

# En disidencia. Historia del voto en soledad en la Corte Suprema

por JERÓNIMO LAU ALBERDI<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. — 2. LA HISTORIA COMO PUNTO DE PARTIDA. 2.1. TRES RAZONES PARA ESTUDIAR LA HISTORIA DE LA CORTE SUPREMA. 2.2. EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS OPINIONES EN DISIDENCIA. — 3. LA VOZ DEL DISENSO: ORÍGENES EN ARGENTINA. 3.1. LA INNEGABLE INFLUENCIA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO. 3.2. LA PRIMERA DISIDENCIA EN LA HISTORIA DE LA CORTE SUPREMA. — 4. LA DINÁMICA DE LAS DECISIONES JUDICIALES: LAS DISIDENCIAS EN LA BALANZA. 4.1. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA DISIDENCIA. 4.2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DISIDENCIA. — 5. CONCLUSIÓN.

## 1. Introducción

La Corte Suprema valora el consenso. De hecho, los jueces que integran los máximos tribunales nacionales suelen coincidir muchas más veces de las que suelen disenter. Son los casos difíciles en donde el análisis de interpretación constitucional se vuelve opinable y, por ende, materia debatible tanto puertas afuera como dentro del tribunal.

Cuando John Roberts asumió como presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, afirmó que una de sus principales prioridades era reducir el número de votos en disidencia emitidos por los miembros de la Corte<sup>(1)</sup>. Roberts considera que el disenso es un síntoma de disfunción<sup>(2)</sup>. Esta creencia es compartida por muchos jueces del pasado y del presente, el más famoso de los cuales es su predecesor, John Marshall, quien descartó prácticamente toda disidencia durante sus 35 años como *Chief Justice*. Uno de sus argumentos es que la disidencia debilita a la Corte al exponer divisiones internas. La Corte funcionaría mejor, y tal vez sería más eficiente, si hablara con una sola voz a la hora de decidir casos y crear precedentes que guíen a los tribunales inferiores, pues, tal como decía el juez Louis Brandeis, “es más importante que se establezca la norma de derecho aplicable antes de que el caso se resuelva correctamente”<sup>(3)</sup>. De ahí que hubiera jueces que

calificaran a las disidencias como “literatura subversiva”<sup>(4)</sup> o incluso tildarlas de “inútiles”<sup>(5)</sup>.

Sin embargo, desde otra perspectiva, jueces como Harlan Stone y William Brennan vieron a la disidencia como una práctica saludable, e incluso necesaria, que mejora la forma en que se elabora la regla jurídica contenida en una sentencia<sup>(6)</sup>. Se consiguen mejores resoluciones con disidencias que sin ellas<sup>(7)</sup>. Y esto es así, básicamente, por dos razones: primero, porque los disidentes ofrecen interpretaciones jurídicas distintas a otros jueces, abogados, actores políticos, y futuros litigantes; y segundo, los disensos son esenciales para revelar la naturaleza deliberativa de la Corte, que a su vez mejora su autoridad y legitimidad institucional como poder de gobierno.

Entonces, ¿son las disidencias un síntoma de una Corte disfuncional o constituyen una práctica sana? Tanto en los inicios de la Suprema Corte de los Estados Unidos como en los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la regla ha sido el consenso. Las primeras muestras de desacuerdo explícito aparecieron tímidamente recién con el tiempo. De modo que este trabajo responde a esa pregunta desde una perspectiva histórica: al cumplirse 160 años de la primera sentencia del Máximo Tribunal argentino<sup>(8)</sup>, resulta necesario examinar los antecedentes para comprender mejor el presente.

Este artículo está organizado de la siguiente manera.

La primera parte comienza con la historia, el punto de partida lógico y natural para explicar cualquier debate contemporáneo. Tras justificar por qué es relevante estudiar la historia de la Corte Suprema, lo que sigue es explorar en el pasado angloamericano de las opiniones en disidencia.

La segunda parte ingresa en la realidad argentina: para eso, se examinan las raíces del sistema judicial del país, y se narra y contextualiza la primera disidencia registrada en la colección oficial de Fallos de la Corte.

