

Los test y su uso por la justicia constitucional***

Tests and their Use by the Constitutional Justice

RESUMEN

Los test son estructuras argumentativas usadas por los jueces constitucionales para resolver asuntos recurrentes. Los test instalan un terreno común de deliberación y argumentación, en el que participan los distintos actores de los procesos de control de constitucionalidad abstracto y concreto, para reforzar la legitimidad de las decisiones que adoptan los jueces en ese tipo de controversias. Este escrito examina los test usados por la justicia constitucional, en su variedad, consistencia y elementos constitutivos; señala la discrecionalidad estructurada como su fundamento y discute acerca de la legitimidad que tienen los tribunales y las cortes que elaboran y aplican estos test.

PALABRAS CLAVE

Test, justicia constitucional, estructuras argumentativas, casos difíciles, discrecionalidad judicial, legitimidad constitucional

ABSTRACT

Tests are argumentative structures used by constitutional judges to resolve recurring issues. The tests establish a common ground for deliberation and

* Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; especialista en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana; abogado de la Universidad Católica de Colombia. Ex magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Contacto: manuelquinche@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6552-947X>.

** Abogado de la Universidad del Rosario; magíster en Derecho por la Universidad del Rosario; especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia; estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes; miembro del Grupo de Investigación Prisiones, Política Criminal y Seguridad Ciudadana de la Universidad de los Andes. Contacto: m.arango112@uniandes.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6442-3374>.

*** Recibido el 23 de abril de 2024, aprobado el 20 de junio de 2024.

Para citar el artículo: Quinche Ramírez, M. F. y Arango Gallego, M. “Los test y su uso por la justicia constitucional”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 62, mayo-agosto de 2025, 35-56.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n62.02>

argumentation, in which the different actors in the processes of abstract and concrete judicial review participate, reinforcing the legitimacy of the decisions adopted by judges in this type of controversy. This paper examines the tests used by constitutional justice, in their variety, consistency and constitutive elements; it points to structured discretion as their foundation and discusses the legitimacy of the courts and tribunals that elaborate and apply these tests.

KEYWORDS

Test, constitutional justice, argumentative structures, hard cases, judicial discretionality, constitutional legitimacy

SUMARIO

Introducción. 1. Los test. Concepto y existencia. 2. La interpretación jurídica y los test constitucionales. 3. El fundamento de los test. La discrecionalidad judicial estructurada. 4. La legitimidad de las cortes para usar y crear test. 5. Los test en la justicia constitucional de Colombia. 6. A modo de conclusión. Referencias

INTRODUCCIÓN

Los jueces y órganos de la justicia constitucional, para la solución de asuntos recurrentes, han venido trasplantando, construyendo y aplicando estructuras argumentativas genéricamente denominadas *test constitucionales*, que les permiten abordar problemas jurídicos recurrentes y resolver los casos sometidos a su conocimiento, de un modo argumentalmente consistente, estableciendo, además, un terreno común de discusión y deliberación, en el que concurren los demandantes, los intervinientes y el tribunal o corte encargada de efectuar el control constitucional.

La existencia y el uso de esos test son un hecho innegable que se constata empíricamente. Los tribunales constitucionales, las cortes supremas de distintos países y tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, usan y construyen ese tipo de artefactos argumentales. Los más conocidos son el test de proporcionalidad y una de sus variables, el test de igualdad, mas no son los únicos, pues conviven con otros test y metodologías, como el test tripartito para libertad de expresión, o el test del plazo razonable, por ejemplo.

Este escrito describe, analiza y evalúa el uso de los test constitucionales y, para el efecto, presenta el concepto, describe sus variedades, explora su fundamento, muestra su utilidad, identifica los elementos problemáticos y se pregunta por la legitimidad de su construcción y uso. El texto finaliza con una referencia al caso colombiano, que resulta pertinente en la medida en

que algunas decisiones y prácticas argumentales de la Corte Constitucional de Colombia son analizadas y replicadas por otros jueces constitucionales de la región y por los jueces interamericanos.

Este texto es uno de los resultados del proyecto de investigación llamado *Test constitucionales. Test mayores y test menores*, que utilizó los métodos cualitativo e inductivo, en un trabajo que es descriptivo en cuanto al suceso de los test, analítico en su variedad, sus componentes e implicaciones y propositivo en la formulación de la discrecionalidad estructurada como fundamento de ellos. La investigación fue de tipo documental, y utilizó como fuentes fundamentales providencias judiciales, libros especializados, artículos de revistas e informes de investigación.

1. LOS TEST. CONCEPTO Y EXISTENCIA

La palabra *test* es un anglicismo, que se usa en castellano como sinónimo de expresiones como *prueba*, *examen* o *juicio*. En el caso de los test constitucionales, se les entiende como estructuras argumentativas, cuya aplicación contribuye a la solución de casos recurrentes que se plantean ante la justicia constitucional. Una parte de los casos constitucionales es difícil, en el sentido que no ofrece una solución única e implica el ejercicio de la discrecionalidad judicial.

Los test constitucionales, asumidos como estructuras argumentativas, se despliegan como metodologías, conjuntos de criterios, elementos o pasos, dispuestos por los tribunales o cortes encargados de efectuar el control abstracto y concreto de constitucionalidad. En sentido instrumental, son usados como herramientas, como guías estructuradas que resultan adecuadas a los procesos de deliberación, discusión y decisión que adelantan aquellos tribunales.

Las estructuras argumentativas a las que se denomina *test* se han convertido en una herramienta de uso recurrente para la solución de problemas jurídico-constitucionales. El más extendido es el test de proporcionalidad o de razonabilidad, caracterizado por Klatt y Meister como “el trasplante jurídico más exitoso de la segunda mitad del siglo xx”¹, señalando, además, que la proporcionalidad ha sido asumida en las democracias liberales² como un parámetro del control de la Constitución y los derechos fundamentales, como un “criterio universal de constitucionalidad” y como un “fundamento del constitucionalismo global”, lo cual también puede predicarse del test de igualdad. Sin embargo, los test ofrecen múltiples variedades y aplicaciones, como se describe a continuación.

1 Klatt, Matthias y Meister, Moritz. *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. México: UNAM, 2017, p. 8.

2 Klatt, Matthias y Meister, Moritz. *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. México: UNAM, 2017, pp. 3-9.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos usa, entre otros, el test para el plazo razonable, conformado por cuatro criterios: “(1) la complejidad del asunto, (2) la actividad procesal del interesado, (3) la conducta de las autoridades judiciales y (4) la afectación generada en la situación jurídica de la presunta víctima”³; o el test tripartito para casos relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión, conformado por tres elementos concurrentes⁴: (1) que las conductas y el régimen de responsabilidad sean previamente fijadas por la ley, en sentido formal y material; (2) que respondan a un objetivo permitido por la Convención Americana y (3) que sean necesarias en una sociedad democrática.

