

ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR LA INFLUENCIA DE CRITERIOS EXTERNOS –SESGOS COGNITIVOS- EN LA DECISIÓN JUDICIAL *

Analysis of the violation of effective judicial protection due to the influence of external criteria - cognitive biases- in the judicial decision.

Juan Sebastián Mendoza Bautista **
José Manuel Gelvez Duran ***

Para citar este artículo / To cite this article

Mendoza Bautista, J. S. & Gelvez Duran, J. M. (2022) Análisis de la vulneración a la tutela judicial efectiva por la influencia de criterios externos -sesgos cognitivos- en la decisión judicial. [*Artículo de investigación*]. Universidad Libre seccional Cúcuta. Cúcuta, Colombia.

Resumen: En esta investigación se señala que los criterios externos, como lo es, el estado de ánimo y haber comido o no, afecta la imparcialidad del juez, toda vez que, estos sesgos cognitivos influyen el razonamiento que hace el juez al momento de tomar una decisión judicial, afectando, por ende, la tutela judicial efectiva. Para lograr lo anterior, se acudió ante el tipo de investigación jurídica, con un enfoque cualitativo de investigación; ello en razón de que se hizo necesario analizar las figuras jurídicas de la decisión judicial, imparcialidad y tutela judicial efectiva, así como también los sesgos cognitivos externos de lo jurídico. Como resultado de la investigación se tiene que las decisiones judiciales deben estar alejadas de cualquier sesgo o elemento que afecte la imparcialidad del juez, toda vez que, si se permite dicha influencia se afecta la tutela judicial efectiva de las personas que acceden a la administración de justicia.

Palabras clave: Tutela judicial efectiva, imparcialidad, sesgos cognitivos, juez, administración de justicia.

Abstract: This research shows that external criteria, such as mood and having eaten or not, affect the impartiality of the judge, since these cognitive biases influence the reasoning of

* Trabajo de investigación presentado para optar por el título de Abogados de la Universidad Libre seccional Cúcuta.

** Estudiante de Derecho de la Universidad Libre seccional Cúcuta. Correo electrónico:

*** Estudiante de Derecho de la Universidad Libre seccional Cúcuta. Correo electrónico:

the judge at the time of making a judicial decision, thus affecting the effective judicial protection. To achieve the above, the type of legal research was used, with a qualitative research approach, since it was necessary to analyze the legal figures of the judicial decision, impartiality and effective judicial protection, as well as the external cognitive biases of the legal. As a result of the research, judicial decisions must be free from any bias or element that affects the impartiality of the judge, since, if such influence is allowed, the effective judicial protection of the persons who have access to the administration of justice is affected.

Key words: Effective judicial protection, impartiality, cognitive bias, judge, administration of justice.

INTRODUCCIÓN

Los jueces en su función jurisdiccional, tienen como principal obligación garantizar la tutela judicial de las personas que acceden a la administración de justicia. Dichas personas acceden a este servicio público, porque el Estado a través de la rama jurisdiccional garantiza imparcialidad a la hora de dar resolución a los problemas jurídicos que ellos plantean. Lo anterior significa que la función del juez debe ser pulcra, alejado de todo perjuicio o sesgo que contamine su imparcialidad. Por lo anterior, en esta investigación se entrará a analizar la presencia de sesgos cognitivos del juez en la decisión judicial, y, como dichos sesgos cognitivos pueden afectar la tutela judicial efectiva de las personas que acceden a la administración de justicia. La afectación de la tutela judicial efectiva, supone a su vez, la afectación de la Justicia que propende garantizar el Estado Social de Derecho, por medio de sus instituciones públicos, especialmente por medio del Aparato Jurisdiccional.

El problema jurídico de esta investigación gira entorno a los asuntos que son externos al imperio de la Ley y que influyen al Juez al momento de tomar la decisión judicial, lo que en otras palabras es, el momento de hacer el análisis racional de la valoración probatoria o el análisis de la conducta de las partes procesales. Pensar que los Jueces son perfectos, como si fuesen maquinas que resuelven problemas jurídicos [que se le presentan en los casos de su conocimiento], es algo utópico; los Jueces son seres humanos, por ende, tienen sentimientos, sufren enfermedades y pasan malos ratos por múltiples razones. Los anteriores criterios influyen en los procesamiento mentales de las personas. Rachilinski (2019) manifestaba en el Diario BBC News: “las sentencias son lo que el juez ha desayunado o almorzado”¹; lo anterior indica que las sensaciones que un Juez tiene, inclusive por cuestiones de –comida-, influyen su decisión. Negar la presencia de criterios externos en la decisión judicial, es negar la humanidad del Juez.

¹ Para mayor información sobre experimentos que muestran los sesgos –cognitivos- de los jueces y que afectan las decisiones judiciales, por parte de Rachilinski (2019) ver: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49093065>

Para autores como Daniel Kahneman (2012) el ser humano tiene dos sistemas de modo de pensar, al cual, él los ha etiquetado como Sistema 1² [Pensar rápido] y Sistema 2³ [Pensar despacio]; el primero es aquel en el que el ser humano de manera rápida y a veces automática da respuestas a problemas que le surgen –de todo tipo-, contrario sensu, en el sistema dos, el ser humano se toma su tiempo y acude a métodos para poder dar una respuesta más calculada, por cuanto, en este sistema se resuelven problemas más “críticos”. No obstante, Kahneman (2012) indica que el Sistema 1 influye en el Sistema 2, pues son tantas las sugerencias que hace el S1 al S2, que el S2 termina aceptando dichas sugerencias. En la decisión judicial, un Juez debe acudir al S2 para poder razonar y resolver un problema jurídico, pero, el Juez es humano y no se puede negar la existencia del S1 en su razonar. La influencia del S1 en los jueces puede maximizarse cuando está sometido a situaciones de estrés, de presión laboral, de mala comunicación interpersonal e inclusive por sesgos personales, ideológicos, políticos, religiosos y de género.