La tercera parte delimita el objeto de este trabajo. En el escenario judicial contemporáneo, se observa una creciente tendencia a emitir votos disidentes en la Corte Suprema<sup>(9)</sup>, reflejando una resonancia de las tensiones y diversidad ideológica presentes en la sociedad. A pesar de que estos votos en soledad representan un desafío —y un audaz contrapunto al consenso— también han suscitado preocupaciones sobre su impacto en la legitimidad, autoridad y cohesión de la Corte. Mientras que las disidencias pueden enriquecer la decisión final que se adopte, aportando perspectivas diversas y dándole voz a las minorías, también plantean riesgos al revelar inclinaciones ideológicas

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *La jurisprudencia de la Corte Suprema como fuente del derecho en fallos recientes*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2007-302; *Algunas reflexiones sobre la justicia desde la justicia*, por IRIDE ISABEL MARÍA GRILLO, EDCO, 2011-630; *Independencia judicial: los jueces en democracia*, por GERMÁN D. HIRALDE VEGA, EDCO, 2012-624; *Independencia judicial. Viaje a la conciencia de dos jueces de la Nación*, por GERVASIO CAVIGLIONE FRAGA, ED, 260-836; *Fortalecimiento del federalismo y los principios de cooperación leal y subsidiariedad*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2013-591; *Control de constitucionalidad de oficio: oscilaciones de la Corte Suprema entre una tesis débil y una tesis fuerte*, por JUAN JOSÉ LAGO, EDCO, 2014-544; *El anuncio del fin del recurso ordinario ante la Corte Suprema*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2015-158; *La Corte Suprema, guardiana de la Constitución: división de poderes, independencia judicial y protección de los derechos constitucionales*, por JUAN SANTIAGO YLARRI, EDCO, 2015-601; *La Corte Suprema y la reforma de la Justicia*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2017-5725; *La inconstitucionalidad del régimen de subrogancias. La garantía del juez natural*, por CARLOS ENRIQUE LLERA, ED, 263-1030; *Las transiciones judiciales europeas (De cómo los jueces interpretan el derecho en tiempos turbulentos)*, por WALTER F. CARNOTA, ED, 272-474; *Derecho y política en la Corte Suprema. El positivismo jurídico como Realpolitik*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 274-660; *La Corte de Lorenzetti*, por ALFONSO SANTIAGO, EDCO, 2018-680; *La difícil formación de consensos en la Corte Suprema. Un análisis de algunos casos de los últimos cinco años de su jurisprudencia*, por JORGE ALEJANDRO AMAYA, *El Derecho Constitucional*, noviembre 2021, N° 11. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Facultad de Derecho, Universidad Austral. Doctor of Juridical Science (S.J.D.) Candidate, University of Virginia School of Law. Master in Laws (LL.M.), Georgetown University. Magíster en Derecho con orientación en Derecho Constitucional, Universidad Austral. Abogado, Universidad Austral. Correo electrónico: [jlalberdi@austral.edu.ar](mailto:jlalberdi@austral.edu.ar). Salvo que indique lo contrario, todas las traducciones en este trabajo son propias.

(1) CHIEF JUSTICE ROBERTS, JOHN, Discurso en el Acto de Graduación en Georgetown University Law Center Class of 2006, 21/5/2006, disponible en: <https://www.c-span.org/video/?192685-1/georgetown-university-law-center-commencement-address> [fecha de consulta 26/9/2023].; véase también, THE NEW YORK TIMES, “Chief Justice says his goal is more consensus”, 22/5/2006, disponible en: <https://www.nytimes.com/2006/05/22/us/chief-justice-says-his-goal-is-more-consensus-on-court.html> [fecha de consulta 26/9/2023].

(2) Ídem.

(3) *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 US 393, 406 (1932) (Brandeis, J., disidencia).

(4) En una entrevista, Stewart describió a las disidencias de esa manera, citando a uno de sus profesores de la carrera que no identificó. Véase BENDINER, ROBERT, “The Law and Potter Stewart An Interview With Justice Potter Stewart”, *American Heritage*, Volume 35, Issue 1, diciembre 1983, disponible en: <https://www.americanheritage.com/law-and-potter-stewart-interview-justice-potter-stewart> [fecha de consulta: 1/10/2023] (“Q: Isn’t it a matter of concern, then, that the government should tempt people into committing an offense? A: It’s a matter of great concern to me. I wrote a dissenting opinion in a similar case, but it was a dissenting opinion, and when I went to law school we had a professor who said dissenting opinions are nothing but subversive literature”).