En el caso estadounidense pueden citarse, entre otros, el *strict scrutiny test*, o test de escrutinio estricto, usado por la Corte Suprema de Estados Unidos para casos de limitación de la libertad de expresión mediante leyes de los Estados federados⁵, dispuesto en dos pasos: (1) el gobierno debe demostrar que existe un interés apremiante para la existencia de la ley y (2) la ley está diseñada para lograr ese fin, pero aplicando el método menos restrictivo de la libertad de expresión disponible para el gobierno. Un segundo escrutinio es el *but-for test* para casos de discriminación con afectación de derechos civiles⁶, que permite analizar si una norma o conducta pública o privada es inconstitucional al violar el derecho federal. Se debe probar el test de “but-for”, es decir, “si no fuera por”, o “si no hubiera sido X, el individuo no hubiera sufrido Y”.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia también aplica y construye test, al igual que sus pares de la región. De este modo se tiene, por ejemplo, el test del paradigma del vivir bien, conformado por cuatro componentes⁷: (1) la denominada *armonía axiomática*, que implica que toda decisión emanada de la jurisdicción indígena originario campesina, en cuanto a sus fines y medios empleados, asegure la materialización de valores plurales supremos; (2) que la decisión sea acorde con su cosmovisión propia, conforme a la cual el juez deberá, con la metodología de la ponderación intracultural, cotejar la armonía y concordancia de la decisión emanada del pueblo o nación indígena originario campesino con su propia cosmovisión;

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 30 de junio de 2022: Caso Sales Pimienta vs. Brasil. Serie C, n.º 454, párr. 107. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_454_esp.pdf [consulta: 6 de febrero de 2025].

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de noviembre de 2021: Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador. Serie C, n.º 446, párr. 104. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_446_esp.pdf [consulta: 6 de febrero de 2025].

5 Suprema Corte de los Estados Unidos. Ashcroft vs. American Civil Liberties Union, 542 U.S. 656 (2004).

6 Suprema Corte de los Estados Unidos. Bostock vs. County Clayton, 590 U.S. (2020).

7 Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Bolivia, SCP 0484/2015-S2. Magistrado relator: Juan Oswaldo Valencia Alvarado, en <https://jurisprudencia.tecbolivia.bo/Fichas/fichaResultado/25087#> [consulta: 6 de febrero de 2025].

(3) la proporcionalidad de la decisión asumida por la jurisdicción indígena originaria campesina deberá ser ponderada según la naturaleza y gravedad de los hechos plasmados en la decisión en relación con la magnitud de la sanción impuesta; y (4) en el caso de las sanciones graves, deberá también ponderarse la decisión asumida en relación con la estricta necesidad de ella, pues el test del paradigma del vivir bien implicará asegurar que la decisión fue absolutamente necesaria para –en el marco de la interculturalidad– resguardar bienes jurídicos superiores amenazados con la conducta sancionada.

Otro tanto ocurre en Ecuador, pudiendo referir, entre muchos, el test para consulta de norma. Dijo en su momento la Corte Constitucional de Ecuador que “La consulta de norma efectuada dentro del control concreto de constitucionalidad deberá contener: 1. Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta. 2. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, y las circunstancias, motivos y razones por las cuales [*sic*] dichos principios resultarían infringidos. 3. Explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva de un caso concreto, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento de aplicar dicho enunciado”⁸, precisando, además, que tales consultas serán conocidas por la Sala de Admisión, que deberá verificar el cumplimiento de esos requisitos.

La Corte Constitucional de Colombia utiliza diversas clases de test tanto en el ejercicio del control abstracto como en el control concreto de constitucionalidad⁹. Entre los más conocidos se tiene el test de admisión de las demandas de inconstitucionalidad, también conocido como “sistema de filtros”¹⁰, de acuerdo con el cual la argumentación dispuesta por el accionante debe cumplir cinco criterios, los de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia; el test de sustitución, que es un escrutinio que se efectúa sobre las enmiendas constitucionales, o el test de subsidiariedad, que opera sobre las acciones de tutela, como se denomina en Colombia al recurso de amparo.

La evidencia muestra que el uso de los test puede ser singular o concurrente. Hay un uso singular cuando el juez aplica un solo test, como acontece, por ejemplo, cuando una medida legislativa o una acción son sometidas únicamente al test de proporcionalidad o al test de igualdad. Hay un uso concurrente de los test constitucionales cuando un mismo problema o situación da lugar a la aplicación simultánea o sucesiva de varios test, como ocurre al resolver casos

8 Corte Constitucional de Ecuador, Ecuador. Sentencia n.º 001-13-SCN-CC de febrero 6 de 2013, en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-13-SCN-CC> [consulta: 6 de febrero de 2025].

9 Una presentación integral de los test más utilizados por la Corte Constitucional de Colombia se encuentra en Quinche, Manuel. *Los test constitucionales*. Bogotá: Temis, 2022.

10 Roa, Jorge. *Control de constitucionalidad deliberativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, CEPC, 2019.

de control concreto tanto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en sentencias de amparo en distintos países.

2. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LOS TEST CONSTITUCIONALES

Una cuestión determinante es la pregunta por el fundamento de esos test. La respuesta a este cuestionamiento está vinculada a una cuestión previa, como es la de determinar la relación existente entre la interpretación jurídica y los test constitucionales.

Usualmente, cuando se habla de la interpretación jurídica se identifican tres concepciones básicas, que tienen consecuencias sobre la decisión judicial. Guastini señala que “con el vocablo ‘interpretación’ nos referimos a veces a un acto de conocimiento, otras veces a un acto de decisión, y otras a un acto de creación normativa”¹¹. De modo concurrente, Aguiló señala tres concepciones alrededor de la interpretación¹²: las concepciones cognitivistas, para las que la interpretación es un acto de naturaleza cognitiva, que consiste en averiguar el significado de un texto; las concepciones escépticas, para las que la interpretación es una actividad volitiva, que consiste en crear o decidir el significado de un texto; y las concepciones mixtas, para las que la interpretación es una actividad de naturaleza mixta, que consiste en elegir entre los diferentes significados convencionalmente posibles. Dentro de la misma línea y clasificación, Gascón y García¹³ refieren que existe la concepción objetivista o cognoscitivista de la interpretación, según la cual los textos legales tienen un significado propio u objetivo, que es la postura del formalismo jurídico del siglo XIX, que concibe la tarea judicial como una actividad puramente mecánica o silogística; la concepción subjetivista y escéptica de la interpretación, de acuerdo con la cual los textos legales no tienen un significado propio, consistiendo la interpretación en decidir y adjudicarles un significado que está influido por las actitudes valorativas de los intérpretes o por los intereses que rodean el caso. Esta postura correspondería al antiformalismo y al modelo subjetivista del juez, y habría sido desplegada por la jurisprudencia de intereses, la Escuela del Derecho Libre y el realismo jurídico estadounidense. Finalmente se tendría una posición intermedia, según la cual interpretar consiste en atribuir racionalmente significado al texto legal, afirmando, de un lado, el carácter más o menos discrecional de la interpretación y, del otro, la exigencia del ejercicio limitado y no arbitrario de esa discrecionalidad.

