciar un encuentro verdaderamente competitivo de una simple “pichanga”.

Lo mismo ocurre en el derecho. Si bien algunos aspectos de las partes en conflicto son regulables de acuerdo a ciertos criterios, como los procedimientos especiales para los menores de edad, o el caso del derecho del trabajo en el que se regula la inherente asimetría de las partes, lo cierto es que en la mayoría de los conflictos jurídicos no se pueden establecer requisitos para las partes en conflicto de una manera parecida a lo que hace el boxeo. Lo que se regula entonces, es la igualdad de condiciones en las mismas, como demuestra el artículo primero de nuestra constitución, o el numeral segundo de su artículo diecinueve.

Queremos alejar estos planteamientos de debates como el de la contraposición de los modelos adversariales e inquisitivos. Si bien centraremos el análisis comparando constantemente la figura del juez con la del árbitro, esto no quiere decir que a través de esta abogemos por uno u otro de los modelos descritos, sino que simplemente nos enfocaremos en la imparcialidad de esta figura, algo paralelo a estas discusiones y básico para entender el correcto funcionamiento de su figura de autoridad.

Además, como expone Taruffo, la confrontación de los modelos adversarial e inquisitivo ha sido relativizada por la experiencia, ya en la realidad no existen sistemas de enjuiciamiento civil que entreguen toda la conducción del proceso a las partes o, por el contrario, al juez⁵⁹. Repetimos entonces que queremos alejarnos lo más posible de este

⁵⁹ Michelle Taruffo, “Investigación judicial y producción de prueba de las partes”. *Rev. derecho (Valdivia)* v.15 N.2 (2003) https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200010 (consultado el 27-12-2020).

tipo de discusiones porque, además de carecer de utilidad para nosotros, han sido relativizadas hasta cierto punto por parte de la doctrina. Lo que en realidad queremos hacer es centrarnos exclusivamente en exponer la figura del juez imparcial.

La imparcialidad de los jueces es una garantía básica de cualquier sistema procesal. Romero la explica diciendo que “el objetivo de esta es que el juez no pierda su calidad de tercero imparcial, evitando que concurra a resolver el asunto favoreciendo a alguna de las partes, por tener sobre estas algún tipo de preferencia”⁶⁰. El mismo autor nos indica pocas líneas más adelante que desde la escuela de Bolonia, el juicio se ha concebido como un acto de tres personas, donde el juez es un participante más⁶¹.

El proceso y el deporte comparten entonces el desafío de garantizar que el juicio de la autoridad que decide el conflicto sea imparcial en cuanto a la aplicación de las reglas. Ramírez Ludeña aborda esta problemática, extrayendo conclusiones interesantes en cuanto a las diferencias que se presentan en uno y otro caso, vinculándolas fuertemente a la formación recibida en cada caso.

Una primera gran diferencia que se manifiesta entre ambos, es la influencia que tienen determinadas preconcepciones filosóficas y morales en las decisiones que estos toman. Los jueces asumen una posición, de manera más o menos consciente, de manera más o menos articulada, acerca de qué es el derecho. Y no pueden no hacerlo. Es decir, al resolver están presuponiendo que se da una determinada conexión (o no) entre el derecho y la moral, están dando relevancia a determinados instrumentos interpretativos (y no a otros. Determinadas soluciones jurídicas son vistas como correctas por unas teorías del derecho, pero como incorrectas por otras⁶².

Por tanto, parece intuitivo sostener que los jueces deben recibir una buena formación en teoría del derecho. ¿Cuál es el mejor modo de formar a los jueces en este aspecto? La

⁶⁰ Alejandro Romero, *Curso de Derecho Procesal Civil* (Ed. Jurídica de Chile 2009), p 73.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Lorena Ramírez Ludeña, *Op cit* (2016).

primera respuesta intuitiva es simple: hay que formarlos tomando en cuenta “la mejor teoría” del derecho⁶³.

Lo que la autora expone al respecto es que, tomando en cuenta lo que ocurre en España (donde arguye que la formación tiene claros tintes formalistas), esta teoría resulta incorrecta debido a que no da cuenta de aspectos prominentes de la práctica jurídica y, aún más importante, dado que las teorías generales del derecho parten de asunciones metodológicas distintas, son difícilmente comparables, y en consecuencia difícilmente se podría elegir a una de ellas como “la mejor” y, aunque la hubiese, la cuestión relevante es lo que debiese hacer el estado en relación a la formación de los jueces en esta situación⁶⁴.

Esto no ocurre en la labor del árbitro deportivo. En su caso, el reglamento es considerablemente más breve y sencillo, si lo contrastamos con las normas que debe conocer el juez. Por ello, es comparativamente mucho más fácil que adquieran el dominio de la técnica para el desarrollo de su labor, que interioricen la lógica de la normativa de un modo intuitivo, siendo desde el comienzo conscientes de los problemas que enfrentarán al aplicar la normativa. Existe un marco cerrado y estable de reglas limitadas, en que los problemas de vaguedad son también limitados y, además, en aquellos casos en que la normativa resulta problemática, se la suele complementar con nuevas reglas⁶⁵.

Volviendo al caso de los jueces de derecho agregando los planteamientos de Ramírez Ludeña, el esfuerzo memorístico que supone la formación de estos provoca que una vez que se supera la etapa de formación, no existan posteriores oportunidades adicionales para superar.

Muy relacionado con esto, es necesario agregar también la problemática conocida como el *gobierno judicial*, la que debe entenderse como la inexistencia de lo que suele conocerse como “Poder Judicial”, aduciendo que este no es un “verdadero” poder, entendido en un plano igualitario en relación a los demás poderes del Estado⁶⁶.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Alvaro Flores Monardes, “Gobierno judicial: el caso chileno de la reforma olvidada”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 6 (2005)

Quienes denuncian esta problemática en nuestro país, señalan que esto se debe a que la organización de nuestro poder judicial es heredera de una tradición histórica napoleónica, piramidal, jerárquico o tecno-burocrático de organización de la magistratura, siendo el problema concreto la asombrosa continuidad casi sin modificaciones que ha tenido⁶⁷.

El gobierno judicial niega la existencia del Poder Judicial en cuanto corporación que ejerza algún tipo de poder estatal distinto al que los jueces individualmente considerados ejercen (cual es el verdadero poder, sostiene) y a diferencia de la corporación parlamentaria, que sólo ejecuta su misión institucional en la conformación de la voluntad corporativa, no es el poder judicial el que decide un caso o dicta una resolución, sino que el juez respectivo. El poder judicial no actúa, sino que aparece a través del juez individual. Como un poder del estado que actúa en tanto tal, el poder judicial no existe⁶⁸.

La instauración en el debate académico -necesaria antesala del debate público- de la reforma a la estructura del gobierno judicial en base a un modelo organizacional autónomo, más allá de las formas que deba adoptar y que necesariamente habrán de aflorar de dicho debate, es una tarea indispensable y aparecen como un imperativo de cara a las necesarias transformaciones que impone la concreción del Estado Democrático de Derecho⁶⁹. Sin embargo, la ausencia de presencia de este tópico en el ámbito académico no es la única dificultad que se debe sortear.