La ética profesional, el deber constitucional y legal, indican que los jueces deben ser imparciales; lo que en palabras específicamente de razonamiento o procesamiento mentales, es pensar conforme al S2. De acuerdo con la RAE (2021) la definición de imparcialidad es: “Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”. Para fraseando a Kahneman (2012) la imparcialidad en la justicia es tratar de despejar el S1 en el Juez, para que únicamente piense conforme al S2; Lo anterior por cuanto, en el Sistema de pensamiento S1, el cerebro hace asociaciones con múltiples ideas, que en ocasiones se encuentran erradas por prejuicios o emociones-sensaciones.

Todos los criterios externos al derecho que influncian al Juez, como lo son: los sentimientos, la enfermedad –estrés-, y, los malos ratos [hambre e ira] desvirtúan el concepto de imparcialidad que debe tener el Juez, pues, al tener influencia de los mismos, su decisión judicial puede o ser muy estricta o todo lo contrario, muy débil. Un ejemplo de lo anterior, son los estudios realizados en Estados Unidos por el Profesor de Derecho y Abogado Jeffrey Rachlinski sobre la Justicia ciega, esto es, aquella que está influenciada por criterios externos del derecho [sesgos cognitivos]; la BBC News Mundo⁴ trajo a colación el estudio de Rachlinski en el que cita el siguiente dicho estadounidense: “La justicia es lo que el Juez comió para el desayuno”; queriendo señalar Rachlinski que la decisión de un Juez, puede variar si un Juez ha comido no, o si se siente cansado o no. Dichos extremos, al igual que los ejemplos citados de las investigaciones del profesor Rachlinski, pueden vulnerar derechos

² De ahora en adelante S1

³ De ahora en adelante S2

⁴ Ver la noticia en el siguiente link: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49093065>

fundamentales de las personas o afectar la tutela judicial efectiva de las partes inmersas en un proceso judicial.

En el ordenamiento jurídico colombiano, los criterios externos que influyen al Juez al tomar la decisión judicial, entre ellos, los sesgos cognitivos, no han sido regulados, por lo cual, existe un vacío jurídico frente a los mismos, dejando en vilo la finalidad de la jurisdicción, el cual es: la tutela judicial efectiva.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Cómo afectan a la tutela judicial efectiva los criterios externos, entre ellos los –sesgos cognitivos- que influyen y están presentes en la Decisión Judicial?

METODOLOGÍA

La investigación “Análisis de la vulneración a la tutela judicial efectiva por la influencia de criterios externos –sesgos cognitivos- en la decisión judicial” es de tipo jurídica y con un enfoque cualitativo. El concepto más enriquecedor de investigación jurídica es el ofrecido por Fix-Zamudio (1995) quien señala que esta se caracteriza por comprender el derecho, de tal manera que no escape el contenido social al cual regula; Fix-Zamudio (1995) también puntualiza que la investigación jurídica es:

La actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas, adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aun cuando formalmente parezca anticuado. (Pág. 416)

Sumado a lo anterior, es importante resaltar que el objeto de estudio es jurídico, pues envuelve una realidad jurídica, la cual es, el procedimiento cognoscitivo del Juez para tomar una decisión, que se ve influenciada por sesgos cognoscitivos, haciendo que se presente una vulneración a la tutela judicial efectiva, en el entendido de que la decisión judicial se encuentra influenciada por sesgos, que son propios de todo ser humano, pero que el Juez en su función jurisdiccional debe separarlos, para razonar únicamente en derecho.

Por otra parte, la metodología, que debe ser entendida como los métodos que serán utilizados para estudiar el objeto de estudio, esto es, las formas de organizar el proceso de investigación, los resultados y la presentación de las soluciones al problema jurídico planteado (Clavijo Cáceres, Guerra Moreno, & Yáñez Mesa, 2014), en la presente

investigación será la cualitativa, toda vez que, se describirán todas las características de los sesgos cognitivos y su influencia en la decisión judicial, para determinar si su influencia vulnera o no la tutela judicial efectiva al desvirtuar la imparcialidad del Juez. En dicho orden de ideas, la población de la presente investigación es netamente jurídica, per se, se analizarán normatividad y doctrina sobre el tema objeto de estudio; de igual manera se tiene previsto la entrevista a Jueces de la ciudad de Cúcuta, específicamente a 2 Jueces de la especialidad Penal.

Por ser la investigación de tipo jurídica y usar la metodología cualitativa, las técnicas de recopilación de la información, que se tendrán en cuenta son las de investigación documental y normativa. Con las primeras se hará un estudio de los libros que tratan sobre el proceso cognoscitivo de las personas, y, los sesgos que pueden influenciar a dicho sistema de pensar; y, con los segundos se tiene pretendido hacer un análisis del ordenamiento jurídico, para así comprender si el mismo contempla los sesgos cognoscitivos en la decisión judicial y si de contera establece los mecanismos para la protección de la tutela judicial efectiva, ante la contaminación del procesamiento cognoscitivo del Juez al momento de tomar la decisión judicial.