11 Guastini, Ricardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 45.

12 Aguiló, Josep. “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, en *Estado constitucional, derechos humanos y vida universitaria*, tomo IV, volumen 1. México: UNAM, 2015, pp. 1-31.

13 Gascón, Marina y García, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra, 2017, pp. 100-111.

Ahora bien, para efectuar la interpretación de las normas y para adjudicar el derecho en casos recurrentes, los jueces se vieron en la necesidad de construir instrumentos y modelos de decisión, que fuesen más allá de la aplicación formal de las normas (modelo cognitivista) o de la imposición de la voluntad (modelo escéptico). Entendieron mejor que resultaba conveniente establecer parámetros o criterios de evaluación, que, aplicados a los casos concretos, permitieran solucionar problemas recurrentes. En el control abstracto de constitucionalidad, el examen de las normas demandadas se limitó inicialmente al plano normativo, confrontando directamente la disposición legal con la Constitución Política. Sin embargo, la complejización del derecho, la práctica judicial y las necesidades del oficio condujeron a los tribunales a la identificación y estructuración de criterios que les permitieran solucionar de modo consistente casos recurrentes, dando lugar al establecimiento y uso de los test constitucionales, como ocurrió inicialmente con el test de proporcionalidad, que, en principio, permite evaluar y controlar cualquier tipo de intervención del legislador sobre los derechos de las personas¹⁴.

Sin embargo, en el caso de los test constitucionales, la discrecionalidad del juez ofrece un matiz adicional a la discrecionalidad que se ejerce al interpretar una norma en un caso difícil, pues lo que hace el tribunal es aplicar o construir una metodología que le permite abordar y resolver modelos de casos difíciles, como pueden serlo los casos de discriminación originados por la aplicación de una norma legal, evaluar la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales, verificar la existencia de una omisión legislativa relativa, etc. En tales casos, y en otros de similar dimensión, lo que acontece es el ejercicio de la discrecionalidad estructurada, entendida como una actividad pragmática que tiene como componentes normativos los pasos o elementos constitutivos del test constitucional.

3. EL FUNDAMENTO DE LOS TEST.

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL ESTRUCTURADA

A la pregunta por el fundamento de los test constitucionales se puede ofrecer, en principio, dos respuestas. La primera de ellas consiste en un lugar común, y de acuerdo con ella, los test constitucionales tienen como fundamento la racionalidad práctica. Una segunda respuesta señala que a la base de los test

14 La literatura alrededor del test de proporcionalidad es abundante. En este sentido, véase Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; Barak, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra, 2017; Casal, Jesús. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Bogotá: Temis-Konrad Adenauer Stiftung, 2020; Clérico, Laura. “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la CIDH”, en *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. México: UNAM, 2015, pp. 429-451; Klatt, Matthias y Meister, Moritz. *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. México: UNAM, 2017.

constitucionales se encuentra el ejercicio de la discrecionalidad judicial estructurada, que les permite a los jueces adoptar el test y exigir su aplicación a los usuarios de la justicia constitucional.

El concepto de *racionalidad práctica* tiene raíces kantianas y parte de la distinción existente entre la razón en uso teórico y la razón en uso práctico. El estudio de la argumentación jurídica ha renovado y recontextualizado el tema de la racionalidad práctica. En América Latina las referencias usuales son Alexy y Atienza. Este último señala que una decisión jurídica racional es aquella que es susceptible de ser justificada racionalmente y que para ello debe cumplir cuatro requerimientos¹⁵: (1) respetar las reglas de la lógica deductiva, en el sentido de que en su fundamentación no se contengan errores lógicos; (2) respetar los principios de la racionalidad práctica “básicamente en el sentido de Alexy”, que presupone la noción de *racionalidad lógica*, observando los principios de consistencia, relevancia, coherencia, generalización y sinceridad; (3) no eludir la utilización de alguna fuente de derecho de carácter vinculante; y (4) no utilizar como elementos decisivos de la fundamentación criterios éticos o políticos no previstos explícitamente por el ordenamiento jurídico.

Alrededor del punto señala Alexy que el modelo reglas/principios/procedimiento es el que asegura un máximo de razón práctica en el derecho y que “La elaboración de un procedimiento que asegure la racionalidad de la aplicación del derecho es objeto de la teoría de la argumentación jurídica”¹⁶, lo cual se materializa en un sistema de reglas y principios del discurso cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y sus resultados, que debe cumplir cuatro postulados de racionalidad práctica argumental¹⁷: (1) un grado sumo de claridad lingüístico conceptual, (2) un grado sumo de información empírica, (3) un grado sumo de universalidad y (4) un grado sumo de desprejuiciamiento, condiciones que solo pueden realizarse aproximativamente, permitiendo que las ponderaciones sean fundamentales racionalmente.

Un segundo modo de fundamentar los test constitucionales señala que en su base se encuentra el ejercicio de la discrecionalidad judicial estructurada. Esta postura parte de la distinción que se hace entre casos fáciles y casos difíciles, señalando que los primeros corresponden a los casos rutinarios, con bajo nivel de complejidad, que tienen variables definidas y que en general pueden ser resueltos de un modo más o menos uniforme por medio del mecanismo de la subsunción. En sentido contrario, los difíciles son casos complejos, que cuentan con numerosas variables o con variables indeterminadas, respecto de

15 Atienza, Manuel. “Sobre lo razonable en el Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, n.º 27, 1989, pp. 93-110.

16 Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 174.

17 Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 176.

los cuales el mecanismo usual de subsunción resulta insuficiente o inadecuado, dando paso a la discrecionalidad judicial. Dentro de esta comprensión, en los casos fáciles hay lugar a la aplicación más o menos mecánica del derecho, mientras que en los casos difíciles se ejerce la discrecionalidad judicial.