La existencia de este tipo de trabas sistémicas organizacionales está fuertemente vinculada a los problemas formativos que existen en los jueces. El aislamiento de la entidad judicial como tal se explica en gran parte por la politización⁷⁰ que ha tenido su labor, por lo que plantear una reforma significativa en este aspecto, o si quiera el debate sobre el mismo se dificulta significativamente.

<http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%206/GOBIERNO%20JUDICIAL.%20EL%20CASO%20CHILENO%20LA%20REFORMA%20OLVIDADA.pdf> (consultado el 27 - 12 - 2020).

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ A modo de ejemplo, podemos rescatar una famosa cuña de quien es a la fecha el ministro de justicia de nuestro país, que señaló que "la mayoría de los jueces son de izquierda". Estos dichos se encuentran disponibles en <https://www.latercera.com/politica/noticia/ministro-justicia-dice-la-mayoria-los-jueces-izquierda/126646/>

La asunción de la falsa disyuntiva “o jueces politizados/o mera memorización” ha conducido a que se asuma que los jueces son meros aplicadores sin incidencia⁷¹, mientras que el gobierno judicial permanece como tópico esencial en el contexto mayor de las reformas a las instituciones estatales, de acuerdo con las exigencias del Estado Democrático de Derecho⁷².

En suma, los árbitros ven su labor morigerada de la carga de tener que relacionar las reglas con teorías morales, ya que, más allá de que lo hicieran o no, la adopción de una u otra teoría no resulta tan relevante, por lo que, en ese sentido, la formación con enfoque práctico que estos reciben es mucho más adecuada de la que reciben los jueces en el derecho⁷³, donde ya acabamos de mencionar las múltiples fallas que se producen al respecto, y adicionando también algunas dificultades organizacionales que existen en este respecto también.

Ahora procederemos a tratar exclusivamente una otra problemática que, nuevamente, atañe a los jueces de derecho, pero que por sus peculiaridades puede afectar también a los juzgadores de los juegos, y en realidad de cualquiera otra actividad, por la inadvertencia de esta por parte de su portador.

4.2 Los sesgos implícitos

A pesar de lo relevantes que son las ideas que acabamos de señalar, estas no comprenden del todo el espectro de desafíos que jueces y árbitros tienen en común, ni tampoco la complejidad de los mismos. A pesar de que es cierto que estos últimos no tienen la carga adicional que mencionamos, su labor está lejos de quedar libre de escrúpulos en cuanto a parcialidad se trata.

⁷¹ Lorena Ramírez Ludeña, Op cit (2016).

⁷² Alvaro Flores Monardes, Op cit (2005).

⁷³ Lorena Ramírez Ludeña, Op cit (2016).

Para finalizar esta sección, y siguiendo los lineamientos de este trabajo, introduciremos un problema que afecta no sólo a jueces y árbitros, sino que a cualquier persona que se enfrente a un proceso de toma de decisiones: los sesgos implícitos.

El tratamiento favorable o discriminatorio hacia determinados sujetos, por razones ajenas al marco normativo, desde luego supone un problema ante la figura de una autoridad supuestamente imparcial. A pesar de esto, el uso categorizaciones sociales (clasificación de personas en grupos en base a determinadas características) ha sido algo asumido como indispensable en el funcionamiento del derecho que, si bien no está exento de dificultades, la discriminación que puede surgir de ella ha dado lugar a la introducción de dispositivos encargados de reducirlas⁷⁴.

La problemática que aquí queremos exponer supone un tipo de discriminación distinta, cuyos efectos no pueden ser combatidos por los instrumentos mencionados, ya que estos solo son efectivos contra las formas explícitas de discriminación. Los *sesgos implícitos* son aquellos que pasan de manera inadvertida a sus portadores, y que inciden sobre el modo en que clasifican y reaccionan a las demás personas. Existen múltiples estudios que confirman la habitualidad con que las personas atribuyen, sin advertirlo, determinados rasgos a los miembros de ciertos grupos, y que asuman determinadas actitudes frente a estos. Lo más grave es que, si bien estos sesgos suelen reproducir formas de categorización, el hecho de que estos determinen resultados institucionales puede profundizar, o incluso zanjar, la diferenciación social discriminatoria⁷⁵.

En consecuencia, y como ya advertimos, esta es una problemática que no solo atañe al mundo jurídico, sino que a cualquier proceso de toma de decisiones, incluyendo los de los árbitros en las competencias, por lo que desde luego debiera suscitar con fuerza el interés del mundo académico.

En este sentido, se produce una intersección interesante entre el derecho y el derecho deportivo. Actualmente, la mayoría de los deportes, principalmente los de mayor

⁷⁴ Federico José Arena, "Acerca de la relevancia de las investigaciones sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial", *CIJS Universidad Blas Pascal*, (2018): 2.

⁷⁵ *Ibidem*.

audiencia, han iniciado gigantescas campañas de marketing y concientización sobre tratos discriminatorios en sus disciplinas como el racismo o el sexismo. Un claro ejemplo en este respecto ha sido la FIFA (Federación Internacional de Fútbol Asociado), principal entidad reguladora del fútbol, la cual ha llevado a cabo constantes y masivas campañas contra el racismo⁷⁶.

Precisamente por esto, han generado gran revuelo y expectación la noticia de que un árbitro fue acusado de propinar insultos racistas a un jugador en pleno partido de la copa Champions League⁷⁷, o el saludo del jugador Edinson Cavani a otro futbolista llamándolo “mi negrito” de forma amigable, y que se encuentra actualmente bajo investigación con riesgo de ser sancionado con una multa por insultos racistas⁷⁸.

Estas dos noticias han generado reacciones diversas; mientras la primera se ha considerado una afrenta muy grave del colegiado, la segunda se ha entendido como una exageración, como bien da cuenta el tenor de las noticias citadas. El contexto de concientización contra las discriminaciones previamente descrito, y el contraste que se ha producido frente a las dos situaciones descritas, denota la necesidad de un criterio esclarecedor, que permita diferenciar tratos discriminatorios de otros que no lo son.

A los árbitros en el deporte se les suele cuestionar su labor (especialmente cuando es deficiente) por las –muchas veces falsas- predilecciones que estos puedan tener por un determinado equipo⁷⁹. La manera más obvia en que esto se evita es a través de su designación. Por ejemplo, un árbitro boliviano no arbitrará cuando juegue su país contra

⁷⁶ El slogan “say no to racism” es a estas alturas una insignia de la organización, como se puede apreciar en su propia página web: <https://www.fifa.com/confederationscup/videos/fifa-say-no-to-racism-my-game-is-fair-play-2895097>

⁷⁷ Noticia y video disponibles en <https://www.infobae.com/america/deportes/2020/12/10/el-arbitro-acusado-de-racista-que-provoco-un-escandalo-en-la-champions-league-podria-ser-sancionado-de-por-vida/>

⁷⁸Noticia disponible en <https://elpais.com/deportes/2020-12-23/gracias-negrito-la-academia-argentina-de-letras-sale-en-defensa-del-uruguayo-cavani-acusado-de-racismo-en-ingles.html>

⁷⁹ Es común que a los árbitros se les asocien predilecciones sobre ciertos equipos: por ejemplo, al árbitro Eduardo Gamboa se le asocia con beneficiar al equipo Colo – Colo, mientras que a Enrique Osses lo mismo pero con el club Universidad de Chile. Esto, desde luego, no deviene de acusaciones directas a los órganos reguladores del fútbol profesional, sino que más bien rumores extendidos entre los propios espectadores del deporte. Como mero ejemplo, en los siguientes enlaces aparecen algunas noticias que permiten ilustrar este punto, pero aclaramos que esto no se intenta presentar como realidad asentada e incuestionable: <https://www.laroiadeportes.cl/hinchas-de-la-u-en-picada-contru-eduardo-gamboa/> y <https://www.theclinic.cl/2016/09/27/la-foto-de-osses-que-levanta-sospechas-sobre-su-corazon-azul/>

otro, ya que, si lo hiciera, podría objetarse su labor a posteriori, a pesar de que esta pudo haber sido correcta. Este tipo de designaciones son preventivas, y refuerzan la figura del juez como aval del resultado obtenido, evitando así futuros cuestionamientos que bien podrían ser infundados.