(5) See *Northern Sec Co v. United States*, 193 US 197, 400 (1904) (voto del juez Oliver Wendell Holmes, el “Great Dissenter”).

(6) Véase BRENNAN, WILLIAM J. (JR), “In Defense of Dissents”, 37 *Hastings LJ* 427, 438 (1986) donde se realiza una defensa de las disidencias en varios ámbitos y se las llama un “deber” de los jueces; véase también, BADER GINSBURG, RUTH, “Speaking in a Judicial Voice”, 67 *NYU L Rev* 1185, 1992 y también “Remarks on Writing Separately”, 65 *Wash L Rev* 133, 1990, donde se presentan varios argumentos justificando la práctica recurrente de emitir votos en disidencia.

(7) Cass Sunstein hace una ponderación más general de la disidencia, y señala las organizaciones y los países tienden a prosperar si en la toma de decisiones valoran a las disidencias y promueven la apertura al diálogo. Véase SUNSTEIN, CASS R., *Why Societies Need Dissent*, Harvard University Press, 2003, pp. 210-211.

(8) CSJN, “D. Miguel Otero contra José M. Nadal s/ apelación auto del Superior Tribunal de Justicia de Buenos Aires”, 15/10/1863, Fallos 1:16.

(9) Me remito a un trabajo que publiqué recientemente sobre el rol del juez Ronsenkranz como juez disidente en la actual integración de la Corte Suprema. LAU ALBERDI, JERÓNIMO, “El Disidente: A seis años de la llegada de Carlos Rosenkranz a la Corte Suprema”, *Revista Jurídica Austral* 4, no. 1 (junio 16, 2023), pp. 147-205; disponible en: <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral/article/view/1030> [fecha de consulta 6/10/2023].

de los jueces y potencialmente politizar el tribunal. Este trabajo busca analizar y sopesar estos argumentos, examinando tanto los beneficios pragmáticos como los posibles inconvenientes de los votos disidentes, concluyendo que los aspectos positivos de los votos en disidencia superan con creces a los negativos.

## 2. La historia como punto de partida

Para entender cómo funciona una institución es fundamental indagar en su historia<sup>(10)</sup>. Y los antecedentes de la Corte Suprema son un lugar fascinante de explorar.

### 2.1. Tres razones para estudiar la historia de la Corte Suprema

La historia es un lugar esencial para buscar respuestas por, al menos, tres razones. La primera tiene que ver con la manera de realizar la tarea jurisdiccional. Los propios jueces de la Corte Suprema acuden continuamente a la historia para ayudarles a resolver casos. Examinan la jurisprudencia anterior, es decir, buscan casos similares o análogos del pasado para resolver los planteos que tienen en sus escritorios. Si el caso involucra una cuestión constitucional, los jueces se hacen preguntas de índole histórica: ¿qué quisieron decir los convencionales constituyentes al incorporar esta cláusula o reformar aquella otra?, ¿cuál es la intención de los convencionales constituyentes?, ¿cuál es el significado público original de las palabras de la constitución en el momento de su sanción?<sup>(11)</sup>. Ese significado público original se determina revisando diccionarios de la época, diarios, libros, otras normas similares y demás documentos en los que se pueda haber utilizado la expresión cuyo sentido se pretende dilucidar. Eso también implica analizar el contexto de la frase, el que puede surgir de la propia constitución, de los debates en el congreso constituyente o de documentos en los que se usen términos análogos<sup>(12)</sup>. Incluso si las partes de un proceso judicial discuten ya no sobre la Constitución, sino sobre la aplicación de una ley del Congreso o de un decreto del Presidente, los jueces realizan las mismas preguntas de naturaleza histórica respecto de esa norma.

En segundo lugar, estudiar la historia de una Corte Suprema no es simplemente revisar los fallos y la jurisprudencia; es también comprender su evolución como agente activo dentro del sistema político. En muchas ocasiones, sus resoluciones han tenido un impacto tan marcado en el rumbo de una nación que han superado, en importancia, a decisiones del Congreso o del Presidente. La Corte no es un mero observador o intérprete, sino un actor principal que, con sus fallos, escribe la historia del país. Piénsese en el caso de la Suprema Corte norteamericana como a través de sus decisiones sobre el aborto<sup>(13)</sup>, el matrimonio igualitario<sup>(14)</sup>, en casos sobre libertad de expresión y libertad religiosa<sup>(15)</sup>, la portación de armas<sup>(16)</sup> o en asuntos de segregación racial<sup>(17)</sup>, intervino en la vida política, social y económica de los Estados Unidos de una manera significativa. En Argentina, la Corte Suprema hizo lo propio con la creación de la pretensión de amparo<sup>(18)</sup>, la delimitación