Aarnio diferencia entre decisiones rutinarias y decisiones discrecionales. Las decisiones rutinarias son mecánicas y no permiten discrecionalidad entre las alternativas. En estos casos “quien toma la decisión conoce tanto los detalles de la norma jurídica que hay que aplicar como el hecho ocurrido”¹⁸, precisando que allí la relación entre la norma y el hecho es simular a la de un objeto y su reflejo. Como casos rutinarios presenta la retención de impuestos en el pago de salarios, la determinación del monto de una pensión o el otorgamiento de un pasaporte. Las decisiones discrecionales tienen mayor complejidad y el rasgo típico está en que “más de una norma jurídica puede ser aplicada al mismo conjunto de hechos o la misma norma jurídica permite más de una interpretación”¹⁹. En estos casos el juez debe ejercer la discrecionalidad, pues está en la obligación de elegir entre las distintas normas que pueden ser aplicadas al caso, o entre las diversas interpretaciones de las normas o de los hechos puestos a su consideración.

Gascón y García presentan la distinción entre casos fáciles y casos difíciles en el plano de la interpretación del derecho: “la actividad interpretativa tiene carácter discrecional, lo cual significa que el intérprete dispone de un poder no estrictamente reglado para atribuir significado al texto legal”. Entienden igualmente que la interpretación no es una actividad libre, sino que las posibilidades interpretativas están limitadas o vinculadas, entre otros, por tres elementos: los usos lingüísticos atribuidos a las palabras, consignados en el marco semántico previamente reconocido; el significado de las palabras en contextos lingüísticos relevantes, especialmente el técnico jurídico; y las convicciones propias de la sociedad, que funcionan como contrapeso de las “huidas hacia adelante” del intérprete. En dicho escenario esos autores entienden que “un caso es difícil cuando la aplicabilidad de la norma al caso resulta controvertida, es fácil cuando su aplicabilidad no es objeto de dudas o discrepancias, independientemente de que en abstracto o en otros contextos tales dudas puedan plantearse”²⁰.

Desde la perspectiva del juez, Barak diferencia entre casos fáciles, casos intermedios y casos difíciles, utilizando como criterio de distinción la discrecionalidad judicial, entendida como “la facultad que tiene el juez de

18 Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 23.

19 Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 25.

20 Gascón, Marina y García, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra, 2017, p. 123.

elegir entre varias posibilidades, cada una de ellas lícita en el contexto del sistema”²¹. Su punto de partida es la constatación de la experiencia corriente de los usuarios del derecho. La mayoría de los ciudadanos obedece el derecho y no tiene dudas sobre lo que es lícito y lo que es ilícito, y la mayoría de las normas jurídicas no genera controversia, pues el orden que establecen es claro y conocido, sin que haya lugar al enfrentamiento entre visiones legítimas.

En los casos fáciles no hay lugar a la discrecionalidad judicial y se presentan cuando el significado de las normas respecto a un determinado sistema de hechos es tan simple y claro que su aplicación no implica discrecionalidad judicial. Los casos fáciles suponen procesos interpretativos, solo que las normas requieren un estudio y examen muy superficial. De este modo “un caso es un caso fácil si, tras un proceso de interpretación, el intérprete llega a una clara conclusión de que sólo existe una solución lícita a la controversia que tiene ante sí”²².

Los casos intermedios son una variante aditiva de los casos fáciles, y allí no hay lugar a la discrecionalidad judicial: “en los casos intermedios ambas partes parecen tener un argumento jurídico legítimo que respalda su posición”²³, pero un acto de interpretación consciente del juez permite concluir que el argumento de alguno de ellos carece de fundamento y que sólo hay una solución lícita. El autor los ilustra con “algunas situaciones típicas”: cuando una norma jurídica es a primera vista pasible de dos o más interpretaciones pero un análisis detallado indica que sólo una interpretación es posible; cuando el estudio del sistema normativo indica que una norma resulta aplicable al caso pero un análisis más detenido sugiere que esa norma no se aplica, como ocurre cuando una norma anterior vigente, general o derogada, es desplazada por una ley más reciente y específica; o cuando se desprende de las circunstancias que un precedente no es relevante al caso.

Solo en los casos difíciles existe discrecionalidad judicial. En tales casos el juez se enfrenta a una serie de posibilidades, todas ellas lícitas en el contexto del sistema, y debe efectuar una elección entre lícito y lícito, y no entre lícito e ilícito, como ocurre con los casos fáciles y los intermedios. Señala Barak que nada es difícil en abstracto, sino que el caso es difícil en relación con una determinada constelación de hechos y de normas: “Lo que hace difícil a un caso es simplemente el hecho de que no tiene una única solución lícita y que el juez se enfrenta a la necesidad de decidir entre varias soluciones lícitas. La decisión en sí misma puede, en último término, ser fácil para el juez”²⁴.

Barak discute con la teoría declarativa del derecho de Dworkin, de acuerdo con la cual la discrecionalidad judicial no conduce a la creación del

21 Barak, Aharon. *Discrecionalidad judicial*. Lima: Palestra, 2021, p. 135.

22 Barak, Aharon. *Discrecionalidad judicial*. Lima: Palestra, 2021, p. 68.

23 Barak, Aharon. *Discrecionalidad judicial*. Lima: Palestra, 2021, p. 70.

24 Barak, Aharon. *Discrecionalidad judicial*. Lima: Palestra, 2021, p. 73.

derecho, sino que constituye una puesta en práctica del potencial oculto del sistema. De este modo, cuando un juez interpreta una ley cuyo lenguaje es vago y oscuro; cuando un juez extrae una analogía de una norma existente; cuando un juez se desvía de la jurisprudencia existente; o cuando establece una nueva norma, no se asiste a un acto de creación del derecho, sino que simplemente se desarrolla el poder que irradia de la norma ya existente, o se da efecto a lo que estaba oculto en ella. Barak sostiene, en sentido contrario, que “la discrecional judicial significa la creación de Derecho por parte del juez. El juez elige entre las opciones lícitas y establece la opción única y vinculante, creando así nuevo Derecho”. No se trata de un acto mecánico, sino creativo, “Y esta creatividad no existe sólo en el plano mental, sino en el plano normativo. Se crea una nueva norma”²⁵.

Cuando una corte o un tribunal constitucional establece la metodología que constituye un test (el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia con el test del paradigma del buen vivir, la Corte Constitucional de Colombia con el test de sustitución o la Suprema Corte de Estados Unidos con el *strict scrutiny test*), crea una norma que deben cumplir todos los sujetos involucrados dentro del proceso de constitucionalidad, pues el demandante se verá en la necesidad de formular en sus alegatos la satisfacción del test que el Tribunal usa, a riesgo de que su demanda no sea admitida o de que su pretensión no sea considerada.