En base a lo anterior, esta investigación tiene como población objeto de estudio la normatividad que regula la decisión judicial y la tutela judicial efectiva de las personas que acceden al servicio público de la administración de justicia.

ESQUEMA DE RESOLUCIÓN

Con la finalidad de dar solución al problema jurídico planteado se abordarán los siguientes temas: i) los criterios jurídicos y jurisprudenciales de la tutela judicial efectiva en la decisión judicial; ii) los criterios externos –sesgos cognitivos- que pueden afectar a la toma de decisiones de un Juez; iii) los elementos y presupuestos que garantizan la imparcialidad del Juez en la decisión judicial; y, finalmente las iv) conclusiones.

i) los criterios jurídicos y jurisprudenciales de la tutela judicial efectiva en la decisión judicial

La tutela judicial efectiva supone la materialización de la justicia, a la cual, el Estado Social de Derecho debe garantizar a todas las personas sin discriminación alguna. Lo anterior, como quiera que es a través del Estado que las personas pueden ventilar y solicitar la resolución de problemas jurídicos que se les presentan en la vida diaria, ello en el entendido de que el Estado, a través del aparato jurisdiccional, es imparcial, y, por ende, puede resolver el problema jurídico de las personas sin favoritismos y sin prejuicios. Es válido afirmar que, la

Justicia que busca el aparato jurisdiccional implica la eliminación de la posibilidad de que las personas acudan a la autotutela, que puede ser definida como la autodefensa de los derechos personales, o la justicia por mano propia, ya que, la figura del Estado es entendida, a partir de la visión de Hobbes, como el cumulo de derechos personales y de defensa de todas las personas que integran al Estado, perdiéndose por decirlo así, el derecho a ejercer la defensa por mano propia, y, en su lugar, trasladarle dicho derecho a la administración de Justicia⁵.

La garantía de la Jurisdicción implica una serie de derechos y principios constitucionales, tales como: el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho al acceso a la administración de justicia y el derecho a obtener una respuesta de fondo a los problemas jurídicos planteados a la administración de justicia. La consumación de dichos derechos y principios presupone la materialización de la Justicia en el Estado Social de Derecho que no es otra cosa que la Tutela Judicial Efectiva. Esta última debe ser entendida como la facultad que tienen todas las personas de solicitarle al Estado la protección de derechos sustanciales, que han sido plenamente reconocidos por el Estado a través de normas positivas [leyes]⁶.

De igual manera, la tutela judicial efectiva ha sido entendida bajo los siguientes términos: como un derecho, como una prestación y como un deber del Estado. Una definición que encuadra dichos términos es la siguiente:

El derecho a la tutela efectiva de la justicia ha de ser un derecho fundamental constitucional, con carácter de derecho prestacional de configuración legal y que demandaría que los poderes públicos dispongan un sistema público de Administración de la Justicia integrado por todas aquellas opciones legalmente establecidas para la resolución jurídica de conflictos destinadas a tutelar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en cuanto realización de la justicia. (Martín Diz, 2014. Pág. 169)⁷

Se colige de la anterior definición que, por medio de la tutela judicial efectiva, el Estado puede garantizar y proteger otros derechos sustanciales que ya han sido reconocidos a los particulares; como lo es el caso del catálogo de derechos constitucionales, los derechos reconocidos en convenciones, pactos y tratados internacionales de derechos humanos, y, por

⁵ Es por ello que se señala, que la Tutela Judicial Efectiva propende por la materialización de la Justicia, qué en términos constitucionales es: la preservación del orden jurídico y la preservación del orden justo, que juntos conforman lo que se entiende como democrática.

⁶ En dicho entendido, el artículo 228 constitucional señala que en la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial.

⁷ De la definición efectuada por Martín Diz (2019) es valido señalar que no es solo la administración de justicia la que debe velar por el respeto de la tutela judicial efectiva, sino también todas las instituciones públicas del Estado. Frente a estas últimas, el respeto a la tutela judicial efectiva no se hace desde controles jurídicos, pero si desde reconocimiento de derechos y protección de los mismos.

último, derechos que han sido creados y reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte IDH, entre otros. Esto supone la importancia de la tutela judicial efectiva en el Estado Social de Derecho, ya que, la misma significa ser una garantía para los demás derechos, los cuales, el Estado se ha obligado a cumplirlos, un ejemplo claro de ello, es que el artículo segundo constitucional establece que un fin esencial del Estado es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. La Corte Constitucional ha establecido que la tutela judicial efectiva se define como:

(...) la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. (Sentencia C-1083 de 2005)⁸

Teniendo en cuenta que la importancia de la tutela judicial efectiva reviste la protección de derechos constitucionales, es importante señalar que en la doctrina y jurisprudencia⁹ han señalado como sus presupuestos los siguientes: 1.- El acceso a la administración de justicia; 2.- el respeto al debido proceso; y, 3.- Una decisión judicial pronta y concreta.

Presupuestos de la tutela judicial efectiva

1.- El acceso a la administración de justicia. El Estado debe garantizar a todas las personas, sin discriminación alguna, acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad. Para ello, el Estado debe proveer estructuras, en las cuales, no se cuente con barreras administrativas o jurídicas que imposibiliten acceder de manera igualitaria a la justicia. Este presupuesto se encuentra soportado en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política, artículo 25 de la Convención Americana sobre derechos humanos, y, artículo 14 del Pacto de Derechos civiles y políticos. (Sentencia C-279 de 2013)

De igual manera, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 279 de 1996) sobre el acceso a la justicia señala en su artículo segundo lo siguiente: “El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como

⁸ Aquí es importante señalar que la garantía y protección de la tutela judicial efectiva no se aplica únicamente a nacionales, pues es un deber del Estado Social de Derecho respetar los derechos de los extranjeros, sin importar la situación jurídica en la que se encuentran. (Artículos 2 y 95 de la Constitución Política de 1991).

