

SANTIAGO LEGARRE

Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesor Titular de
Derecho Constitucional (UCA). Investigador independiente del CONICET

Ensayos de derecho constitucional



Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

CIUDAD DE BUENOS AIRES

ÍNDICE GENERAL

ESTUDIO PRELIMINAR	21
--------------------------	----

PARTE PRIMERA

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

I

TALLER DE ESCRITURA PARA ESTUDIANTES DE DERECHO: UNA EXPERIENCIA DOCENTE EN LA UCA

1. El modelo puro (2008)	33
2. El modelo puro con ayudantes (2009)	37
3. El modelo impuro: “Comme il faut” y formación docente (2010)	39
4. Conclusiones y balance	40
5. Apéndice de novelas asignadas en el taller	42

II

DISTINTAS MANERAS DE ENSEÑAR

.....	43
-------	----

III

LA INVEROSÍMIL PROFESIÓN DE PROFESOR DE DERECHO

1. ¿Abogado o profesor de Derecho?	49
2. El profesor verdadero	50

IV

LA INVEROSÍMIL PROFESIÓN DE ESTUDIANTE
DE DERECHO

1. Situación del estudiante de Derecho.....	55
2. El estudiante verdadero.....	55
3. Para que estudiar sea una profesión.....	57
4. Una nota de optimismo.....	58

PARTE SEGUNDA

LAS ACCIONES PRIVADAS DE LOS HOMBRES
Y LA MORAL PÚBLICA

I

ALGUNOS ASPECTOS DE LA OBJECCIÓN
DE CONCIENCIA

1. La objeción de conciencia en la historia: mártires y perseguidos.....	61
2. Licitud de la objeción de conciencia.....	62
3. Objeción de conciencia y desobediencia civil.....	64
4. Nuestra Corte y la objeción de conciencia: el caso "Portillo" (1989).....	66
a) Los hechos.....	66
b) El "holding" del voto mayoritario.....	66
c) El "holding" del voto minoritario.....	67
d) Observaciones: ¿fantasmas o realidades?.....	68

II

ORIENTACIÓN SEXUAL Y DERECHO

1. Introducción.....	71
2. Los hechos del caso "Romer v. Evans".....	71
3. El fallo de la Corte Suprema.....	73
a) Voto de la mayoría.....	73
b) Voto de la disidencia.....	75
4. La neutralidad subyacente.....	77
5. La sociedad, el Derecho y la homosexualidad.....	79
6. Conclusión.....	83

III

ENSAYO DE DELIMITACIÓN DE LAS "ACCIONES
PRIVADAS DE LOS HOMBRES"

1. Introducción.....	85
2. La libertad humana y la vida en sociedad.....	85
3. El principio del artículo 19 de la Constitución nacional según la doctrina.....	92
4. La interpretación del artículo 19 en la jurisprudencia de la Corte Suprema.....	102
5. Las conductas personales y la moral pública.....	108

IV

ENSAYO DE DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO
DE MORAL PÚBLICA

1. Introducción.....	115
2. Poder de policía y moralidad pública: explicación histórica y derecho vigente.....	117
3. En búsqueda de una definición de moral pública.....	123
4. Reflexiones finales.....	128

V

ACCIONES PRIVADAS SIN PRECEDENTES

1. Mayoría y voto concurrente: la eterna confusión.....	133
2. La privacidad como goma de mascar.....	139

PARTE TERCERA

LA CORTE SUPREMA Y LA TENENCIA DE DROGAS
PARA USO PERSONAL

I

TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA USO
PERSONAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD

1. Introducción.....	147
2. Caso "Colavini": la Corte conservadora (1978).....	147
a) Los hechos.....	147

b) "Holding" del fallo	147
c) Observaciones	148
3. Caso "Bazterrica": la Corte activista-liberal (1986)	149
a) Los hechos	149
b) "Holding" del fallo	149
c) Observaciones	149
4. Caso "G. A. M.": ¿marcha atrás?	150
a) Los hechos	150
b) "Holding" del fallo	151
c) Observaciones	151
5. Conclusión	153

II

LA CORTE SUPREMA Y LA TENENCIA
DE ESTUPEFACIENTES

Nuevos ministros, vieja doctrina

1. Introducción	155
2. Los hechos	156
3. El voto de Petracchi: vigencia del individualismo	157
4. El voto mayoritario: una postura más realista	159
5. El cambio de la jurisprudencia y la seguridad jurídica	161
6. Valoración global	162

III

TENENCIA DE DROGAS PARA USO PERSONAL
Y ESTABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA:
"COLAVINI", "BAZTERRICA" ... ¿Y LA CORTE
ACTUAL "ESTARÁ A LO DECIDIDO"
EN "MONTALVO"?