En todos aquellos casos en que un sistema jurídico haya instalado el uso de uno o varios test constitucionales, los sujetos concernidos se ven en la necesidad y hasta en la obligación de cumplir con los requerimientos metodológicos del propio test, pues se trata de exigencias normativas establecidas por la corte o el tribunal, que deben ser cumplidas por todos los usuarios intervinientes en los procesos de constitucionalidad, pues de no hacerlo, no serán atendidos en sus pretensiones o en sus intervenciones.

Dentro de esta comprensión, el fundamento de los test constitucionales se encuentra en el ejercicio de la discrecionalidad que tienen los jueces constitucionales, que, en principio, puede desplegarse en dos dimensiones: (1) frente a los casos difíciles, que les permite crear derecho tal y como ha venido aconteciendo, por ejemplo en Colombia, con las sentencias que reconocen el derecho al aborto, el derecho a la muerte digna, el matrimonio entre personas LGTBIQ+, el indicador no binario en los documentos de identificación y el registro civil; y (2) frente a los casos recurrentes, algunos de ellos difíciles, respecto de los cuales el tribunal trasplanta, adopta o construye una metodología o una estructura argumentativa, que le permitirá abordar y solucionar casos de la misma especie.

25 Barak, Aharon. *Discrecionalidad judicial*. Lima: Palestra, 2021, p. 160.

Dice Barak que la discrecionalidad judicial no se limita a la constatación de los hechos y la aplicación del derecho, pues también existe en la determinación del propio Derecho. Cuando una Corte establece y exige los test constitucionales, lo que propiamente hace es “formular directrices judiciales sobre el ejercicio de la discrecionalidad judicial”²⁶, cuyos destinatarios son tanto los usuarios y participantes de la justicia constitucional, como el propio juez. Con razón dice el autor que en los casos difíciles tanto el derecho como el juez están siendo juzgados, lo cual es perfectamente aplicable a los test, como lo demuestran las críticas formuladas a su adopción y aplicación.

4. LA LEGITIMIDAD DE LAS CORTES PARA USAR Y CREAR TEST

El tema de la legitimidad de los jueces constitucionales para efectuar el control de constitucionalidad resulta concurrente con la cuestión de la legitimidad que tienen los mismos jueces para elaborar los test y metodologías, y tiene argumentos en pro y en contra que ya han sido identificados.

La objeción más corriente señala que siete o nueve personas (los integrantes de la corte o del tribunal que efectúe el control de constitucionalidad) no pueden tomar decisiones que le corresponden al órgano de representación popular. Esta observación se encuadra dentro de lo que suele llamarse el argumento contramayoritario, de acuerdo con el cual los jueces y órganos de la justicia constitucional no tienen legitimidad para anular o dejar sin efecto las decisiones (leyes) adoptadas por el órgano de representación popular (Congreso de la República, Asamblea Nacional Legislativa, Cámara de Diputados o comoquiera que se la llame). Suele señalarse que la tesis del argumento contramayoritario fue formulada por Alexander Bickel en un texto titulado *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, publicado en 1962²⁷.

Como escenario de despliegue del argumento contramayoritario se menciona la oposición aparentemente inconciliable entre la democracia y el constitucionalismo. La democracia (cuando menos la democracia formal o mayoritaria) correspondería al conjunto de decisiones que toman los órganos de representación popular, cuyos miembros han sido elegidos por el pueblo (en este sentido, las mayorías deciden lo que sean la ley y el derecho), mientras que el constitucionalismo respondería al establecimiento de la Constitución normativa, la supremacía de la Constitución, el control y el tribunal constitucional, como instituciones encargadas de evitar o cuando menos limitar el uso indebido o abusivo del poder legislativo, mediante el ejercicio del control

26 Barak, Aharon. *Discrecionalidad judicial*. Lima: Palestra, 2021, p. 362.

27 Una versión en castellano del texto corresponde a: Bickel, Alexander. *La rama menos peligrosa, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2020.

constitucional, que permite expulsar del sistema jurídico las normas que hayan sido expedidas por los representantes del pueblo violando la Constitución.

La relación entre el constitucionalismo y la democracia suele ser presentada en los términos de una oposición que no puede ser resuelta. Sin embargo, existe la tendencia a entender que la objeción del argumento contramayoritario no es tan fuerte como se ha pretendido, y que no existe un conflicto real entre la democracia y el constitucionalismo, “sino que la tensión se presenta entre dos formas de implementar la democracia: la democracia de mayorías y la democracia constitucional”²⁸, en cuya defensa concurre la justicia constitucional, lo cual no significa la politización de esa jurisdicción, sino el ejercicio de protección de la democracia constitucional sobre otras maneras de implementar la democracia, como la democracia formal de las mayorías.

Ubicados en el anterior escenario, ¿cuál es la legitimidad de los jueces y órganos de la justicia constitucional para construir los *test* constitucionales y resolver los casos recurrentes de ellos? Rivera²⁹ señala que el argumento contramayoritario consiste en la imputación hecha inicialmente al *judicial review* y actualmente a la jurisdicción constitucional, del carácter antidemocrático de sus decisiones y que existen tres tipos de decisiones contramayoritarias: las decisiones contramayoritarias legislativas (por ejemplo, expedir una ley que contenga una reforma tributaria o una reforma pensional con la que la mayoría del pueblo no está de acuerdo); decisiones contramayoritarias administrativas (por ejemplo, la expedición de decretos presidenciales que restrinjan libertades personales o que nombren personas incompetentes en cargos públicos); y decisiones contramayoritarias jurisdiccionales (como aparentemente podrían serlo las sentencias sobre matrimonio entre personas LGTBIQ+, muerte digna y despenalización del aborto). Señala, además, que los autores en general no censuran las decisiones contramayoritarias del Congreso y del presidente, sino que centran los ataques en las decisiones de los jueces, siendo unas y otras aparentemente contramayoritarias.

Gargarella ha inventariado y repetido los argumentos básicos que tradicionalmente se esgrimen en contra de la legitimidad de las decisiones de los jueces constitucionales³⁰. El primer argumento apunta hacia la falta de legitimidad democrática del origen del juez constitucional: los congresistas, asambleístas y diputados son legítimos porque fueron elegidos por el pueblo mediante votación popular y lo representan, mientras que los jueces constitucionales (salvo el caso de Bolivia) no han sido elegidos por votación popular, sino

28 Osuna, Néstor y otros. “El sistema de justicia constitucional en Colombia”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina*, vol. 1. Bogotá: Max Planck Institute, Universidad Externado de Colombia, pp. 191-278.