⁹ Ver Sentencias C-1083 de 2005 y Sentencia C-279 de 2013.

mínimo un defensor público”. De esto se entiende que, el acceso a la justicia no es únicamente el acceso material-físico, sino también el acceso sustancial al aparato judicial, por ello, la importancia de que existan personas para garantizar los derechos sustanciales de las personas que requieren acudir a la administración de justicia, tales como son: los operadores judiciales, abogados litigantes y defensores públicos.

2.- El respeto al debido proceso. Para garantizar la tutela judicial efectiva de las personas que acceden a la administración de justicia, se necesita de unas reglas que deben ser plenamente estructuradas y diseñadas con la finalidad de respetar la dignidad humana de las personas, per se, que tenga como objeto la protección de los derechos sustanciales. El debido proceso es la regulación de los derechos de acción y contradicción, así como también la regulación de las funciones que tienen los jueces frente a dichos derechos. Este principio a su vez, presupone el respeto al principio de legalidad, que indica que no debe existir un procedimiento o proceso sin haber sido plenamente detallado en una ley.

Por lo anterior, es valido afirmar que no se puede hablar de tutela judicial efectiva, si no hay respeto al debido proceso. La garantía del respeto de las reglas fijadas para los procedimientos o procesos, que no es otra cosa, que las reglas para acceder a la justicia y poder obtener una respuesta, es un sinónimo del respeto a la materialización de la igualdad de las partes que se ven inmersas en un problema jurídico. Las reglas del debido proceso, además de lo anterior, garantizan que exista una imparcialidad por parte del Juez, quien también se debe someter a dichas reglas.

Al igual que el acceso a la administración de justicia, el debido proceso encuentra un soporte jurídico en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política, artículo 25 de la Convención Americana sobre derechos humanos, y, artículo 14 del Pacto de Derechos civiles y políticos.

3.- Una decisión judicial pronta y concreta. Sería incorrecto afirmar que la tutela judicial efectiva se garantiza cuando a pesar de permitir el acceso a la administración de justicia de manera igualitaria¹⁰ y con el respeto de las reglas procesales, estas se hacen de una manera desgastante -demorada- y sin resolver concretamente el problema jurídico que le fue formulado a la administración de justicia. La tutela judicial efectiva, recuérdese tiene como finalidad la protección de derechos sustanciales, que se encuentran reconocidos en normas

¹⁰ Cuando se habla de acceso a la administración de justicia de manera igualitaria, se hace relación a que el Estado elimina toda barrera administrativa y jurídica, que impiden el acceso efectivo a la justicia, como lo son: en el caso de las barreras administrativas, la no inclusión de población en condición de discapacidad; en el caso de las barreras jurídicas, imponer que en todas las actuaciones se requiera de apoderado judicial, desconociendo así la realidad económica que afrontan muchas personas.

constitucionales, por tal razón, la misma debe asegurar que los problemas jurídicos que suscitan entre los particulares, sean resueltos de manera oportuna y concreta. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

En este sentido, el derecho a la administración de justicia no se entiende concluido con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; sino que debe ser efectivo, por lo cual el mismo no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que éstos resulten realmente idóneos y eficaces. (Sentencia C-279 de 2013)

En idéntico sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho:

(...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. (Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24)

Presupuestos de una Decisión judicial legal y justa

La decisión judicial hace parte de la Tutela Judicial Efectiva, y, teniendo en cuenta que esta última propende por materializar la justicia, se torna necesario afirmar que una decisión judicial es legal y justa, cuando se reúnen los siguientes requisitos: 1.- Se hace una adecuada comprobación de los hechos relevantes – Premisas Fácticas -; 2.- Se hace una correcta selección, aplicación e interpretación de las normas sustantivas – premisas jurídicas -; y; 3.- Se garantiza el debido proceso. (Taruffo, 2020).

1.- Comprobación de los hechos relevantes -Premisas Fácticas-. La decisión judicial debe ser coherente con los hechos que originan el problema jurídico, no se puede entrar a debatir hechos que no fueron señalados en la acción y en la contradicción. A los hechos importantes, la doctrina y jurisprudencia los han denominado hechos relevantes, y, como su nombre lo indica, son los hechos que generan controversia, que ameritan investigación y/o análisis probatorio para su reconstrucción.

2.- Correcta selección, aplicación e interpretación de las normas sustantivas -premisas jurídicas-. Los problemas jurídicos tienen relación con afectación, vulneración o puesta en peligro de derechos sustanciales, para ello, el legislador ha previsto reglas jurídicas para la protección de cada derecho. Aunado a lo anterior, se crean además normas de índole procesal

por medio de la cual, se pueden garantizar los derechos procesales. El Juez debe ser atento para la aplicación de las normas correctas, ya que, por ejemplo, no puede aplicar normas de índole penal a asuntos de índole civil, y, viceversa, pues como se ha explicado, el ordenamiento jurídico un marco infinito para la resolución de problemas jurídicos, no obstante, cada norma regula un tema en específico.