Sin embargo, cuando los casos se vuelven más difusos y difíciles de prevenir, es que aparece la ya mencionada necesidad de criterios fijos, que permitan distinguir claramente a las actitudes discriminatorias. Esto importa para la competencia no solo por el mensaje que se intenta transmitir a través de la intolerancia de las discriminaciones –como es el caso de las campañas de marketing- sino que, además, efectivamente pueden traducirse en un impedimento para la función de imparcialidad en los jueces. En el caso de los sesgos implícitos, por ser estos desapercibidos para su portador, bien podrían afectar la toma de decisiones en el caso de las competencias deportivas, y en realidad, de cualquiera otro ámbito en que se deba discernir, como ya bien hemos mencionado.

La nomenclatura en esta materia es importante, ya que es precisamente a través de la identificación correcta que se pueden combatir a los sesgos implícitos. No deben confundirse con otros conceptos que puedan parecer similares, ya que para ellos existen otros tipos de mecanismos para combatirlos.

Por ejemplo, los estereotipos asocian a una categoría de personas, por el solo hecho de pertenecer a esa categoría, determinados rasgos o roles, y estos pueden ser positivos o negativos. Un prejuicio, en cambio, implica una valoración o actitud respecto de los miembros de cierto grupo que puede estar o no asociada a un estereotipo. Es decir, la actitud positiva o negativa frente a los miembros de un grupo puede depender de considerar que tales personas, en cuanto pertenecen al grupo, poseen una cierta propiedad o estar basada directamente en la pertenencia al grupo⁸⁰.

Los sesgos implícitos por su parte, se manifiestan como acciones no intencionales. En sí mismos, los sesgos no son más que estrategias o recursos que un determinado sujeto aplica (de manera inconsciente) cuando procesa información. Existen distintos tipos, como el sesgo de disponibilidad (cuando los sujetos suelen considerar como más probable

⁸⁰ Federico José Arena, Op. Cit (2018): 5.

el acaecimiento de un evento cuando les resulta familiar), sesgos del anclaje (cuando los sujetos suelen estimar una magnitud a partir de un valor inicial, por lo que, a diferente valor inicial, diferente estimación, de forma similar a lo que sucede con los precios de los autos⁸¹), y los sesgos de la confirmación (cuando los sujetos suelen filtrar información de manera tal que solo impacta en su conocimiento aquella que confirma su posición inicial)⁸².

Entrar al detalle de cada uno de ellos no es lo relevante aquí, y sobre los mecanismos de control que se han creado (o debieran crearse) para combatir su existencia y proliferación me remitiré en el apartado siguiente, aunque hay que clarificar desde ya que se vincula fuertemente con la regulación de la figura del juez. Lo que busco es exponer las principales características de los sesgos implícitos, para así poder reconocerlos y distinguirlos de otros conceptos similares, y para poder comprender cómo es que estos afectan, o pueden afectar, la labor de una autoridad cuya decisión es responsable de dirimir un conflicto, independiente de su naturaleza.

El desarrollo de la identificación y prevención de los mismos es, por tanto, relevante en las dos áreas. Resultaba pertinente exponerlo aquí entonces, debido a la relación directa que existe entre esta problemática y la designación y regulación de la figura del juez o árbitro.

El segundo elemento de Holst indica que las fuerzas medidas deben ser proporcionadas, de forma tal que permitan hablar verdaderamente de un enfrentamiento donde se haga valer la fuerza y estrategias de los participantes, y no de una práctica puramente mecánica. Donde el autor hacía énfasis en regular a las partes, aquí más bien señalamos que se debe regular la figura del juez o árbitro, ya que es mucho más loggable y pre-concebible, y dónde derecho y competencia pueden aprender mucho uno del otro, sobre todo porque en ambos casos esto se debe regular desde el diseño de las normas. Ahora nos remitiremos precisamente a este punto, algunos aspectos del diseño de las normas que resultan

⁸¹Ibidem.

Algunos jueces recibieron, entre el material probatorio, el testimonio de la víctima donde contaba que había visto en televisión que a una mujer le habían concedido una indemnización de 41.5300 dólares por un hecho similar. Los jueces que recibieron ese testimonio concedieron una indemnización promedio de 50.000 dólares, mientras que la indemnización promedio concedida por quienes no lo recibieron fue, en cambio, solo de 6.000 dólares.

⁸² Federico José Arena, Op. Cit (2018): 7-8.

pertinentes tanto para la competencia como para el deporte, con especial énfasis en los mecanismos de impugnación, y el rol que juega el concepto de error en ellos.

5. El diseño de las normas y la importancia de los mecanismos de impugnación

Hasta aquí, hemos hablado de elementos en común entre proceso y competencia. En primer lugar, dichas similitudes no siempre son deseables, y que el hábito confrontacional que irradia la competencia, no debiese ser buscado siempre en el proceso, ya que en este último las soluciones colaborativas sí son una opción a considerar. En consecuencia, hicimos mención directa a la actitud de las partes, y como estas se deberían regular de acuerdo al primer elemento de Holst.

En el apartado anterior, mencionamos que la regulación de las partes cuando la confrontación es infranqueable es tanto relativa al caso concreto como difícil de realizar. Es por ello que, en relación al segundo elemento, nos referimos casi exclusivamente a la figura del juez y árbitro, señalando que su figura, al ser una certidumbre en todos los casos, es mucho más fácil de regular de manera preconcebida, y nos referimos a las implicancias que tienen los parecidos en ambos casos, y especialmente al desafío que representan los sesgos implícitos.

Ahora nos remitiremos al tercer elemento de Holst, abordando desde una perspectiva distinta y que permea la totalidad de las actividades que aquí comparamos: ese es el diseño de las normas y la importancia de los mecanismos de impugnación.

Para empezar el paralelo, explicaremos antes que nada el tercer y último elemento agónico que completa la noción de competencia y enfrentamiento de fuerzas que plantea Holst, que es el rol que cumplen las reglas dentro de una competencia. El objetivo estructural del deporte es el medir, comparar, y clasificar jerárquicamente a los competidores de acuerdo a su rendimiento. Los sistemas de reglas del deporte se basan en normas más generales que describen cómo este objetivo puede ser alcanzado de manera fiable y válida⁸³.