del concepto de privacidad respecto del consumo de estupefacientes<sup>(19)</sup>, el derecho al divorcio con reaptitud nupcial<sup>(20)</sup>, el derecho a réplica y el rol del derecho internacional<sup>(21)</sup>, la neutralidad religiosa en la educación pública<sup>(22)</sup>, o la interpretación de las reformas introducidas en la Constitución en 1994<sup>(23)</sup>.

En tercer lugar, porque estudiar la historia del tribunal permite entender su funcionamiento interno, tan vital en un sistema de separación de poderes y de pesos y contrapesos, a veces oscuro y confuso. La deliberación de los casos que la Corte resuelve es secreta, de modo que estudiar la manera en que los jueces resolvieron un caso nos permite entender cómo piensan e interpretan la Constitución. Además, permite discernir las corrientes de pensamiento, las influencias externas y las intenciones que subyacen en las palabras y decisiones de los jueces.

En conclusión, el estudio histórico de la Corte Suprema no es una mera elección académica; es una necesidad para aquellos que desean comprender la esencia, trascendencia y evolución de esta institución primordial en el entramado jurídico, social y político.

### 2.2. El desarrollo histórico de las opiniones en disidencia

Las opiniones disidentes han crecido en uso y popularidad en Estados Unidos y Argentina. Pero no siempre ha sido así. Para entender cabalmente cómo resuelve la Corte Suprema, es necesario primero hacer un acercamiento histórico y comparado al sistema del *common law*. Esto permitirá una comprensión profunda de la dimensión real del disenso judicial.

A lo largo de casi mil años de jurisprudencia angloamericana, los tribunales colegiados han adoptado tres principales formas de emitir decisiones judiciales. La primera es en *seriatim*, donde cada juez manifiesta su voto de manera individual. Esta modalidad ha sido predominante en Gran Bretaña desde los tiempos de Guillermo el Conquistador hasta la actualidad, y fue frecuente en los inicios de los tribunales estadounidenses, ya sean estatales o federales. La segunda forma se caracteriza por la emisión de una “opinión del tribunal”, en la cual no se revelan públicamente los votos individuales ni se presentan opiniones separadas. Dos ejemplos notables de esta práctica son las decisiones de Lord Mansfield como presidente del King’s Bench en Inglaterra y, en cierto modo, las de John Marshall en la Suprema Corte de los Estados Unidos. Finalmente, el método moderno, adoptado tanto en Estados Unidos como en Argentina, consiste en una combinación: la Corte presenta una opinión respaldada por la mayoría, pero permite que los jueces, si así lo desean, emitan opiniones separadas que pueden ser concurrentes con la decisión de la mayoría o en disidencia.

La redacción de votos separados de la mayoría son un obsequio de la doctrina y la práctica del derecho consuetudinario angloamericano. La génesis y el crecimiento de la disidencia judicial<sup>(24)</sup> se encuentran en el derecho consuetudinario de Inglaterra. La última apelación disponible de las decisiones de los tribunales coloniales estadounidenses era el Consejo Privado (*Privy Council*) de Inglaterra, que prohibían los votos separados<sup>(25)</sup>. Sin embargo, una vez determinada la decisión del Consejo, se anunciaba como decisión del pleno, independientemente de las opiniones personales de sus miembros<sup>(26)</sup>. La razón de esta aparente unanimidad se funda en el hecho de que una “decisión” del Consejo constituía solo una recomen-

(10) Véase, HOFFER, PETER CHARLES, HOFFER, HULL, WILLIAMJAMES y HULL, N.E.H, *The Supreme Court. An Essential History*, 2da ed., University Press of Kansas, 2018, p. 1.

(11) Esta es la pregunta que un juez que adhiere a una interpretación originalista de la Constitución debería hacerse. Véase, SOLUM, LAWRENCE B., “What Is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, en *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, 2011, p. 12; también SOLUM, LAWRENCE B., “Originalist Methodology,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 84: Issue 1, Article 13, 2017.