3.- Garantía del debido proceso. Sumado a lo anterior, el Juez como director del proceso, debe garantizar que las partes puedan ejercer el derecho de defensa, que implica a su vez, el derecho de controvertir los hechos objeto de la litis. El debido proceso tiene íntima relación con el principio de legalidad; dicha relación implica que las partes procesales se sometan a unas normas procesales, para así poder ser iguales.

Los tres presupuestos atrás señalados son traídos a colación del libro “Hacia la decisión justa” de Michele Taruffo (2020), quien expone que la decisión judicial es un proceso que materializa la tutela judicial efectiva, pues a través de la misma, que se da fin a un problema jurídico que fue traído a colación al aparato jurisdiccional, pues se entiende que este último tiene la potestad para resolver las controversias entre particulares, al ser un órgano público autónomo e imparcial. No obstante, a lo anterior se debe agregar el presupuesto que Pabón Giraldo (2017) ha mencionado, esto es, el presupuesto de la argumentación jurídica, y, en consecuencia, el presupuesto de la motivación judicial.

4.- Argumentación Jurídica y motivación judicial. Pabón Giraldo (2017) señala lo siguiente:

Esto, por cuanto la decisión jurisdiccional no es un asunto interno del proceso, lo que allí se decide trasciende diversos escenarios como acto de comunicación por excelencia dentro del proceso jurisdiccional. La decisión tiene diversos destinatarios, y por ello debe ir impresa de determinados requisitos y cualidades con la finalidad de que tenga legitimidad y eficacia. Uno de esos requisitos es la argumentación jurídica, en tanto constituye una condición necesaria en el proceso, que permitirá un control y generará en la sociedad aceptabilidad de la decisión. (Pabón Giraldo, 2017. Pág. 21)

Con la argumentación jurídica en la motivación judicial, las partes y terceros interesados en la decisión judicial, pueden comprender las razones por las cuales, el Juez ha tomado una decisión, sobre un problema jurídico concreto. A partir del análisis de los argumentos expuestos por el Juez, las partes pueden ejercer sus derechos consecuentes del debido proceso, como es el caso de poder ejercer la defensa a través de la interposición de recursos o peticiones al Juez.

ii) los criterios externos –sesgos cognitivos- que pueden afectar a la toma de decisiones de un Juez

Michele Taruffo (2020) señalaba que para que la decisión judicial fuese justa, se necesitaban 3 presupuestos jurídicos: Analizar los hechos jurídicamente relevantes; aplicar las reglas jurídicas adecuadas y útiles del caso, y, garantizar el debido proceso a las partes inmersas en la litis. Sumado a lo anterior, Pabón Giraldo (2017) señala que también es un presupuesto de la decisión judicial la argumentación jurídica y, por ende, la motivación judicial. Cuando se presentan los anteriores cuatro presupuestos, se puede entrar a señalar que la decisión que ha tomado el Juez¹¹ es legal y justa. Todo lo contrario, sucede cuando hace falta alguno de dichos presupuestos, pues en dichos escenarios se habla de una decisión judicial que no es legal o que no es justa; en términos generales eso es lo que se creería, pero, hay situaciones particulares que se escapan de los presupuestos jurídicos, y, afectan directamente a la decisión judicial, como lo es el caso de los criterios externos -sesgos cognitivos-.

Los sesgos cognitivos, de acuerdo a Llinás Riascos (2003) son fenómenos psico-químicos que suceden en el cerebro y que provocan afectaciones a la función cognitiva del cerebro. Por su parte, Barón & Zapata Rotundo (2018) señalan que los sesgos cognitivos son reglas de juicio que ayudan a las personas a tomar decisiones, no siempre correctas. Se podría decir, con base a lo anterior, que los sesgos cognitivos afectan la decisión judicial, ocasionado así un fenómeno en cadena, pues también se vulnera la tutela judicial efectiva, y, en últimas los derechos sustanciales que se debían proteger. Otra definición sobre sesgos cognitivos es la siguiente:

Un sesgo cognitivo es una desviación sistemática, involuntaria e inconsciente de una norma o de un estándar de racionalidad al emitir un juicio perceptual o conceptual, al recordar un evento o al hacer una predicción. No se trata de un simple error, sino de comportamientos que ocurren consistentemente bajo circunstancias similares, y que por lo tanto son predecibles y replicables. Son causados principalmente por el uso de heurísticas, atajos que utilizamos en el procesamiento de información, pero también son producto de las limitaciones de nuestra capacidad cerebral de procesar información, de influencias emocionales, morales y sociales, y de distorsiones en el proceso de almacenamiento y búsqueda de información en la memoria. (Páez, 2021. Pág. 7)

La mente del ser humano puede ser entendida paradójicamente como una máquina inteligente -un computador-, pues es en la mente donde el ser humano almacena información del mundo exterior, y, sumado a ello, la procesa para poder pensar y tomar decisiones. En base a lo anterior, los sesgos pueden ser entendidos como aquellos virus que no permiten al

¹¹ Es importante mencionar lo siguiente: dichos presupuestos para una decisión legal y justa, no siempre debe ser exclusiva para los Jueces, pues los mismos presupuestos también pueden ser aplicados para autoridades administrativas a las cuales se les confían controversias de índole -jurídico- de particulares, o particulares con entidades públicas.

ser humano almacenar correcta y adecuadamente la información que viene del mundo exterior, y, en razón de ello, procesar mal dicha información, para en últimas, hacer que el humano tome decisiones incorrectas. Páez (2021) expone que los principales sesgos cognitivos son: 1) el sesgo de confirmación, 2) sesgo retrospectivo, 3) Sesgo heurística de representatividad, y, 4) Sesgo efecto ancla.