29 Rivera, Mauro. “Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritario”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 22, México, 2010, pp. 223-260.

30 Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

mediante mecanismos institucionales o mixtos en los que no ha participado el pueblo directamente. Un segundo argumento señala que el poder judicial no puede tener “la última palabra” en materia constitucional, máxime si se considera lo permeable que puede ser la magistratura en Latinoamérica, a la presión de los grupos de poder. Una tercera razón apunta hacia la separación de poderes y el ejercicio de los límites funcionales. De acuerdo con esta, algunas de las sentencias de los jueces constitucionales implican el rompimiento del principio de separación de poderes y del orden democrático, en tanto que no sólo adoptan decisiones contrarias a la mayoría, sino que, mediante sentencias moduladas, asumen competencias que le corresponden al legislador y no a los jueces. Como cuarta cuestión señala que la reflexión individual y aislada de los jueces no garantiza la imparcialidad de un modo más certero que la propia reflexión colectiva. Dice además que la responsabilidad de los sujetos elegidos popularmente es mayor que la de los jueces.

Los argumentos sobre la legitimidad de la justicia constitucional y sus decisiones también son conocidos. Roa precisa el contenido de los cuatro argumentos principales³¹: (1) no hay incompatibilidad absoluta entre la representación que ejerce el Congreso y el control de constitucionalidad, pues en lugar de afectar la democracia, el *judicial review* contribuye a preservar las condiciones del procedimiento democrático, a mejorar la calidad de la representación y a proteger los derechos de las minorías; (2) hay situaciones en que la intervención judicial permite mantener las condiciones deliberativas y garantizar la eficacia o prevenir la ineficiencia de las decisiones legislativas; (3) la intervención de los jueces es idónea para garantizar algunos aspectos sustanciales de la democracia, como el aseguramiento de la autonomía individual; y (4) el control de constitucionalidad puede ser el escenario para una forma especial de representación que se denomina *deliberativa*, *argumentativa* o *meritocrática*, que cuenta con tres características centrales³²: los tribunales constitucionales también son escenarios de representación, los jueces pueden ser controlables por los ciudadanos y las decisiones de los jueces pueden tener un nivel cualitativamente superior a las decisiones legislativas.

La idea de que los tribunales constitucionales ejercen algún tipo de representación, o cuando menos contribuyen a ella, viene siendo desarrollada. Tushnet cuestiona la descalificación total que hace el constitucionalismo popular del constitucionalismo judicial, desde la noción de *contexto*, afirmando que en algunos escenarios estatales “Es posible que los tribunales constitucionales formen parte del constitucionalismo político si los vemos como un mecanismo por medio del cual los partidos políticos compiten por el

31 Roa, Jorge. *Control de constitucionalidad deliberativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, CEPC, 2019, p. 220.

32 Roa, Jorge. *Control de constitucionalidad deliberativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, CEPC, 2019, p. 244.

significado de la Constitución. Esto es, los tribunales constitucionales pueden servir como representantes de los partidos (y por tanto como representantes del pueblo)”³³. Rey sostiene que además de los congresos y asambleas legislativas existen otros actores, como los tribunales, que ayudan al sistema de representación en su conjunto: “Los tribunales no representan, pero los tribunales participan decisivamente en la representación del sistema”³⁴, al imponer controles sobre otros actores, al defender las representaciones anteriores de la voluntad popular o al defender las minorías que otros actores del sistema podrían afectar. Dentro de la misma línea se encuentra Roa y la afirmación del proceso de control de constitucionalidad como un escenario de representación deliberativa, argumentativa o meritocrática. La tesis concreta señala lo siguiente: “si el control de constitucionalidad es un escenario en el que se desarrolla un tipo especial de representación –como la que describen las tesis de Alexy, Pettit, Kumm y Sager–, la acción pública de inconstitucionalidad es el mecanismo idóneo para que sea el propio ciudadano quien active se mecanismo de representación. De esta manera se evita la instrumentalización hegemónica de la revisión judicial de las leyes y se crea una vía para hacer compatible el sistema de representación argumentativa con el principio de igual dignidad política”³⁵.

Finalmente, y respecto de la acusación que se hace al juez constitucional de afectar la separación de poderes, valga referir la observación de Guastini, de acuerdo con la cual la justicia constitucional no contradice en modo alguno el principio de separación de poderes, entendido en sentido fuerte, y esto se debe “a que allí donde se instituye una forma de justicia constitucional no se da el caso de que el poder legislativo y aquel jurisdiccional no estén separados, sino que el propio poder legislativo está dividido: repartido entre dos órganos, uno de los cuales sería electivo (el parlamento), mientras que el otro sería no electivo (el tribunal constitucional)”³⁶.

5. LOS TEST EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Corresponde ahora describir el despliegue de los test constitucionales en un escenario concreto, como es el sistema de justicia constitucional de Colombia, liderado por la Corte Constitucional, uno de los tribunales de mayor prestigio en la región.

33 Tushnet, Mark. “Derecho constitucional crítico y comparado”, en *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. México: UNAM, 2016, pp. 1-15.

34 Rey, Felipe. *El sistema representativo. Las representaciones políticas y sus normas*, tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2018, p. 134. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/664017/tfrs.pdf?sequence=1>.

35 Roa, Jorge. *Control de constitucionalidad deliberativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, CEPC, 2019, p. 277.

36 Guastini, Ricardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 310.

La expresión *test* comenzó a ser utilizada por la Corte Constitucional de Colombia durante la década de los noventa del siglo pasado, con el test de igualdad y el test para vías de hecho. Posteriormente y a comienzos de la década del dos mil, tuvo lugar la introducción de los elementos dogmáticos y la aplicación específica del test de proporcionalidad, que resultó expansiva, llegando al uso generalizado que se registra en la actualidad. Durante esa misma década se asistió a la construcción, el uso y la expansión de otros test constitucionales, como el de admisión de la demanda de inconstitucionalidad, el de sustitución, el de reserva de ley estatutaria, el de omisiones legislativas, el de subsidiariedad en acción de tutela, etc., dentro de una dinámica que hoy continúa con la construcción de test para derechos fundamentales nominados e innominados. La jurisprudencia reciente evita el uso de la expresión *test* para referirse a esas estructuras argumentativas y prefiere hablar de *criterios, pautas, elementos* o *guías* de la decisión. El tribunal no ha explicado este escrúpulo lingüístico, siendo que, en términos reales, lo que construye son test o pruebas conformadas por elementos o criterios de decisión.

Los test constitucionales en Colombia presentan una gran variedad y pueden ser agrupados o clasificados de diversas maneras, de conformidad con otros tantos criterios. De este modo, y de acuerdo con el tipo de control que se ejerza, puede hablarse de test constitucionales para control abstracto y de test constitucionales para control concreto; en segundo término y atendiendo a los usos y al ámbito de aplicación, se puede hablar de test frecuentes, referidos a las estructuras argumentativas recurrentes que se utilizan en la mayoría de los procesos de constitucionalidad, y de test ocasionales, que abordan cuestiones específicas o materias que no sean recurrentes en el examen de constitucionalidad. Finalmente, y atendido a su origen, se puede hablar de test trasplantados de otros sistemas, de test de origen doctrinal y de test criollos o locales, contruidos para resolver problemas y asuntos específicos de la justicia constitucional colombiana.

Entre los test de control abstracto se pueden mencionar, entre otros, el test de admisión de la demanda en acción de inconstitucionalidad, el test de sustitución de la Constitución, el test para omisiones legislativas relativas, el test para reserva de ley estatutaria y el test para evaluar los vicios de forma en el trámite de las leyes. Entre los test de control concreto se encuentran el test general sobre procedibilidad en acción de tutela, los test de subsidiariedad (el general y los especiales), el test de inmediatez, el test para tutela contra providencias judiciales, el test de nulidad de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional, etc. Más aún, la jurisprudencia constitucional ha construido test específicos que permiten evaluar la violación de derechos fundamentales en los casos concretos. De esta especie son el test para tutela en salud, el test sobre derechos de petición, el test sobre derechos de defensa, el test de igualdad, entre otros.

La distinción entre test frecuentes y test ocasionales tiene como criterio el uso de esas estructuras argumentativas por parte del tribunal. Entre los test frecuentes se cuentan el test de proporcionalidad, que es de uso expansivo; el test de admisión de la demanda de inconstitucionalidad, que se usa siempre que se ejerza la acción de inconstitucionalidad; el test general de procedibilidad de la acción de tutela, que se utiliza en todos los procesos de amparo; el test integrado de igualdad, que opera en todos los casos que comprometen ese derecho y los test de subsidiariedad y de inmediatez, entre otros. Los test ocasionales están relacionados con la solución de problemas específicos de constitucionalidad. Entre estos se cuenta el test que permite evaluar la afectación directa de las comunidades étnicas o tribales para la realización de consulta previa³⁷, o el test que permite establecer el grado de protección del derecho a la libertad de expresión en redes sociales, frente a los derechos al buen nombre, la honra y la intimidad³⁸, entre otros test especializados.

En una obra de reciente publicación, Quinche presenta los principales test que utiliza la justicia constitucional en Colombia, clasificados en tres grupos³⁹: los test del control abstracto, los test del control concreto de constitucionalidad y los test que se utilizan en uno y otro campo.

En el escenario del control abstracto, el autor presenta diez test: el test de admisión de la demanda de inconstitucionalidad; el test de sustitución, que es utilizado para efectuar el control de las enmiendas o reformas constitucionales; el test para el examen de los vicios de forma en que eventualmente haya podido incurrir el Congreso de la República durante el trámite de los proyectos de ley; el test sobre reserva de ley estatutaria, que es una metodología cuyo objetivo es verificar si una determinada regulación podía tramitarse como ley ordinaria o si, por el contrario, requería el trámite previsto para las leyes estatutarias; el test para los casos de omisiones legislativas relativas, cuyo objetivo es determinar los casos en que una norma viola la Constitución Política por no desarrollar una materia constitucionalmente obligatoria; los test para evaluar la constitucionalidad de los decretos que se dictan en los estados de excepción, que en Colombia son tres: el estado de guerra, la conmoción interior y la emergencia económica social y ecológica; los test sobre los límites del legislador, que se encuentran en proceso de configuración; el test para la modulación de los fallos de constitucionalidad, que establece los criterios que debe satisfacer la adopción de las sentencias condicionadas, las sentencias integradoras o las de inconstitucionalidad diferida, entre otras; el test de la cosa juzgada constitucional, que consiste en un juicio encaminado a establecer si la Corte Constitucional puede o no pronunciarse respecto de

37 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123/18. MM. PP.: Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny.

38 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-155/19. M. P.: Diana Fajardo.

39 Quinche, Manuel. *Los test constitucionales*. Bogotá: Temis, 2022.

una norma que ya fue demandada o examinada en el pasado; y el test sobre nulidad de los fallos de control abstracto de constitucionalidad, que permite dejar sin efectos las sentencias proferidas por la Corte Constitucional que hayan violado el debido proceso.

El control concreto de constitucionalidad en Colombia es muy dinámico, debido a las características del amparo o de la acción de tutela, como se le denomina allí. En dicho escenario la Corte Constitucional se ha visto en la necesidad de construir y utilizar numerosos test, entre los que destacan los siguientes: el test general de procedibilidad de la acción de tutela, conformado por cuatro elementos; el test de subsidiariedad, derivado del anterior, que permite establecer si el amparo procede de modo directo, o como mecanismo transitorio en los casos de perjuicio irremediable; el test para la tutela como mecanismo transitorio; el test de rechazo de la acción de amparo; el test de medidas provisionales en acción de tutela; el test de temeridad, que exige verificar la identidad de las partes, la identidad de la *causa petendi*, la identidad de las pretensiones y como cuarto elemento, desvirtuar la presunción de buena fe; el test para la figura del desacato, cuando se incumplen las órdenes contenidas en el amparo y el test para la tutela contra providencias judiciales.

Al lado de los anteriores, la justicia constitucional de Colombia, al igual que la de muchos países, aplica los test de proporcionalidad y de igualdad, en los escenarios del control abstracto y concreto de constitucionalidad. Igual sucede en escenarios donde la posible tensión entre principios o amenazas a derechos fundamentales irradia la necesidad del empleo de test, como sucede en materia penal⁴⁰.

Debe registrarse, finalmente, que la Corte Constitucional también viene construyendo y reiterando test específicos para derechos fundamentales. De modo simplemente enumerativo pueden mencionarse el test para derecho de petición⁴¹, el test sobre protección laboral reforzada⁴², el test en los casos de afectación del derecho a la libertad de expresión en entornos digitales⁴³, el test para el derecho fundamental innominado al cuidado⁴⁴ y el test sobre el derecho a la muerte digna⁴⁵, entre otros.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los test han demostrado ser útiles y prácticos, pues permiten la solución de problemas jurídicos desde la aplicación de criterios de evaluación previamente establecidos por la corte o el tribunal, con lo cual se evita que se imponga

40 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-318/08. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

41 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-337/23. M. P.: Cristina Pardo Schlesinger.