(12) RAMÍREZ CALVO, RICARDO, “Originalismo y prescripción en materia penal”, *En Disidencia blog*, 10/9/2021, disponible en: <https://endisidencia.com/2021/09/originalismo-y-prescripcion-en-materia-penal/> [fecha de consulta 22/9/2023].

(13) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), y más recientemente, *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. (2022).

(14) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

(15) *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963); *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006); *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010); *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul, Home, v. Pennsylvania*, 591 U.S. \_\_\_ (2020); *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. \_\_\_ (2021); *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. \_\_\_ (2022); y, más recientemente, *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. \_\_\_ (2023).

(16) *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010) y, más recientemente, *New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen*, 597 U.S. \_\_\_ (2022).

(17) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

(18) CSJN, “*Sir*”, 1957, Fallos 239:459.

(19) CSJN, “*Bazterrica*”, 1986, Fallos 308:1392; *id.*, “*Arriola*”, 2009, Fallos 332:1963.

(20) CSJN, “*Sejean*”, 1986, Fallos 308:2268.

(21) CSJN, “*Ekmekdjian*”, 1992, Fallos 315:1492.

(22) CSJN, “*Castillo*”, 2017, Fallos 340:1795.

(23) CSJN, “*Schiffrin*”, 2017, Fallos 340:257; CSJN, “*Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*”, 2022, Fallos 344:3636.

(24) El disenso, el voto en disidencia y la opinión disidente, salvo que aparezcan en un contexto que indique lo contrario, se utilizarán en adelante como términos genéricos que engloban cualquier desacuerdo de uno o varios jueces con el resultado o con el razonamiento suscripto por la mayoría.

(25) SIMPSON, ALEX (JR.), “Dissenting Opinions”, 3 U. PA. L. Rev. 205, 207, 1923 (señalando que esta tradición consagrada por el Parlamento inglés en el siglo XIX se daba: “[w]hen the business is to be carried by the most voices, no publication is afterwards to be made by any man, how the particular voices and opinions went” (es decir, que ninguna publicación debe ser realizada posteriormente respecto de cómo resultaron las voces individuales y las opiniones de cada uno).

(26) McWHINNEY, EDWARD, “Judicial Concurrences and Dissents: A Comparative View of Opinion-Writing in Final Appellate Tribunals”, 31 *Can. B. Rev.* 595, 599, 1953.

dación o sugerencia a la Corona; por lo tanto, solo se presentaba esa recomendación de manera unánime. Además, los decretos y resoluciones del Consejo no tenían efecto hasta que fueran confirmados por el Rey, y no se concebía que el Rey pudiera hablar simultáneamente con dos voces divergentes<sup>(27)</sup>.

Curiosamente, este mismo enfoque se afianzó en Pensilvania y Luisiana, donde las opiniones disidentes en las Cortes Supremas de ambos Estados estaban legalmente prohibidas. En Pensilvania, la prohibición podía eludirse solo cuando el juez disidente pagaba individualmente por publicar la opinión separada<sup>(28)</sup>.

A diferencia de las decisiones del Consejo Privado, la Cámara de los Lores (*House of Lords*) publicaba libremente el voto de cada juez, lo que permitía que las “opiniones antagónicas” se ventilaran públicamente. Si bien la decisión era más transparente, exigía un esfuerzo adicional para entender lo que la institución quería decir<sup>(29)</sup>.

La Suprema Corte norteamericana siguió la práctica británica de escribir votos separados y en serie de los Lores<sup>(30)</sup>, convirtiéndose en una tarea adicional para los abogados discernir la regla jurídica, el principio o el *holding* de la decisión. La tradición cambió en 1801 con el nombramiento de John Marshall como *Chief Justice* de la Suprema Corte. Aunque no prohibió los votos separados, Marshall determinó que debía haber una sola voz “de la Corte”, de conformidad con el mandato constitucional de que habrá “una Corte Suprema”<sup>(31)</sup>, y consistente con su deseo de ampliar el poder institucional y consolidar la legitimidad del tribunal.

Durante la presidencia de Marshall, la Corte emitió 1244 sentencias con solo 70 disidencias. La primera ruptura en la unanimidad se produjo en 1804 cuando el juez Chase emitió una concurrencia de una oración en *Head & Armory v. Providence Insurance Co.*<sup>(32)</sup>. Sin embargo, el primer juez que disintió fue el juez federalista William Paterson en 1806, en *Simms & Wise v. Slacum*<sup>(33)</sup>.