⁸³ Jonas Holst, Op. Cit (2019).

Las reglas encauzan las fuerzas emitidas y posibilitan movimientos más específicos, definiéndolos y dotándolos de sentido para agentes humanos que se orientan según medios y fines dentro de ciertas prácticas. Las reglas ayudan a que las fuerzas emitidas sean medidas, y no desmedidas, y conforman junto con la dinámica de medir fuerzas y el poder de cada deportista de medir sus propias fuerzas las tres perspectivas complementarias para reinterpretar la competición deportiva⁸⁴.

En este ámbito, se manifiesta la dificultad de ponderar dos intereses que aparecen como antagónicos, pero igualmente necesarios; por un lado, se debe buscar que las reglas encaucen la competencia de acuerdo con la dinámica de la misma y, por otro, que las fuerzas no se desbanden de forma desmedida, para que no carezcan de sentido dentro de la propia competencia⁸⁵. Por lo tanto, podemos decir que esto se relaciona tanto con un buen diseño de las reglas, como con su buena aplicación.

Sobre esto último ya hicimos mención, al hablar de la labor del árbitro tanto en este como otros aspectos fundamentales de la competencia, mas no nos referimos mayormente a como estos llevan a cabo la interpretación en un contexto en el que el dinamismo adquiere un rol protagónico, como es el caso de las competencias deportivas.

El fenómeno de que, en ocasiones, las reglas se puedan, o incluso deban interpretarse de forma distinta a lo estrictamente delimitado por el reglamento en las competencias, ha sido desarrollado por Berman, bajo el concepto de varianza temporal (*temporal variance* en inglés)⁸⁶. El autor reconoce que es un fenómeno muy complicado, y tentativamente entrega dos posibles soluciones: La primera de ellas, es que no se impongan sanciones cuando, por razones contextuales, esta sería sobre compensadora, y la segunda, ignorar en ocasiones la superficie de las normas para favorecer el estándar que existe bajo ellas, y que las justifica⁸⁷.

Podríamos decir que, en realidad, la dificultad de las decisiones arbitrales en los contextos de competencias deportivas recae en la necesidad de entregar una respuesta casi

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Mitchell N. Berman, Op Cit (2011).

⁸⁷ Ibidem.

inmediata a las controversias que surjan, aun cuando estos casos sean de altísima dificultad. En el fútbol, por ejemplo, se ha cuestionado bastante la incorporación de un sistema de asistencia por video a los árbitros (en adelante VAR, por sus siglas en inglés), ya que, para algunos, la demora de tan solo algunos minutos que este provoca entorpece enormemente el dinamismo que es tan propio del juego⁸⁸. Es precisamente por esto que los árbitros centran gran parte de su formación estudiando casos problemáticos, para poder atenderlos de acuerdo con las normas del juego y a su propia labor⁸⁹.

Abordemos ahora lo que ocurre en el caso del derecho. Por supuesto que la necesidad de aplicación de las normas y su consecuente decisión dentro en un tiempo razonable es una cuestión elemental y básica dentro de la lógica del proceso, que ha desembocado en famosos aforismos como el del *periculum in mora*. La colisión entre estos dos intereses ha sido objeto de análisis profundo en la dogmática procesal, y es (entre otras cosas) la base de instituciones como las medidas cautelares.

No obstante, existe un aspecto que deviene de este y que no ha sido discutido como corresponde en la literatura procesal, y es el papel que desempeñan los mecanismos de impugnación, y la base de los mismos. Como señala de manera muy lúcida Carbonell en otro de sus trabajos, “Los mecanismos de impugnación son medios para cuestionar la corrección de una resolución judicial, alegando la existencia de errores o abusos en su dictación, con el objetivo de lograr que se subsane el error, se purgue el vicio, se corrija la falta o abuso grave o se anule o revoque la decisión injusta”⁹⁰.

La problemática que deriva de la decisión final versus la decisión correcta es algo que inevitablemente debe ser abordado desde el diseño de las normas, entendiendo que, ante la certeza y necesidad del pronunciamiento del fallo, siempre existirá la posibilidad de que el juez se equivoque, ya sea por antecedentes que ignora o por cualquier otro motivo. Esta certidumbre estadística de saber que los jueces yerran tarde o temprano, ha producido

⁸⁸ Como ilustración de esto tenemos al ex arquero profesional, Luis Marín, declarando que el VAR “mató al fútbol”: https://www.youtube.com/watch?v=U2QR_TXnKJA

⁸⁹ Lorena Ramírez Ludeña, Op cit (2016).

⁹⁰ Flavia Carbonell, Jonatan Valenzuela, “La prueba de la inocencia y las defensas probatorias: el caso de la revisión”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48 No 1 (2021): 64, <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v48n1/0718-3437-rchilder-48-01-55.pdf> (consultado el 01-05-2024).

debates centenarios sobre cómo abordar la condena de un inocente, o la absolución de un culpable, y que se pueden resumir o ejemplificar de manera concisa con el arribo de la fórmula de Blackstone⁹¹.

El debate entre finalidad e infalibilidad en la literatura jurídica ha sido tratado por importantes teóricos del derecho entre los que destacan Hart, Aarnio y Bulygin⁹². Al estar todos ellos por distinguir conceptualmente entre decisión final y decisión correcta, y en consecuencia de que no se les atribuya la propiedad de infalibles a los jueces que se pronuncian sobre las decisiones finales, surgen ramificaciones importantes en el asunto, como la aparente definitividad de las decisiones judiciales, pero de momento lo importante es centrarse en cómo enfrentar el asunto de la falibilidad de estas mismas decisiones.

En palabras de Carbonell, o bien el sistema tolera que la decisión final pueda ser incorrecta o errónea, “internalizando” el costo del error a la vez que privilegiando otros valores, bienes o intereses; bien el sistema necesita que opere la ficción de considerar la decisión última como una o la correcta. En cualquiera de los casos, desde el punto de vista del sistema procesal el error judicial es relevante hasta que la decisión se vuelve irrevocable y el error insubsanable⁹³.

Por lo tanto, una alternativa sería aceptar la ficción de que los jueces no pueden equivocarse, ya que se estaría definiendo como “decisión correcta” a aquella que es tomada en última instancia: los jueces no pueden equivocarse, ya que son ellos los encargados de tomar la decisión final. Este es un caso concreto y muy claro de cómo una determinada concepción de una u otra teoría de justicia, influye en lo que se considere como correcto o incorrecto.

De acuerdo con la premisa anterior, la teoría de la justicia que mejor encaja con ello es la posición que defiende el realismo radical, la cual indica que el derecho es lo que decidan los jueces, y que no es posible sostener que se equivocan al interpretar las disposiciones

⁹¹ Daniela Accatino, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, (2011): 483 - 511

⁹² Flavia Carbonell, Op. Cit (2020): 5-6.

⁹³ Ibidem.

jurídicas y tomar decisiones⁹⁴. Guastini, uno de los grandes referentes de esta posición, ha sostenido que los jueces crean el derecho en lugar de interpretarlo si eligen interpretaciones que se hallan fuera del marco de interpretaciones admisibles en la comunidad. Entonces, el derecho vendría siendo lo que los jueces dicen que es, pero hay límites a lo que pueden hacer en tanto intérpretes. Esta es una forma sofisticada de realismo⁹⁵.

