

**XXVII Encuentro de Tribunales, Cortes y Salas  
Constitucionales de América Latina**

**Concept Note**

**Panel # 1**

**Perspectivas y criterios jurisprudenciales de los tribunales, cortes  
y salas constitucionales para el reconocimiento de nuevos  
principios, nuevos sujetos y nuevos derechos**

**Jueves 22 de septiembre de 2022  
09:30 a.m. a 11:40 a.m. (hora Chile)**

La “creación” de nuevos derechos fundamentales es una tendencia que siguen en la actualidad muchos Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales (en adelante, “tribunales”) como una forma de dar respuesta a los nuevos peligros que se derivan de las transformaciones sociales y de los rápidos avances de la ciencia, la técnica y la informática.<sup>1</sup> Sin embargo, este fenómeno presenta muchos aspectos problemáticos que todavía no han sido abordados en profundidad ni en la teoría constitucional ni en la dogmática de los derechos fundamentales, pese a que este fenómeno tiene una gran importancia teórica y práctica para los propios tribunales.

Esta tendencia podría deberse, en parte, a los cambios sociales y técnicos que se dan en la realidad, pero también a las dificultades que muchas veces comporta la realización de reformas constitucionales. Los tribunales están llamados a resolver específicas controversias jurídico-constitucionales tomando como parámetro a la Constitución. Los tribunales, como también los demás poderes del Estado y órganos constitucionales, están también vinculados a la Constitución.

Sin embargo, cuando los tribunales “crean” un nuevo derecho pareciera que ejercen una función muy distinta a la de su función estrictamente jurisdiccional, toda vez que el resultado de su actuación implica, en el fondo, una expansión del catálogo de derechos fundamentales (y, por ende, una modificación de la Constitución) por una vía distinta al procedimiento formal de reforma constitucional. Hasta ahora, se

<sup>1</sup> Véanse, por ejemplo, el “derecho a la verdad” (establecido por la Corte Constitucional de Colombia [Resolución C-017/18] también por el Tribunal Constitucional peruano [STC 2488-2002/HC/TC], el “derecho al acceso al “acceso agua potable” en Argentina (Corte Suprema de Justicia, Resolución 42/2013), etc.

afirma que la facultad para modificar la Constitución no está reservada a los tribunales, sino al poder de reforma constitucional.<sup>2</sup>

Además, si los tribunales tienen la legitimidad, el poder y la función para crear nuevos derechos fundamentales se debería intentar dar respuesta a una cuestión metodológica trascendental, a saber: la especificación del o los métodos que ellos emplean en el proceso de creación iusfundamental. Sin una metodología preestablecida los tribunales podrían ser acusados de ejercer un decisionismo judicial puro o de un abuso de su poder constitucional. Esto en el entendido de que no toda transformación de la realidad social requiere necesariamente de la creación de un nuevo derecho.

Ya la doctrina ha advertido que la falta de claridad metodológica en este proceso creativo podría conducir también a una “inflación” o “hipertrofia” de los derechos fundamentales.<sup>3</sup> Esto hace que sea imprescindible que los tribunales y salas constitucionales realicen también una “prognosis de eficacia” del nuevo derecho fundamental. Por consiguiente, de lo que se trata es también de otorgar racionalidad y plausibilidad al proceso de creación de nuevos derechos fundamentales.

Si bien es verdad que las cuestiones y problemas que surgen como consecuencia de esta tendencia actual de los tribunales son complejas, diversas y no pueden agotarse evidentemente en esta sesión, también es cierto que ellos pueden condensarse en determinados tópicos de discusión, contruidos sobre la base de las preguntas que se formulan más adelante. En ese sentido, la sesión explorará el estado actual de la creación de nuevos derechos fundamentales en la región, tomando también en consideración la experiencia y jurisprudencia de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales. Sobre la base de ello, el presente panel abordará las siguientes preguntas orientadoras:

1. Sobre la legitimidad de los tribunales para crear nuevos derechos fundamentales:
  - a) ¿Están legitimados los tribunales para crear nuevos derechos fundamentales?
  - b) ¿De dónde derivan los tribunales esa legitimidad específica para ello? ¿Qué tipo de legitimidad requerirían los tribunales en este proceso?
  - c) ¿Son las denominadas “cláusulas constitucionales de derechos no enumerados” fuentes suficientes de legitimidad?

<sup>2</sup> En lugar de muchos, véase C. Winterhoff, *Verfassung, Verfassungsgebung, Verfassungsänderung*, Tübingen 2007, págs. 123 y ss.

<sup>3</sup> K. A. Bettermann, *Hypertrophie der Grundrechte*, Hamburg 1984, págs. 3 y ss.

2. Sobre el tipo de poder y función que ejercen los tribunales en la creación de nuevos derechos fundamentales:
  - a) ¿Siguen ejerciendo los tribunales “poder jurisdiccional” en la creación de derechos fundamentales? ¿Hasta qué punto podría sostenerse que más bien los tribunales ejercen acá un poder constituyente o, por lo menos, co-constituyente? ¿Qué tipo de función (distinta a la de juzgar) estarían desempeñando los tribunales en la creación de nuevos derechos?
3. Sobre los criterios metodológicos que emplean los tribunales en el proceso de creación iusfundamental.
  - a) ¿Los tribunales disponen de herramientas o instrumentos metodológicos idóneos para analizar y procesar las transformaciones de la realidad?
  - b) ¿Qué criterios o reglas emplean o deberían emplear los tribunales para la creación de nuevos derechos fundamentales?
  - c) ¿Cómo y bajo qué criterios deberían hacer los tribunales la “prognosis de eficacia” del nuevo derecho fundamental?
4. Sobre los límites que deben observar los tribunales en este proceso frente al poder de reforma constitucional.
  - a) ¿Cuáles son los límites que deben respetar los tribunales en la creación de nuevos derechos frente al poder de reforma de la Constitución? ¿Pueden ser estos derechos derogados o modificados por el poder constituyente originario?
  - b) ¿En qué casos los tribunales deberían preferir que el poder constituyente constituido sea el que incorpore en la Constitución un nuevo derecho fundamental?

### CRITERIOS METODOLÓGICOS

Los paneles cerrados de discusión tienen como objetivo plantear los principales aspectos y discusiones de cada uno de los temas a tratar, y crear un espacio crítico de debate, así como un intercambio constructivo de ideas. Los paneles iniciarán con una corta introducción del moderador, para después dar lugar a las ponencias de tres a cinco jueces, ministros y magistrados constitucionales (10 minutos cada intervención) y, posteriormente, a un espacio de discusión (intervenciones cortas) con todos los participantes.