En el período anterior a Marshall, el juez James Iredell escribió importantes disidencias. En *Georgia v. Braislford*<sup>(34)</sup>, escribió: “Es mi desgracia disentir de la opinión alcanzada por el resto de la Corte en la presente ocasión; pero estoy obligado a decidir de acuerdo con los dictados de mi propio juicio”<sup>(35)</sup>. Siguió el juez Blair, diciendo: “Mis sentimientos han coincidido hasta este momento con los sentimientos de la mayoría de la Corte, pero acaba de surgir una duda que creo que es mi deber declarar”<sup>(36)</sup>. Finalmente, el Presidente de la Corte, Jay, escribió para “toda la Corte, excepto los jueces que acaban de expresar sus sentimientos”<sup>(37)</sup>.

Sin embargo, la forma en que la Corte de Marshall desempeñó sus deberes decepcionó a Jefferson, quien escribió: “Una opinión se reúne en cónclave, tal vez por una

mayoría de uno, se presenta como si fuera unánime y con la silenciosa aquiescencia de jueces perezosos o cobardes, por un astuto juez superior, que sofistica la ley a su mente, por el giro de su propio razonamiento”<sup>(38)</sup>. Jefferson favoreció un regreso a “la sana práctica de la corte primitiva” de emitir votos en serie o *seriatim*<sup>(39)</sup>. Propuso que se obligara a cada juez a anunciar sus puntos de vista personales en cada caso que se presentara ante la Corte; que el Congreso evalúe formalmente sus opiniones; y que, si posteriormente el juez no ajustaba sus opiniones publicadas a las conclusiones del Congreso, debería procederse a un juicio político<sup>(40)</sup>. A pesar de la frustración de Jefferson, prevaleció la práctica de una voz única<sup>(41)</sup>.

La práctica de escribir votos separados se mantuvo en calma hasta que el juez Felix Frankfurter abrió la puerta al escribir un voto concurrente en 1939. En *Graves v. New York*<sup>(42)</sup>, el juez Frankfurter escribió: “Me uno a la decisión del Tribunal, pero estimo oportuno añadir algunas observaciones. El volumen de los asuntos de la Corte hace mucho tiempo que ha hecho imposible la saludable práctica temprana por la cual los jueces expresaban opiniones individuales. Pero la vieja tradición aún tiene relevancia cuando se anuncia un cambio importante en la doctrina constitucional tras una reconstrucción en la composición de la Corte. Tales cambios de opinión no deben derivar de un mero juicio privado. Deben ser debidamente conscientes de las exigencias necesarias de continuidad en la sociedad civilizada”<sup>(43)</sup>.

A lo largo de la historia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, algunos jueces disidentes han destacado notablemente. Entre ellos, cabe mencionar a Justice William Johnson (1804-1834), Justice Peter V. Daniel (1841-1860)<sup>(44)</sup>, Justice Benjamin R. Curtis (1851-1857), Justice Oliver W. Holmes (1902-1932) y Justice Louis D. Brandeis (1916-1939). Todos ellos allanaron el camino para sus sucesores, incluyendo a Justice Antonin Scalia (1986-2016) y Justice Ruth Bader Ginsburg (1993-2020). Justice Johnson, designado en 1804 por el presidente Jefferson, es reconocido como el “primer disidente”. Posteriormente, en el período presidencial de la Corte de Roger B. Taney (1836-1864), Justice Curtis fue apodado el “gran disidente” a raíz de su voto en el tristemente célebre caso *Dred Scott* en 1856. Su postura disidente, que fue respaldada por la sociedad, se tradujo en una enmienda constitucional apenas nueve años después<sup>(45)</sup>.

(38) Carta a Thomas Ritchie, 25/12/1820, en FORD, PAUL L., *The Works of Thomas Jefferson* (12 volúmenes), G. P. Putnam's Sons, 1905, vol. 12, p. 175. En el idioma original se lee: “An opinion is huddled up in conclave, perhaps by a majority of one, delivered as if unanimous, and with the silent acquiescence of lazy or timid associates, by a crafty chief judge, who sophisticates the law to his mind, by the turn of his own reasoning”.

(39) Carta al juez Johnson, citada por Levin, “Mr. Justice William Johnson, Creative Dissenter”, 43 *Mich. L. Rev.* 497, 518, 1944.