Por otro lado, si tomamos ahora la otra alternativa que plantea Carbonell, vemos que se aleja de estas ficciones y prefiere encarar el problema de forma más directa, internalizando dentro del sistema la posibilidad y los costos del error, privilegiando determinados valores por sobre otros dentro de la lógica del propio sistema. Relacionando esto con la teoría del derecho opuesta al realismo, encontramos al formalismo, sea este radical o sofisticado. Según este, el derecho es una práctica interpretativa en que los participantes invocan argumentos normativos: los diferentes valores subyacentes a la práctica jurídica son invocados de manera más o menos explícita por sus participantes, y el balance entre ellos determina la respuesta que el derecho prevé para el caso⁹⁶.

El derecho siempre prevé respuestas a las situaciones que en él se suscitan, y es tarea de quienes participan en las labores jurídicas hallarlas. En ese sentido, y en contraposición al realismo, los errores se cometen por no encontrar las soluciones previstas en el derecho, o por errar en las opciones que este presenta.

Uno de los aspectos debatidos del formalismo es el forado que dejan aquellos casos denominados “difíciles”, en los que o bien la respuesta que se supone yace en las normas no es lo suficientemente clara, o se presentan contradicciones entre algunas de ellas. Para Dworkin (defensor de esta posición), no existen mayores inconvenientes en este respecto, y simplemente se remite a la discrecionalidad del juez para que sea él quien resuelva según su propio criterio, pero siempre de acuerdo a las normas preestablecidas; “Aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho

⁹⁴ Lorena Ramírez Ludeña, Op cit (2016).

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem.

a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos”⁹⁷.

De esta discusión se desprende una tercera posición en la teoría general del derecho, defendida por Hart, y que se posiciona en un extraño intermedio entre formalismo y realismo. Ante la encrucijada de los casos difíciles, él no ve a las normas como un absoluto categórico que debe regir excluyentemente las decisiones de los jueces. En sus palabras, “cuando la regla se agota el juez tiene discreción para decidir. Ello no supone, no obstante, que el juez pueda ser arbitrario, dado que no tiene plena libertad a la hora de adoptar sus decisiones”⁹⁸.

Como mencionamos en el apartado anterior, las concepciones que se tengan sobre una u otra teoría general del derecho terminarán influyendo en lo que se considere como lo correcto. Por ejemplo, entre las teorías de Dworkin y de Hart, una (la hartiana) pondrá el acento en hechos prominentes de la práctica, y la otra (la dworkiniana) en consideraciones normativas. Lo que para un hartiano son argumentos para cambiar o concretar el reglamento, para un dworkiniano se trata de discrepancias con sentido acerca de lo que éste establece, y que precisamente dejan constancia de que su teoría, que sostiene que se trata de una práctica argumentativa, es preferible⁹⁹.

Ramírez ejemplifica esto en un caso concreto, mostrando cómo en una jugada polémica de fútbol un hartiano diría que la falta en cuestión es constitutiva de falta, penal y expulsión, pero un dworkiniano diría que no se debió cobrar nada en absoluto¹⁰⁰. Ella finaliza estas reflexiones señalando que debido a que ambos autores intentan dar cuenta de lo que ocurre en la práctica con presupuestos metodológicos diversos, por lo que la disputa entre

⁹⁷ Ronald Dworkin, “*Los derechos en serio*”. Editorial Ariel S.A, Barcelona (1977): 146.

⁹⁸ Lorena Ramírez Ludeña, Op cit (2016).

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ El caso concreto que ella plantea es una jugada discutible, en la que una jugadora corpulenta carga contra otra de menor envergadura. El hartiano se apegará a la literalidad de la regla que sanciona estas acciones con falta, mientras que el dworkiniano lo verá como algo más propio del juego distinguiendo según los principios y objetivos que en él existen.

ambas concepciones no puede dirimirse con facilidad, e incluso puede cuestionarse que tenga sentido entender que una teoría es mejor que la otra¹⁰¹.

Tanto en el derecho como en el deporte, las disposiciones normativas se someterán a la interpretación de las autoridades dirimientes, las cuales someterán a estas a un proceso de subsunción (consciente o no), de una determinada teoría o presupuestos filosóficos, como se expuso en el apartado anterior, donde expusimos que en lo que respecta a esta labor en específico, la subsunción consciente o no de los preceptos normativos a estas preconcepciones filosóficas es considerablemente más fácil para los árbitros, debido al marco más cerrado y legas limitadas que estos aplican.

En cualquiera de los casos presentados, y desde un punto de vista estrictamente procesal, el error judicial es relevante hasta que la decisión tomada se vuelva irrevocable y, por tanto, el error insubsanable. Incluso si adoptamos la ficción de que los jueces no se equivocan porque ellos crean el derecho con sus decisiones, esto no equivale a sostener la inexistencia de la problemática del error judicial, sino que es más bien un punto de vista del que parte el diseño de normas que enfrenta al mismo.

Ante la ya mencionada certidumbre estadística del error judicial, la opción con la que cuenta el diseño de normas es la creación de un arsenal recursivo, que permita mantener la dinámica de la sustanciación, pero entendiendo siempre que existe la posibilidad de revisar las decisiones que allí se tomen (en un sentido más o menos amplio) en razón de los errores que tarde o temprano se cometerán. Lo que el sistema precisa entonces, es definir de forma clara cuáles son aquellos errores que se entenderán como intolerables y, más importante aún, el porqué de esta intolerancia.

5.1 La decisión judicial correcta

Para empezar, es necesario precisar lo que debemos entender por *error*: podemos definirlo como una 'desviación no intencional de las prácticas esperadas o de las reglas vigentes'. Un error es siempre no intencional y, en ese sentido, un resultado no querido de

¹⁰¹ Ibidem.

una conducta que se traduce en el quebrantamiento de alguna regla. La violación intencionada de una regla no puede considerarse un error¹⁰².

Las razones para impugnar en el ámbito del proceso judicial pueden ser, genéricamente, de al menos tres tipos: errores (como las causales del recurso de casación), abusos (recurso de queja) y derecho a un nuevo pronunciamiento (el recurso de apelación). Carbonell enfatiza entonces la necesidad de distinguir claramente entre los distintos tipos de error, ya que el distinto más común -error de hecho y de derecho - es demasiado grueso como para abarcar la totalidad de estos, por lo que reconoce otras tres diadas que son las de error formal y error sustantivo o de fondo, error contra *ius litigatoris* y error contra *ius constitutionis*, y error *in procedendo* y error *in iudicand*, sobre los cuales no ahondaremos mayormente. Lo importante es enfatizar que resulta necesario un nivel de detalle mayor que permita identificar todos los posibles casos de error que pueden englobarse en estas categorías, lo que se podría hacer (aquí adhiero a lo que postula Carbonell) a partir de la noción de error como defecto en la justificación¹⁰³.

En el caso de las competencias deportivas se manifiestan algunas particularidades que debemos analizar. El inventor de un juego busca un equilibrio entre una delimitación demasiado laxa sin obstáculos y otra demasiado exigente que restrinja y mate el juego¹⁰⁴, lo que se traduce en una dificultad de aplicación de mecanismos de impugnación.