Sobre tipos de errores cognitivos, Muñoz Aranguren (2011) a partir del estudio de Tversky & Kahneman (1974) establece que los siguientes son sesgos cognitivos: procedimientos heurísticos de la representatividad, procedimientos heurísticos de la disponibilidad, procedimiento heurístico de anclaje y ajuste, sesgo retrospectivo, sesgo de confirmación y el sesgo de grupo.

Por su parte, De la Rosa & Sandoval Navarro (2016) señalan que también influyen como factores extralegales lo siguiente: “*el contexto de la decisión judicial, la personalidad del juez y las características del juez*” (Pág. 11). Los procesos cognitivos que debe realizar el Juez son metódicos, por ende, van cumpliendo etapas del proceso mental y procesal en un tiempo determinado, el cual es fijado por reglas procesales; es dicho cumplimiento, esto es, agotar cada etapa procesal en el debido tiempo, lo que en múltiples ocasiones hace que los jueces no tomen una decisión profunda y sin sesgos.

Teniendo en cuenta que los sesgos cognitivos ofrecidos por la literatura y doctrina, se procede a explicar de manera somera cada uno de ellos:

- **Sesgo de confirmación.** “es una tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis”. (Muñoz Aranguren, 2011. Pág. 8).
- **Sesgo retrospectivo.** El sujeto valora hechos que ya ha vivido, hechos pasados, y, analiza las consecuencias que pudo suponer de dichos hechos, creyendo que las podía haber evitado. (Muñoz Aranguren, 2011).
- **Sesgo heurística de representatividad.** El sujeto toma decisiones con base a una misma medida, por ende, toma atajos y no se detiene a analizar detalladamente el caso en concreto, generando así pre-juicios.
- **Sesgo efecto ancla.** “Este proceso mental se fundamenta en la realización de una estimación, por parte del sujeto, a partir de un valor inicial (anclaje), que progresivamente ajusta a medida que obtiene información adicional”. (Muñoz Aranguren, 2011. Pág. 5)
- **Sesgo de procedimientos heurísticos de la disponibilidad.** El sujeto toma decisiones en base a recuerdos en los que había tomado decisiones para casos similares.

- **Sesgo de grupo.** El sujeto valora a una persona, sin conocerla o estudiarla, por el simple hecho de los prejuicios que tiene contra un grupo determinado, al cual hace parte la persona que esta analizando.

- **Sesgo de personalidad.** De la Rosa & Sandoval Navarro (2016) señalan que hay personas [jueces] que toman decisiones en base a su personalidad o en base a la personalidad de las personas a las que van a juzgar.

Sumado a los anteriores sesgos cognitivos, Llinás Riascos (2003) y Rachilinski (2019) han establecido otro tipo de sesgos que afectan la toma de decisiones [procedimientos cognitivos] de las personas. Dichos sesgos cognitivos son: Las emociones [producidas por sentimientos o por procesos biológicos como sentir -hambre-].

- **Sesos de emociones.** Los sentimientos o “sentir hambre” hacen que los procesos cognitivos sean -distráidos- y/o confundidos, ya que, el cuerpo envía señales por medio de transistores al cerebro que le indican que debe hacer otra acción para poder atender dichas emociones o procesos biológicos, como lo es el hambre. Para Kahneman (2012) los seres humanos tienen dos formas de pensar: la forma rápida y la forma lenta; en la primera señala que los humanos son más susceptibles a tener sesgos, entre ellos, sesgos relacionados a emociones.

iii) Los elementos y presupuestos que garantizan la imparcialidad del Juez en la decisión judicial

El ordenamiento jurídico colombiano ha previsto una serie de elementos y presupuestos que garantizan la imparcialidad del Juez en la decisión judicial, para así garantizar la tutela judicial efectiva, y, por ende, la justicia, entendida desde el punto de vista del cumplimiento del ordenamiento jurídico y la garantía de un orden social justo y democrático. La imparcialidad de los jueces representa la pulcritud del aparato jurisdiccional, al cual, le ha sido confiado la garantía de los derechos sustanciales y la resolución de los problemas jurídicos. Lo anterior como quiera que el artículo 228 de la Constitución Política de 1991 establece:

Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

La anterior disposición constitucional, discierne jurídicamente hablando lo siguiente:

- i.- Al ser la administración de justicia función pública, las personas que integran la misma son susceptibles de control e investigación por órganos especializados, en el caso concreto, por el Consejo Superior de la Judicatura [Art. 75 Ley 270 de 1996];
- ii.- Las decisiones de los jueces deben ser independientes, lo que supone que los jueces no se encuentran sometidos a la imposición de ninguna otra autoridad pública;
- iii.- Las decisiones de los jueces son públicas, por ende, cualquier persona puede analizar la motivación de los jueces y su actuar;
- y, iv.- Las actividades del Juez están sometidas a cumplimiento de términos.