1. La selección de ciertos problemas, la exclusión de otros, y una transgresión cuestionable	165
2. Los zigzagueantes antecedentes jurisprudenciales de "Thomas" y "Nonikov"	167
a) De "Colavini" a "Bazterrica" y de "Bazterrica" a "G., A. M."	167
b) "Montalvo", la bestia negra de los negadores de la relevancia política de lo bueno y lo justo	172
3. Los dos casos comentados: un valle de sombras	178
4. Un futuro incierto y crucial para saber quién es quién en la "nueva" Corte	185

IV

¿DEBE LA CORTE ESTAR A LO DECIDIDO
EN "MONTALVO"?

.....	187
-------	-----

V

LA CORTE, LAS DROGAS Y UNA MAYORÍA
DUDOSA

1. Las tesis de la sentencia "Arriola"	191
2. Los votos de la sentencia	192

PARTE CUARTA

MISCELÁNEA DE DERECHOS
HUMANOS

I

¿ES REALMENTE MONSTRUOSA LA SENTENCIA
"ÁLVAREZ MACHAIN"?

1. Introducción	201
2. Juez, derecho y norma	201
3. ¿Constituye una opción para el juez la aplicación del derecho internacional?	204
4. Reflexiones finales y dudas considerables	205

II

UNA VELADA DISCRIMINACIÓN
DE MINORÍAS POLÍTICAS

1. El caso	209
2. La tesis	209
3. Una norma que refuerza el principio	212
4. La cuestión económica, antes y después del nuevo régimen de fondos partidarios (decreto 2089/92)	213
5. En las fronteras de lo jurídico	214

III

CRIMES AGAINST HUMANITY, REASONABLENESS
AND THE LAW: THE SIMÓN CASE
IN THE SUPREME COURT OF ARGENTINA

- | | |
|---|-----|
| 1. Introduction..... | 217 |
| 2. The history of the "Simón" case | 218 |
| 3. May crimes against humanity be subject to amnesty? | 224 |

IV

LOS USOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL
COMPARADO Y LA UNIVERSALIDAD
DE LOS DERECHOS HUMANOS

(En colaboración con Cristóbal Orrego)

- | | |
|--|-----|
| 1. Introducción..... | 229 |
| 2. El derecho constitucional comparado a la luz de la experiencia estadounidense..... | 231 |
| a) El análisis constitucional comparado como fenómeno cultural | 231 |
| b) El uso del derecho constitucional extranjero por la Corte Suprema | 235 |
| c) Elementos para una teoría del uso del derecho extranjero en la adjudicación constitucional | 240 |
| 3. La universalidad de los derechos humanos, presupuesto del uso del derecho constitucional comparado en sede jurisdiccional | 243 |
| a) El desafío del multiculturalismo relativista | 245 |
| b) La fuerza racional de lo justo y el recurso a la jurisprudencia extranjera | 248 |
| c) Adaptación histórica de lo justo racional y falibilidad de la razón jurídica..... | 251 |
| 3. Conclusiones | 255 |

V

EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA RIGE
EN EL JUICIO POLÍTICO

(En colaboración con José S. Elías)

- | | |
|---|-----|
| 1. Los hechos | 257 |
| 2. Sobre las llamadas "garantías judiciales" de la Convención.. | 258 |
| 3. Una digresión sobre el juicio político | 260 |
| 4. Aspectos no revisables del juicio político | 264 |

- | | |
|---|-----|
| 5. Aspectos revisables del juicio político..... | 267 |
| 6. Indemnización, restitución, reparación..... | 269 |