Para resolver disputas jurídico-deportivas, existen diversas entidades en cada deporte, siendo máxima instancia a nivel mundial el Tribunal de Arbitraje Deportivo, encargado de emitir laudos que resuelven disputas por decisiones adoptadas por algún organismo federativo, o por disposiciones de cláusulas arbitrales contenidas en contratos de naturaleza generalmente comercial¹⁰⁵. Sin embargo, este tipo de instancias no se centran

¹⁰² Flavia Carbonell, Op. Cit (2020): 15.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Jonas Holst, Op. Cit (2019).

¹⁰⁵ Juan Valdés, "Motivos de Recurso de los Laudos del Tribunal de Arbitraje Deportivo ante el Tribunal Federal Suizo", *LegalToday*, (2012). <<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/publico/motivos-de-recurso-de-los-laudos-del-tribunal-de-arbitraje-deportivo-ante-el-tribunal-federal-suizo-2012-11-29/>> (Consultado el 27-12-2020).

en la impugnación de decisiones puntuales de los árbitros adoptadas en un partido en específico, sino que más bien, controversias como las que acabamos de señalar.

Si bien estas disputas son importantes, el objeto de esta comparación es la labor arbitral propiamente tal. Los casos en que los cobros se hayan impugnado en instancias como estas son realmente pocos; de ello es que proviene una popular frase de la jerga futbolística que reza *a la FIFA*, aludiendo a la inmutabilidad de los cobros una vez terminado el partido, siendo la revisión *ex post* algo más bien propio del análisis desde la perspectiva del espectador, que una forma plausible para la impugnación.

En realidad, se podría decir que en la mayoría de los deportes no existen instancias que permitan a los participantes denunciar la comisión de errores, más allá de los reclamos que estos puedan presentar, pero que, en estricto rigor, no tienen un verdadero poder de impugnación. A lo sumo, estos podrán ser considerados por el árbitro casi a modo de denuncia, siendo esto algo muy circunstancia. El único ejemplo que se puede pensar, además de la intervención de otros jueces si es que la competencia los contempla, es el uso de la tecnología para rectificar los cobros.

Al ya mencionado mecanismo del VAR en el fútbol, se le pueden agregar ejemplos como el ojo de águila del tenis, que permite determinar si la pelota dio fuera o dentro de la cancha, o el *television match official* en el rugby, que es un árbitro que no se encuentra dentro del terreno de juego, sino que fuera de él, similar al VAR. Sin embargo, el uso de los mismos siempre es en pos de correcciones de errores que se entienden como graves dentro de las lógicas de la competencia.

El uso de estos mecanismos de tecnología importa un discernimiento sobre cuáles errores se están dispuestos a tolerar (o tolerar con mayor frecuencia), y esto a su vez deriva de una correcta teoría del deporte y de los aspectos fundamentales de esta actividad¹⁰⁶. La ausencia de estos discernimientos, o la vaguedad en los mismos es sumamente relevante,

¹⁰⁶ Esto permite plantear preguntas interesantes acerca del uso de la tecnología en el deporte, pero ya no solo desde la perspectiva de los árbitros, sino que incluso de los jugadores. Para mayor abundamiento, véase Sigmund Loland, "Three ideal-typical views and their implications", *European Journal of Sport Science* 2, (2002) https://www.researchgate.net/publication/251804781_Technology_in_sport_Three_ideal-typical_views_and_their_implications (consultado el 27-12-2020).

pues puede traducirse en la ineficacia de los mecanismos incorporados¹⁰⁷. Finalmente, estos mecanismos de impugnación atacan la decisión propiamente tal y, al hacerlo, exponen la lógica que subyace a su raciocinio y justificación.

Los mecanismos de impugnación están estrechamente ligados a la justificación que tenga la sentencia y, por tanto, a la labor que realizan los jueces. En consecuencia, el diseño de los mecanismos de impugnación no es suficiente por sí solo para subsanar la problemática del error, siendo fundamental entonces acompañarlos de un buen modelo para la decisión judicial ya que, al facilitar la identificación del error, favorece también su prevención.

Esto ocurre tanto en el derecho como en las competencias, donde vimos que la aplicación de los mecanismos de impugnación es compleja. En palabras de Carbonell, “Un modelo de decisión judicial correcta tiene por objeto determinar cuáles son los elementos que conforman la decisión y que influyen en el juicio de corrección sobre esa decisión¹⁰⁸”.

Volvamos por un momento a la problemática de los sesgos implícitos. Escabullirse de ella en realidad no es problemático: o bien poseemos criterios jurídicos para identificar decisiones sesgadas, pero en ese caso nos alcanza con los criterios jurídicos y la investigación sobre sesgos es irrelevante; o bien no poseemos criterios jurídicos y por lo tanto la identificación de decisiones sesgadas exige recurrir a criterios extrajurídicos, pero en ese caso se tratará de criterios explícitos que, de nuevo, vuelven irrelevante la cuestión sobre la incidencia de los sesgos implícitos¹⁰⁹.

Como expone Arena, es necesario un criterio normativo externo que permita identificar un resultado sesgado, pero no se trata ya de un criterio relativo a la decisión individual, sino de la exigencia de igualdad entre decisiones.

¹⁰⁷Un ejemplo de esto es la polémica que ocurrió en un partido internacional entre las selecciones de Chile y Uruguay. Al comienzo y al final del partido ocurrieron situaciones similares (impacto del balón en la mano de un jugador, lo que se sanciona con un penal) pero se aplicaron criterios dispares en uno y otro caso. En ambas jugadas el contacto de la mano con el balón es evidente, pero en uno se entendió como falta y en otro como posición recogida de la mano, lo que además de ser cuestionable desde el punto de vista normativo, denota que el criterio para discernir este tipo de casos difíciles es difuso, y choca con la dinámica propia de la actividad. Videos de las jugadas disponibles en <https://www.youtube.com/watch?v=UGWRaZPdeOA> y https://www.youtube.com/watch?v=S11_Q3Ujl40

¹⁰⁸ Flavia Carbonell, Op. Cit (2020): 15.

¹⁰⁹ Federico José Arena, Op. Cit (2018): 20.

Este tipo de criterio permitiría identificar decisiones sesgadas incluso en aquellos casos donde no hay criterios jurídicos para hacerlo. Si bien el criterio de igualdad ya alcanzaría para imponer esta exigencia, el punto de estas investigaciones es que ofrecen una explicación y por lo tanto un diagnóstico y un remedio, para los casos en que los resultados agregados de las decisiones judiciales muestran un resultado desigual entre grupos sociales, en especial, cuando perjudican a grupos vulnerables o que han sido discriminados históricamente. La existencia de decisiones disparatadas en casos similares permite sospechar de la incidencia de un sesgo¹¹⁰.

Entonces, el diseño normativo es el que permite (o no) el establecimiento de este tipo de criterios. Sin embargo, estos por sí solos no son suficientes. El ejemplo del principio de igualdad demuestra que las normas positivas no son suficientes para resolver problemas como los sesgos implícitos, que además de las herramientas procesales como los mecanismos de impugnación, se deben regular también con el control de la actividad judicial.