(40) Véase WARREN, CHARLES, *The Supreme Court in the United States History*, Vol. 1, Little, Brown and Company, 1932, p. 655.

(41) Véase SMYTH, RUSSELL & NARAYAN, PARESH, “Multiple Regime Shifts in Concurring and Dissenting Opinions on the U.S. Supreme Court”, 3 *J. Empirical Legal Stud.* 79, 84, 2006 (“[F]or most of the first two decades of his period on the Court, Johnson acquiesced in Marshall's unanimity rule. At the urging of Jefferson to resist Marshall's centralization of power in Washington though, during his last 10 years on the Court, Johnson became more vocal in speaking out, issuing nine concurring and 18 dissenting opinions.”) (Traducido sería: “[E]n la mayor parte de las dos primeras décadas de su período en la Corte, el juez Johnson aceptó actuar bajo la regla de la unanimidad de Marshall. Sin embargo, durante sus últimos 10 años en la Corte, y a pedido de Jefferson —con la finalidad de resistir la concentración de poder de Marshall en Washington—, Johnson comenzó a opinar por sí mismo y firmó 9 opiniones concurrentes y 18 votos en disidencia”).

(42) 306 U.S. 466 (1939).

(43) *Idem*, p. 487. En el idioma original se lee: “I join in the Court's opinion, but deem it appropriate to add a few remarks. The volume of the Court's business has long since made impossible the early healthy practice whereby the Justices gave expression to individual opinions. But the old tradition still has relevance when an important shift in constitutional doctrine is announced after a reconstruction in the membership of the Court. Such shifts of opinion should not derive from mere private judgment. They must be duly mindful of the necessary demands of continuity in civilized society”.

(44) Disintió en muchas más ocasiones que el juez Curtis. Sin embargo, sus votos no se recuerdan hoy, ya que no contribuyeron al desarrollo del derecho constitucional. Solía escribir por separado para defender la esclavitud y los poderes de los estados.

(45) La Decimotercera Enmienda establece que: “Sección 1. Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto. Sección 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas”.

(27) ZOBELL, KARL M., “Division of Opinion in the Supreme Court A History of Judicial Disintegration”, 44 *Cornell L. Rev.* 186, 1959.

(28) La Ley de Pensilvania (Pennsylvania Act) de 1845 ordenó que no se pudiera publicar “ninguna opinión minoritaria” de la Corte Suprema de Pensilvania. Véase, SIMPSON, ALEX (JR.), “Dissenting Opinions”, 3 *U. PA. L. Rev.* 205, 206-208 (1923), citado por PENROSE, MEG, “Goodbye to Concurring Opinions”, 15 *Duke J. Const. L. & Pub. Pol'y* 25, 31-32, 2020.

(29) MEG PENROSE, “Goodbye to Concurring Opinions”, 15 *Duke J. Const. L. & Pub. Pol'y* 25, 32, 2020.

(30) KELSH, JOHN P., “The Opinion Delivery Practices of the United States Supreme Court 1790-1945”, 77 *Wash. U. L. Rev.* 137, 139-41, 1999. Hay votos *seriatim* en los casos *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793); *Penhallow v. Doane's Administrators*, 3 U.S. (3 Dall.) 54 (1795); *Talbot v. Janson*, 3 U.S. (3 Dall.) 133 (1795); *Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796); *Wiscart v. D'Auchy*, 3 U.S. (3 Dall.) 321 (1796); *Fenimore v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 357 (1797); *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798); *Fowler v. Lindsey*, 3 U.S. (3 Dall.) 411 (1799); *Cooper v. Telfair*, 4 U.S. (4 DaUt.) 14 (1800).

(31) Constitución de los Estados Unidos, Artículo III, § 1.

(32) 6 U.S. (2 Cranch) 127, 169 (1804).

(33) 7 U.S. (3 Cranch) 300, 309-11 (1806). Véase, LEWIS, MEREDITH K., “Justice William Johnson and the History of Supreme Court Dissent”, 83 *Geo. LJ* 2069, 1995.

(34) 2 U.S. (2 Dall.) 415 (1793).

(35) *Idem*. En el idioma original se lee: “It is my misfortune to dissent from the opinion entertained by the rest of the court upon the present occasion; but I am bound to decide according to the dictates of my own judgment.”

(36) En inglés se lee: “My sentiments have coincided 'till this moment, with the sentiments entertained by the majority of the Court, but a doubt has just occurred which I think it my duty to declare” (*Ibid.*, 417-18).