Frente a lo anterior, se puede señalar que los elementos y presupuestos para garantizar la imparcialidad del Juez a partir de la lectura del artículo 228 de la Constitución Política son:

- La función disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. El artículo 75 de la Ley 270 de 1996 establece que el Consejo Superior de la Judicatura tiene función disciplinaria de la Rama Judicial. Esto implica que todo servidor judicial¹² que desconozca arbitrariamente o descuidadamente el derecho sustancial y debido proceso de las personas que se encuentran inmersas en la Litis, pueden ser sujetos a sanción disciplinaria, dentro de las cuales se encuentra la pérdida de la investidura de servidor judicial. Cualquier usuario de la administración de justicia, puede solicitar al Consejo Superior de la Judicatura investigar las decisiones que un Juez ha tomado, cuando estas se consideren que son imparciales.

- Independencia de los jueces en las decisiones judiciales. El ordenamiento constitucional presupone que los Jueces son independientes en sus decisiones, lo que significa que no se encuentran sometidos a seguir las decisiones de otras autoridades. No obstante, Clavijo Cáceres (2018) señala que ello no es del todo cierto, por cuanto, los jueces deben acatar los precedentes judiciales¹³, o de no acatarlo, argumentar razonadamente los motivos por los cuales se aparta del precedente judicial. Este último presupone mayor imparcialidad, ya que, los jueces inferiores al acatar el precedente judicial, tienen limitada su discrecionalidad, esto es, su independencia judicial.

- Publicidad de las decisiones judiciales. De acuerdo a Pabón Giraldo (2017) las sentencias de los procesos son un acto de publicidad, ya que, en las mismas se ventila la resolución jurídica de un problema que fue elevado a la administración de justicia, para que imparcialmente fuese resuelto. Al ser públicas las decisiones judiciales, las partes inmersas en la litis, así como también terceros interesados en el proceso, pueden analizar los

¹² El término servidor judicial es introducido con la Ley 270 de 1996. Dicho término no incluye a todas las personas que trabajan en la Rama Judicial, sino únicamente a los operadores judiciales, esto es, a los Magistrados y jueces.

¹³ Entiéndase por precedente judicial el conjunto de decisiones que un tribunal superior ha tomado sobre un tema. De igual manera, entiéndase por precedente judicial las decisiones de la Corte Constitucional, cuando sus efectos son erga omnes, por ejemplo: las sentencias tipo C o SU.

argumentos jurídicos que el Juez ha empleado en la resolución del caso en concreto, y, así visualizar si el Juez no ha resuelto coherentemente sobre los hechos relevantes o si ha tomado la decisión, con base en una norma que no debía ser aplicada, por no ser esta la que regula el objeto de estudio o por estar derogada.

Por otra parte, las normas procesales también establecen elementos o presupuestos para garantizar la imparcialidad del Juez en la decisión judicial. El Código General del Proceso, Código de Procedimiento Penal, Código de Procedimiento Laboral y de Seguridad Social, y, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señalan una serie de reglas procesales en los eventos en que las partes evidencien que los Jueces no pueden garantizar la imparcialidad, y, también en los escenarios en que sean los Jueces quienes manifiesten que no pueden conocer de un asunto toda vez que se encuentran impedidos, que en otros términos significa, que no puede garantizar la imparcialidad. Dichas reglas procesales son: los impedimentos y las recusaciones¹⁴.

v) Conclusiones

La decisión judicial es un tema de gran importancia para el derecho, a partir de la misma se reconocen o modifican derechos sustanciales, entre ellos derechos constitucionales, por ello, la decisión judicial debe estar alejada de toda impureza que la afecte en si misma, y, la convierta en un objeto vulnerador de derechos. En esta investigación se concluye que afectar la decisión judicial es afectar la tutela judicial efectiva, toda vez que, desde un punto de vista metodológico, para hablar de tutela judicial efectiva se requiere de una decisión judicial, que en términos de Taruffo (2020) debe ser legal y justa.

En dicho orden de ideas, se tiene que los presupuestos jurídicos de la tutela judicial efectiva, deben incluir los presupuestos jurídicos de la decisión judicial. Dentro de los primeros se concluye que son: acceso efectivo a la administración de justicia, respeto al debido proceso, y, resolución concreta del problema jurídico de manera efectiva y celera. Por otra parte, se manifiesta que los presupuestos de la decisión judicial son: que verse sobre los hechos jurídicamente relevantes; que aplique las reglas jurídicas adecuadas y permitidas; que se respete el debido proceso a las partes; y, adicionalmente, que la decisión judicial sea motivada con argumentos jurídicos.

Se señalo también en esta investigación que la decisión judicial puede ser afectada por sesgos cognitivos que no son regulados por el derecho, y, que en resumidas palabras son defectos y/o errores que suceden en el procesamiento de información de las personas al

¹⁴ Cada norma procesal establece el procedimiento para poder efectuarse los impedimentos y las recusaciones; en el caso del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) dichos trámites se encuentran en los artículos 140 a 147.

momento de tomar una decisión. (Kahneman, 2012). Se concluyo, a partir del estudio de la literatura, que los sesgos cognitivos más comunes son: Sesgo de confirmación, Sesgo retrospectivo, Sesgo heurística de representatividad, Sesgo efecto ancla, Sesgo de procedimientos heurísticos de la disponibilidad, Sesgo de grupo, Sesgo de personalidad y Sesos de emociones. De igual manera, que dichos sesgos vician la imparcialidad del Juez al momento de dictar la decisión judicial, y, como consecuencia de ello, se termina vulnerando la tutela judicial efectiva.

Por último, se concluyo que el ordenamiento jurídico cuenta con unos elementos y presupuestos plenamente establecidos para poder garantizar la imparcialidad del juez. Dichos elementos y presupuestos son: - desde una visión constitucionalista: La función disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la Independencia de los jueces en las decisiones judiciales [con respecto en el precedente judicial¹⁵], Publicidad de las decisiones judiciales; y, desde una visión del derecho procesal: los impedimentos y las recusaciones.