Además del modo tradicional de controlar la actividad judicial mediante la posibilidad de recurrir, se vuelve también relevante un modo alternativo de control tendiente a evitar que los sesgos implícitos lleguen a producir el resultado discriminatorio, diseñando medidas para reducirlos o eliminarlos (incidiendo durante el proceso de selección de los jueces y, posteriormente, construyendo instancias de formación)¹¹¹.

Es por esto que la justificación de la decisión judicial es una buena herramienta para combatir los sesgos implícitos y el error judicial. Recordemos que, de acuerdo a las definiciones que hemos dado para cada uno de estos conceptos, el error se manifiesta siempre de forma involuntaria, de la misma forma que los sesgos implícitos lo son porque pasan inadvertidos por quien los comete.

Como señala Carbonell, la justificación que interesa a estas teorías es la que se plasma en la sentencia, esto es, la que se exterioriza y no su contexto de descubrimiento ni las razones psicológicas inaccesibles que la hayan motivado. Dentro de estas últimas, hay muchos

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Flavia Carbonell, Op. Cit (2020): 20.

estudios actualmente que están dedicados a identificar sesgos implícitos que producirían desviaciones inadvertidas de las conductas racionalmente esperables y, eventualmente, inducirían al decisor a errar¹¹².

En suma, el diseño de las normas en cualquier contexto que implique la resolución de conflictos encuentra en los mecanismos de impugnación, una gran herramienta para combatir la comisión de errores, tanto en la decisión que dirime el conflicto como en cualquier otro aspecto del proceso que conlleva dicha actividad.

Esto se complementa con lo que se mencionó en el apartado anterior, en donde se trató con mayor desarrollo el control de la actividad judicial. Lo que aquí se ha agregado, es la necesidad de hacerlo de manera orgánica con el diseño de las normas, y con la identificación de los posibles errores en la decisión. Sobre esto último se ha enfatizado la importancia que estos para con los mecanismos de impugnación

Identificar los errores judiciales con defectos en la justificación de la decisión puede ser útil para cumplir aquella función en el contexto de un sistema procesal que no puede asegurar que la decisión final esté exenta de todo error¹¹³. Nuevamente, es por esto que importa la creación de un modelo de decisión judicial correcta.

Las discusiones que involucran un modelo de decisión judicial correcta es algo que no será abordado mayormente aquí, pues además de ser un tema complejo y extenso, se aleja de la comparación que hemos trazado. Solo de manera sucinta, presentaremos los siete elementos que plantea Carbonell al respecto:

1) descomponer la decisión judicial en distintos enunciados y subdecisiones; dicho de otra forma, presenta la decisión como un conjunto de enunciados y decisiones fraccionadas; 2) agrupar esas cadenas de enunciados y subdecisiones bajo las categorías premisa fáctica y premisa normativa; 3) emplear cuatro significados específicos de corrección: corrección epistémica, corrección axiológica, corrección procesal y corrección lógica, según los elementos entre los que se produce la relación de ajuste (enunciados descriptivos o normas y decisiones, respectivamente) y el tipo de operación involucrada; 4) emplear

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ibidem.

corrección lógica especialmente para dar cuenta de la justificación interna de la decisión judicial; 5) aplicar la corrección epistémica y axiológica para la justificación de los distintos tipos de enunciados que componen las premisas fáctica y normativa; 6) vincular los criterios específicos de estos tipos de corrección con la teoría y/o ideología que quien emite el juicio tenga en materia de concepto de derecho, interpretación y argumentación y aplicación judicial del derecho (criterios de corrección en concreto); y 7) enfatizar que los juicios de corrección se encuentran condicionados por los presupuestos teóricos e ideológicos que asume el juez o el analista que los realiza ¹¹⁴.

Los últimos dos elementos de Holst se entrelazan y complementan tanto en la competencia como en el proceso, ya que, ante la confrontación inevitable, lo mejor que se puede hacer es regularla adecuadamente.

6. Conclusiones

El proceso judicial y las competencias deportivas no son ni pueden plantearse como iguales. Existen manifiestas e irremediables diferencias entre ambos, por lo que pretender hablar de equivalencia es un absurdo. Si el proceso se viera como una competencia deportiva sería sin dudas una muy mala, ya que prescinde de cualquier consideración para con los eventuales espectadores, elemento central en la atracción que los deportes producen.

Sin embargo, sí existen entre ambos similitudes importantes y concretas, tanto de forma como de fondo. A través del análisis que aquí se ha planteado, hemos expuesto cómo la lógica confrontacional de los conflictos afecta tanto a la competencia como al proceso, y que, en este último, se ha producido una ceguera dogmática ante la posibilidad de otras formas de resolución de conflictos, producto de las lógicas operacionales en múltiples instituciones. Argüimos pues, que esto debiese cambiar, sobre todo entendiendo el

¹¹⁴ Flavia Carbonell, "Elementos para un modelo de decisión judicial correcta", *REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA* NÚM. 27 (2017): 32, <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/47956/50532> (consultado el 27-12-2020).

contexto de congestión judicial que padece nuestro sistema de justicia, ante la cual los nuevos enfoques colaborativos que hemos planteado presentan una alternativa viable y que debiese considerarse con mayor detenimiento.

Luego, en función del segundo elemento de Holst, vimos que la proporcionalidad de las fuerzas en las partes enfrentadas es más conveniente de regular a través de la figura del tercero imparcial encargado de resolver las disputas, en virtud de la certidumbre que entrega su presencia, y en oposición a las múltiples formas que pueden adoptar las partes involucradas. Al respecto, señalamos la importancia que supone el principio de imparcialidad en su labor, que si bien pareciera entenderse de Perogrullo, enfrenta dificultades que no se han abordado ni expuesto de manera suficiente. Nos referimos específicamente a los obstáculos que plantean los denominados sesgos implícitos, y que, por sus características, afectan tanto los conceptos comparados, como a cualquier ámbito de toma de decisiones, por lo que su desarrollo y combate es tarea pendiente y necesaria.

Por último, y estrechamente vinculado con lo anterior, nos referimos a la importancia que adquiere el correcto diseño de las normas. Comenzamos señalando que la tensión producida entre decisión final y decisión correcta se expresa de forma sintética a través de los mecanismos de impugnación. Se esbozaron también algunas teorías generales de derecho, para exponer la importancia y diferencias que importa plasmar una u otra en el diseño de las normas, pero principalmente para entender que la trascendencia de los mecanismos de impugnación se mantiene, independiente de la interpretación que se adopte. Esto se debe a que dichos mecanismos descansan fuertemente sobre la noción de error, por lo que se expuso y desglosó la misma con tal de comprenderla de mejor manera y la importancia que adquiere su identificación para prevenirlos, lo que a su vez se relaciona directamente con la labor de los jueces. Retomando planteamientos de apartados anteriores, como los sesgos implícitos, concluimos que tanto la noción de error como este tipo de problemáticas se pueden enfrentar de mejor manera a través de un modelo de decisión judicial correcta.

El hecho de que las críticas se realizaran partiendo desde la óptica del derecho deportivo, sumado a la multiplicidad de conceptos que se entrelazan constantemente con nociones

puramente jurídicas, demuestra la utilidad que este representa, y denota al mismo tiempo la necesidad de un desarrollo dogmático conjunto.

Si bien el derecho deportivo suele usarse con fines específicos, este tipo de análisis interdisciplinarios ejemplifica que las lecciones que se pueden aprender de cada ámbito son tanto variadas como útiles. No se trata de un simple pretexto para divagar sobre algunos aspectos del deporte, sino que, como aquí hemos demostrado, del arribo a conclusiones concretas.

Este trabajo postula una mirada más bien general sobre las problemáticas puntuales analizadas, quedando aún un amplio margen de desarrollo para las mismas. Esperamos que lo que aquí se discutió sirva, al menos, como un punto de partida y de promoción a los necesarios análisis ius-deportivos en el futuro.

7. **Bibliografía**

1. Accatino, Daniela, "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, (2011): 483 - 511
2. Allende Pérez de Arce, José Alberto, "Fortalecimiento del trámite de la conciliación como mecanismo para descongestionar los tribunales civiles de justicia", *Revista de Derecho Valdivia Vol XXXII N°1*, (2019) https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502019000100255 (consultado el 27-12-2020).
3. Agirreazkuenaga, Iñaki, *Claves para la comprensión del ordenamiento jurídico del deporte*, Ponencia presentada el 4 de junio de 1999 en Barcelona en el Seminario sobre Deporte, Sociedad y Autonomía organizado por el Instituto de Estudios Autonómicos y en los Cursos de Verano sobre Derecho y Deporte: problemas actuales, celebrados en San Sebastián el 25-26 de julio de 1999, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79655> (consultado el 27-12-2020).
4. Arena, Federico José "Acerca de la relevancia de las investigaciones sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial", *CIJS Universidad Blas Pascal*, (2018).
5. Berman, Mitchell N., "Let 'em Play" A Study in the Jurisprudence of Sport" , *Faculty Scholarship at Penn Law. 1465*, (2011): 1321-1369, https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1465
6. Bernate Ochoa, Francisco, "El sistema penal debe construirse a partir de las finalidades que se le asignen y del modelo de Estado. ¿Cambio de paradigma gracias a la irrupción del funcionalismo?", *Estud. Socio-Juríd vol.7 no.1 Bogotá*, (2005),

- http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792005000100005 (consultado el 01-05-2024).
7. Castillo, Ignacio, “Enjuiciando al Proceso Penal Chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes)” *Polít. crim.* Vol. 8, N° 15, (2013)
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992013000100007 (consultado el 27-12-2020).
 8. Carbonell, Flavia. “Razonamiento impugnatorio y error”, Seminario presentado por el grupo de filosofía del derecho, Universidad de Girona, Girona, (31 de enero 2020).
 9. Carbonell, Flavia “Elementos para un modelo de decisión judicial correcta”, *REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA NÚM. 27* (2017): 1-35,
<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/47956/50532> (consultado el 27-12-2020).
 10. Carbonell, Flavia y Jonatan Valenzuela, “La prueba de la inocencia y las defensas probatorias: el caso de la revisión”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48 No 1 (2021): 55-80
<https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v48n1/0718-3437-rchilder-48-01-55.pdf>
(consultado el 01-05-2024).
 11. Clerc, Carlos, “Derecho del deporte o derecho deportivo: su autonomía” *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado* N° 2, (2012)
<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/31001> (consultado el 27-12-2020).
 12. Couture, Eduardo, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil, *Ediciones De Palma*”, Buenos Aires, (1985),

- <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf> (consultado el 01-05-2024).
13. Crawford, Chris. "On game design. New Riders Publishing", *New Riders Publishing* (2003),
https://books.google.cl/books?hl=es&lr=&id=USBbi1Dyw4sC&oi=fnd&pg=PA1&dq=%20chris+crawford+on+game+design&ots=7UlzGVxKWp&sig=0mOtp2eY8fjIQn9wam%20L5gF8oef4&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true (consultado el 27-12-2020).
 14. Deleon, Chris. "Games are artificial; videogames are not. Games have rules, videogames does not", (2011),
<http://www.hobbygamedev.com/spx/games-are-artificialvideogames-are-not-games-have-rules-videogames-do-not/> (consultado el 27-12-2020).
 15. Dworkin, Ronal, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel S.A, Barcelona 146, (1977)
 16. Fiss, Owen, "Contra la conciliación El derecho como razón pública", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (2007): 127,
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica05.pdf (consultado el 27-12-2020).
 17. Flores Monardes, Álvaro "Gobierno judicial: el caso chileno de la reforma olvidada", *Revista de Estudios de la Justicia N° 6*, (2005)
<http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%206/GOBIERNO%20JUDICIAL.%20EL%20CASO%20CHILENO%20LA%20REFORMA%20OLVIDADA.pdf>
(consultado el 27 - 12 - 2020).
 18. Jonas Holst, "Medir fuerzas: Una aproximación interpretativa a la competición deportiva", *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, vol. 14 (2019)
<https://www.raco.cat/index.php/FairPlay/article/view/354150> (consultado el

27-12-2020).

19. Lagos, María Soledad, "Incorporación de la mediación en Chile: análisis crítico", (2018) <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2021/01/2018-Incorporacion-de-la-mediacion-en-el-Derecho-chileno.pdf> (consultado el 28-04-2024).
20. Loland, Sigmund "Three ideal-typical views and their implications", *European Journal of Sport Science* 2, (2002) https://www.researchgate.net/publication/251804781_Technology_in_sport_Three_ideal-typical_views_and_their_implications (consultado el 27-12-2020).
21. Peña, Carlos, "Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, B. Aires.* https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica06.pdf (consultado el 27-12-2020).
22. Romero, Alejandro. *Curso de Derecho Procesal Civil*, Ed. Jurídica de Chile, (2009).
23. Ramírez Ludeña, Lorena, "Las concepciones de las normas en el arbitraje deportivo". *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, Vol. 4, (2016): 1-21. <https://www.raco.cat/index.php/FairPlay/article/view/308204> (consultado el 27-12-2020).
24. Savater, Fernando. *Ética para amador* (1991): 25. <https://www.escatep.ipn.mx/assets/files/escatep/docs/Docencia/Lectura/EticaPara-Amador.pdf> (consultado el 27-12-2020)

25. Samper, Francisco Derecho Romano, Ediciones Universidad Católica de Chile, (2003),
<https://ucnderecho2012.wordpress.com/2012/04/23/derecho-romano-de-francisco-samper-en-pdf/> (consultado el 27-12-2020).
26. Taruffo, Michelle. "Investigación judicial y producción de prueba de las partes". *Rev. derecho (Valdivia)* v.15 N.2 (2003)
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200010 (consultado el 27-12-2020).
27. Valdés, Juan , "Motivos de Recurso de los Laudos del Tribunal de Arbitraje Deportivo ante el Tribunal Federal Suizo", *LegalToday*, (2012).
<<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/publico/motivos-de-recurso-de-los-laudos-del-tribunal-de-arbitraje-deportivo-ante-el-tribunal-federal-suizo-2012-11-29/>> (Consultado el 27-12-2020).
28. Valenzuela, Jonatan "Hechos, pena y proceso. Ensayos sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno", Santiago, Rubicon (2017): 17.