VI

IGUALDAD VARÓN-MUJER: CUANDO ANNA KARENINA
PATEÓ EL TABLERO

- | | |
|---|-----|
| 1. Mujeres choferes..... | 273 |
| 2. Igualdad moral entre los sexos | 274 |
| 3. Desigualdades no morales entre los sexos | 275 |

PARTE QUINTA

EL FEDERALISMO Y EL PODER DE POLICÍA

I

EL PODER DE POLICÍA EN LA HISTORIA
CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

- | | |
|--|-----|
| 1. Nace la idea de "policía"..... | 281 |
| 2. La idea de policía en los Estados Unidos..... | 289 |
| 3. Una cuestión de nombres: de "policía" a "poder de policía" .. | 295 |
| 4. El poder de policía, "broad" y "narrow" | 297 |
| 5. Conclusión | 302 |

II

PODER DE POLICÍA DE LA SALUD: LA IRRESISTIBLE
TENDENCIA DE LO FEDERAL

- | | |
|--|-----|
| 1. Introducción..... | 303 |
| 2. Un caso de la Corte Suprema que ilustra la tendencia federalista..... | 304 |

PARTE SEXTA

TRATADOS INTERNACIONALES

I

EL TRATADO INTERNACIONAL Y SU LEY APROBATORIA
EN EL DERECHO ARGENTINO

- | | |
|----------------------|-----|
| 1. Introducción..... | 313 |
|----------------------|-----|

16	ENSAYOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL	
2.	El caso	313
3.	La curiosa situación del inciso perdido	316
4.	¿Aplicación de la ley o del tratado?	319
5.	Publicidad y obligatoriedad de las normas internacionales convencionales	330
6.	“En las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional)	332
7.	Conclusión	336

II

DIFERENCIAS TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES
EN MATERIA DE TRATADOS
INTERNACIONALES

.....	337
-------	-----

PARTE SÉPTIMA

EL RECURSO EXTRAORDINARIO ANTE LA CORTE
Y EL REQUISITO DE LA TRASCENDENCIA

I

ARBITRARIEDAD, TRASCENDENCIA
Y DERECHO COMÚN

1.	Introducción	343
2.	El anuncio de la nueva doctrina	344
3.	La irrupción del derecho común en la Corte	345
4.	Las consecuencias del nuevo enfoque	348
5.	Conclusión	348

II

EL REQUISITO DE LA TRASCENDENCIA
ES EL RECURSO EXTRAORDINARIO

1.	Introducción	351
2.	Del recurso extraordinario al “certiorari”	356
3.	El “certiorari” negativo	359
4.	El “certiorari” positivo	362

ÍNDICE GENERAL

17

5.	El “certiorari” y la doctrina de la arbitrariedad	380
6.	Conclusión	386

III

“PER SALTUM” Y DECRETOS DE NECESIDAD
Y URGENCIA EN UN CASO
TRASCENDENTE

1.	El caso	389
2.	Otra vez un “per saltum” encubierto	389
3.	Los actores carecían de legitimación	395
4.	Los sujetos y el alcance del control de los decretos de necesidad y urgencia	397
5.	Conclusión	403

IV

EL “PER SALTUM” EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA

1.	“Per saltum” con nombre y apellido	405
2.	“Per saltum” encubierto	408
3.	Ni legalidad ni emergencia	411
4.	“Per saltum” legal	413

V

UNA PUESTA AL DÍA EN MATERIA
DE “CERTIORARI”

1.	El artículo 280 y el “certiorari”	419
2.	El uso efectivo de la herramienta	420
3.	La constitucionalidad del artículo 280	421
4.	El significado de la fórmula desestimatoria	424
5.	“Certiorari” positivo	425
6.	El artículo 280 y el recurso ordinario de apelación	429

VI

EL 280: MAL DE TANTOS, CONSUELO
DE TONTOS

.....	433
-------	-----

PARTE OCTAVA

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

I

"STARE DECISIS" Y DERECHO JUDICIAL: A PROPÓSITO
DE LAS ENSEÑANZAS DEL PROFESOR
BIDART CAMPOS

- | | |
|---|-----|
| 1. El "stare decisis" en el "common law"..... | 439 |
| 2. Bidart Campos y el derecho judicial..... | 441 |
| 3. La obligatoriedad en el derecho argentino..... | 445 |