42 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277/20. M. P.: Alberto Rojas Ríos.

43 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-420/19. M. P.: José F. Reyes Cuartas.

44 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-011/25. M. P.: Natalia Ángel Cabo.

45 Corte constitucional de Colombia. Sentencia T-445/24. M. P.: Vladimir Fernández.

la subjetividad de los juzgadores. Así, por ejemplo, para saber si alguien fue discriminado o aconteció la violación del derecho a la igualdad, no se atenderá solo a la opinión o el criterio del juez, sino que se aplicará el test de igualdad.

Los test permiten el establecimiento de un terreno común de participación, deliberación y argumentación, compartido por la totalidad de los sujetos participantes dentro del proceso constitucional. De este modo los demandantes, los accionantes, los accionados, las autoridades públicas, los intervinientes y el juez constitucional concurrirán a la discusión y a la solución del caso en un escenario argumental compartido, que coloca a todos los participantes en un plano de igualdad argumental, que contribuye a la legitimidad del ejercicio de la discrecionalidad judicial que ejerce el juez en los casos difíciles.

En principio, los test constitucionales tienen carácter progresista, en el sentido de establecer criterios objetivos de evaluación, que permitirían neutralizar los prejuicios de algunos jueces. Sin embargo, al lado de esas ventajas, han sido identificados algunos elementos problemáticos, unos de carácter general y otros de carácter específico.

Como elementos problemáticos generales pueden señalarse la tendencia a incluir progresivamente nuevos criterios de evaluación dentro de algunos test, sin una justificación clara; los riesgos del uso estratégico del test o de las metodologías, que algunas veces resulta inevitable; la acumulación y la concurrencia simultánea de varios test, que dificulta y a veces impide la participación ciudadana en el debate constitucional, y un cierto mecanicismo que se explica por el uso recurrente del instrumento.

Al lado de las observaciones generales, han concurrido anotaciones críticas respecto de algunos test de los que se aplican en Colombia. De este modo, en contra del test de admisión de la demanda de inconstitucionalidad se señala que excluye al ciudadano corriente al exigirle experticias y destrezas en derecho constitucional, que le imponen cargas desproporcionadas al demandante. Respecto del test de sustitución, se censuran su banalización y la acumulación de esa metodología con otros test, que impone otras barreras al ciudadano. En lo que tiene que ver con el test para vicios de forma en el trámite de las leyes, se critica la flexibilización del control, que permite la convalidación de infracciones acontecidas durante el procedimiento legislativo, y en relación con el test sobre reserva de ley estatutaria, la crítica consiste en que funciona bien para el análisis integral de leyes pero se queda corto cuando el legislador ha fragmentado la regulación para eludir el control constitucional⁴⁶.

Finalmente, debe señalarse que a pesar de los problemas y de las observaciones críticas que suscita el establecimiento y uso de los test constitucionales, en la actualidad cuentan con una dinámica expansiva.

46 Corte Constitucional de Colombia. Salvamento de voto a la sentencia C-370/19. M. P.: Gloria Stella Ortiz.

REFERENCIAS

- Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Aguiló, Josep. “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, en *Estado constitucional, derechos humanos y vida universitaria*, tomo IV, volumen 1. México: UNAM, 2015.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.
- Atienza, Manuel. “Sobre lo razonable en el Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, año 9, n.º 27, 1989.
- Barak, Aharon. *Discrecionalidad judicial*. Lima: Palestra, 2021.
- Barak, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra, 2017.
- Bazán, Víctor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- Bickel, Alexander. *La rama menos peligrosa, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2020.
- Casal, Jesús. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Bogotá: Temis-Konrad Adenauer Stiftung, 2020.
- Clerico, Laura. “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la CIDH”, en *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. México: UNAM, 2015.
- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Gascón, Marina y García, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra, 2017.
- Guastini, Ricardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Guastini, Ricardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Klatt, Matthias y Meister, Moritz. *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. México: UNAM, 2017.
- Osuna, Néstor y otros. “El sistema de justicia constitucional en Colombia”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina*, volumen 1. Bogotá: Max Planck Institute-Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Quinche, Manuel. *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. Bogotá: Temis, 2020.

Quinche, Manuel. *Los test constitucionales*. Bogotá: Temis, 2022.

Rey, Felipe. *El sistema representativo. Las representaciones políticas y sus normas*. Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2018.

Rivera, Mauro. “Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritario”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 22. México, 2010.

Roa, Jorge. *Control de constitucionalidad deliberativo*. Bogotá: CEPC-Universidad Externado de Colombia, 2019.

Tushnet, Mark. “Derecho constitucional crítico y comparado”, en *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. México: UNAM, 2016.

Jurisprudencia

Ashcroft vs. American Civil Liberties Union, 542 US 656 (2004)

Bostock vs. Clayton County, 590 US (2020)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-543/96. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-215/99. M. P.: Martha Victoria Sánchez.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-673/01. M. P.: Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551/03. M. P.: Eduardo Montealegre.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-970/04. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-590/05. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1040/05. MM. PP.: Humberto Sierra Porto y otros.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-318/08. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-695/13. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-643/16. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123/18. MM. PP.: Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-155/19. M. P.: Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-163/19. M. P.: Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370/19. M. P.: Gloria Stella Ortiz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-420/19. M. P.: José F. Reyes Cuartas.

Corte Constitucional de Colombia. T-277/20. M. P.: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-116/21. M. P.: José Fernando Reyes.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-150/21. M. P.: Alejandro Linares.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-337/23. M. P.: Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-445/24. M. P.: Vladimir Fernández Andrade.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-011/25. M. P.: Natalia Ángel Cabo.

Corte Constitucional de Ecuador, Ecuador. Sentencia 001-13-SCN-CC de febrero 6 de 2013, en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-13-SCN-CC>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de junio 30 de 2022: Caso Sales Pimienta vs. Brasil (30 de junio de 2022). Serie C, n.º 454, párrafo 107, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_454_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de noviembre 24 de 2021. Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador (24 de noviembre de 2021). Serie C, n.º 446, párrafo 104, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_446_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia STP10994-2017. M. P.: Patricia Salazar Cuéllar (25 de julio de 2017), en <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20SEP2017/FICHA%20STP10994-2017.docx>

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Bolivia. SCP 0484/2015-S2. Magistrado relator: Juan Oswaldo Valencia Alvarado, en <https://jurisprudencia.tecbolivia.bo/Fichas/fichaResultado/25087#>