REFERENCIAS

- Baene Angarita, E. M. (2017) La motivación de la Sentencia en el Código General del Proceso. En C. A. Colmenares Uribe (Coordinador) Constitución y Tutela Judicial Efectiva. Bogotá, Colombia. Editorial Ibañez y Universidad Libre seccional Cúcuta.
- Barón, L. & Zapata Rotundo, G. J. (2018) Los sesgos cognitivos: de la psicología cognitiva a la perspectiva cognitiva de la organización y su relación con los procesos de toma de decisiones gerenciales. Revista Ciencia y Sociedad. Vol. 43. No. 1. Pág. 31-48. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/870/87055001003/html/>
- BBC News Mundo (2019) ¿Justicia ciega? Los curiosos experimentos que muestran cómo los sesgos afectan a los jueces. BBC News Mundo. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49093065>
- Broz'ek, B. (2020) The legal Mind, a new introduction to legal Epistemology. Nueva York. Cambrigde University Press.
- Clavijo Cáceres, D. G. (2018) Efectos del precedente judicial sobre la potestad discrecional de la administración. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. Obtenido de https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/139795/REDUCIDA_Precedentejudicial.pdf;jsessionid=8CFD9EF654770E0837BA1C051011F9B2?sequence=1

¹⁵ El respeto al precedente judicial que se menciona aquí, es el de acatar las decisiones tomadas por los jueces superiores o por motivar las razones por las cuales se aparta del mismo.

- Clavijo Cáceres, D., Guerra Moreno, D., & Yañez Meza, D. A. (2014). Método, metodología y técnicas de la investigación aplicadas al derecho (1 ed.). Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez & Universidad de Pamplona. Obtenido de http://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/31-08-2017_7b9061_60327073.pdf
- De la Rosa Rodríguez, P. I. & Sandoval Navarro, V. D. (2016) Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. *Revista Derecho Penal y Criminología*. Vol. 37. No. 102. Pág. 141–164. Obtenido <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4659>
- Kahneman, D. (2012) *Pensar rápido, pensar despacio*. Editorial Debate. Barcelona, España. Libro en formato digital.
- Kennedy, D. (2012) *La enseñanza del derecho como forma de acción política* (1ra Edición). Traducido por Teresa Beatriz Arijón. Buenos Aires, Argentina. Editores Siglo Veintiuno.
- Llinás Riascos, R. R. (2003) *El cerebro y el mito del yo. El papel de las neuronas en el pensamiento y el comportamiento humano*. Editorial Norma. Bogotá, Colombia.
- López Blanco, H. F. (2017) *Código General del Proceso. –Parte General–*. Bogotá D.C. Colombia. DUPRE Editores Ltda.
- Martín Diz, F. (2014) Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia. *Revista Europea de Derechos fundamentales*. No. 23. Pág. 161-176. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4945876.pdf>
- Montero Aroca, J. (2008) La imparcialidad judicial en el convenio europeo de Derechos Humanos. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Zaldivar Lelo de Larrea (Coordinadores) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IX, Derechos humanos y tribunales internacionales (Págs. 777-817) Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/33.pdf>
- Muñoz Aranguren, A. (2011) *La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación*. INDRET Revista para el análisis del derecho. Barcelona, España. Obtenido de <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/241333/323924>

- Páez, A. (2021) Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales. Revista Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas. Editor Universidad Externado. Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/72bbda10-f692-4b55-948a-0138efba5885>
- Pabón Giraldo, L. D. (2017) Incidencia de la argumentación jurídica en la decisión jurisdiccional. En Colmenares Uribe, C. A. (Coordinador) Constitución y Tutela judicial efectiva. Universidad Libre. Editorial Ibáñez. Cúcuta, Colombia.
- RAE (2021) Definición de Imparcialidad. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Obtenido de <https://dle.rae.es/imparcialidad>
- Rodríguez, C. (1997) La Decisión Judicial / H. L. A., Hart y Ronald Dworkin -estudio preliminar- Bogotá. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes.
- Taruffo, M. (2020) *Hacia la decisión justa*. Zela Grupo Editorial. Lima, Perú.
- Tversky, A. & Kahneman, D. (1974) *Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases*. Revista Science. Vol. 185. No. 4157. Pág. 1124 y ss.
- Wendell Holmes, O. Jr. (2012) La senda del Derecho. Traducción y estudio preliminar de José Ignacio Solar Cayón. Madrid. Editorial Marcial Pons –Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.-
- Constitución Política (1991) Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. Bogotá D.C. Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Ley 296 (1996) Congreso de la República de Colombia. Por la cual se expide la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Bogotá D.C. Colombia. Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html
- Ley 906 (2004) Congreso de la República de Colombia. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá D.C. Colombia. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Ley 1564 (2012) Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual

se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C. Colombia. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#1

Sentencia C-1083 (24 de octubre de 2005) Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. M.P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C. Colombia. Referencia: expediente D-5686. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-1083-05.htm>

Sentencia C-279 (15 de mayo de 2015) Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C. Colombia. Referencia: expediente D – 9324. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-279-13.htm#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20administraci%C3%B3n,por%20la%20integridad%20del%20orden>

Opinión Consultiva OC-9/87 (6 de octubre de 1987) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A No. 9. San José, Costa Rica. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf>