

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