II

REDESCUBRIENDO EL QUÓRUM EN LA CORTE
SUPREMA: LA LEY 27 Y SU ANTECEDENTE
ESTADOUNIDENSE

- | | |
|---|-----|
| 1. Introducción..... | 449 |
| 2. Regulación legal vs. regulación reglamentaria..... | 449 |
| 3. El quórum en la ley 27..... | 452 |
| 4. El quórum en la "Judiciary Act" de 1789: análisis comparativo..... | 453 |
| 5. Confirmación legislativa y jurisprudencial de la lectura en clave de quórum..... | 457 |
| 6. El régimen de mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos..... | 461 |
| a) La regla de la mayoría sobre el quórum..... | 461 |
| b) Consecuencias de la regla de la mayoría sobre el quórum para la teoría del precedente..... | 466 |
| c) La "Briscoe Policy"..... | 470 |
| d) Empates en la Corte Suprema estadounidense..... | 473 |
| 7. El régimen de mayoría para decidir de la ley 27..... | 475 |

III

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL DERECHO
COMÚN DE LA NACIÓN

- | | |
|--|-----|
| 1. Sueños y pesadillas federales..... | 479 |
| a) En los Estados Unidos..... | 479 |
| b) En la Argentina..... | 480 |
| 2. La Corte Suprema y la interpretación del derecho común... | 483 |

IV

EL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL DERECHO
CONSTITUCIONAL ARGENTINO

- | | |
|---|-----|
| 1. Centralidad del precedente..... | 489 |
| 2. Facetas del precedente..... | 491 |
| 3. ¿Precedente judicial en la Argentina?..... | 493 |

V

NULIDAD DE SENTENCIAS
DE LA CORTE SUPREMA

- | | |
|---|-----|
| 1. Panorama..... | 499 |
| 2. Nulidad por defecto en el tribunal..... | 501 |
| 3. Hoja de ruta para manejar nulidades en la Corte..... | 504 |
| a) Nulidad por falta de quórum..... | 504 |
| b) Nulidad por falta de mayoría..... | 504 |
| c) Nulidad por falta de motivación..... | 505 |
| d) Nulidad por causales varias..... | 505 |

PARTE NOVENA

LA RENOVACIÓN DE LA FILOSOFÍA
DEL DERECHO

I

APUNTES PARA UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL
DE JOHN FINNIS

- | | |
|---|-----|
| 1. Selección del punto de vista..... | 509 |
| 2. Algunos rasgos personales relevantes para una biografía intelectual..... | 512 |

II

EL IUSNATURALISMO POSITIVISTA
DE JOHN FINNIS

- | | |
|--|-----|
| 1. Presentación biográfica..... | 525 |
| 2. Caso central y casos aguados..... | 530 |
| 3. El punto de vista interno..... | 534 |
| 4. El caso central del punto de vista interno..... | 538 |

5. Un iusnaturalismo distinto	540
-------------------------------------	-----

III

JOHN FINNIS. LA LUCHA POR EL VERDADERO
DERECHO NATURAL

1. "Lo bueno natural" y "lo justo natural"	543
2. Sentido normativo del derecho natural	547
3. El iusnaturalismo "débil" ¿es iusnaturalismo?.....	552

IV

LA DERIVACIÓN DEL DERECHO POSITIVO A PARTIR
DE LA LEY NATURAL Y LOS PRINCIPIOS
JURÍDICOS: UN DIÁLOGO CON JOHN FINNIS

1. El contexto del debate	557
2. La relación entre derecho natural y derecho positivo en Santo Tomás	558
3. Las dos interpretaciones del precepto "no matarás"	559
4. La respuesta del profesor Finnis a mi interpretación, y mis conclusiones.	564

LISTA DE PUBLICACIONES DEL AUTOR

Libros y artículos especializados	565
Publicaciones en otros idiomas.....	571
Otras publicaciones	572