(37) Dijo: “[to] all the court, except the judges who have just delivered their sentiments [...]”. (*Id.* at 418). Véase, respecto de las últimas tres citas, JACKSON, PERCIVAL E., *Dissent in the Supreme Court: A Chronology*, Univ. of Oklahoma Press, 1969, p. 20.

Quizá el disidente más memorable fue el juez John Marshall Harlan, quien, en su carrera judicial de más de 30 años (1877-1911), escribió por separado 416 veces (100 concurrencias y 316 disidencias)<sup>(46)</sup>. Su disidencia más renombrada y célebre fue en el histórico caso *Plessy v. Ferguson* (1896)<sup>(47)</sup> sobre la segregación racial en el transporte público en la cual señaló que la Constitución “es ciega al color de piel”. Su opinión fue defendida y compartida por unanimidad de la Corte Suprema medio siglo después en los casos de segregación racial<sup>(48)</sup>. Los sucesores de Justice Harlan fueron Oliver Wendell Holmes y Louis Dembitz Brandeis, quienes se ganaron el título del dúo de disidentes<sup>(49)</sup>.

La historia que aquí se resume de manera muy breve es útil para ofrecer un contexto que sirva a las discusiones de hoy y para subrayar los debates contemporáneos sobre el papel de los votos disidentes y concurrentes que son parte integral de la historia constitucional estadounidense y argentina, así como también del desarrollo del orden político e institucional.

### 3. La voz del disenso: Orígenes en Argentina

Al explorar los comienzos del constitucionalismo en Argentina, resulta palpable el fuerte legado del derecho constitucional norteamericano. Esta influencia no sólo se reflejó en el texto constitucional, sino que se extendió a la práctica institucional, destacándose con la aparición de la primera disidencia en la Corte Suprema.

#### 3.1. La innegable influencia del sistema constitucional norteamericano

El derecho constitucional estadounidense influyó profundamente en el diseño de la Constitución argentina de 1853 y en la práctica institucional<sup>(50)</sup>. Esta influencia está íntimamente relacionada con Juan Bautista Alberdi, considerado uno de los más brillantes y destacados juristas argentinos del siglo XIX<sup>(51)</sup>, como también de José Benjamín Gorostiaga, quizá el principal redactor de la Constitución Nacional<sup>(52)</sup>. Alberdi estudió una gran cantidad de constituciones, incluida la Constitución de los Estados Unidos, y explicó por qué la Argentina debía seguir la estructura gubernamental norteamericana adaptando sus instituciones a las necesidades de nuestro país<sup>(53)</sup>. Su eru-

(46) Resolvió un total de 7.649 casos, y 107 de sus votos en disidencia fueron suscriptos por otros colegas. Véase ZO BELL, KARL M., “Division of opinion in the supreme Court: A history of judicial disintegration (1958-59)”, 44 *Cornell Law Quarterly* 186, 199 (1959).

(47) *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

(48) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) y *Bolling v. Sharp*, 347 U.S. 497 (1954).

(49) SUNSTEIN, CASS R., “Where are the liberal visionaries on the Supreme Court?”, *The New Republic*, 15/5/2007.

(50) Véase, RAVIGNANI, EMILIO, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. 4, Peuser, 1939, p. 468, donde se señala que la Constitución Argentina fue diseñada en el molde de la Constitución de los Estados Unidos. La Constitución Argentina fue reformada en diferentes cinco oportunidades (1860, 1866, 1898, 1957 y 1994); la reforma peronista realizada en 1949 fue abolida por la dictadura militar en 1956 reinstalando el texto original de 1853). Véase también BIANCHI, ALBERTO B., *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*, Cathedra Jurídica, 2019, en particular, Capítulo VI; también, RIVAROLA, RODOLFO, *La Constitución argentina y sus principios de ética política*, Editorial Rosario, 1944, criticando la opinión de que la Constitución argentina es meramente una copia de la Constitución estadounidense y que puede ser interpretada justamente aplicando precedentes estadounidenses.

(51) Véase VERDÚ, PABLO LUCAS, *Alberdi, su vigencia y modernidad constitucional*, Ciudad Argentina, 1998, p. 81, señalando que Juan Bautista Alberdi fue llamado el “Fundador de la República Argentina”; véase también SANTIAGO, ALFONSO, “Semblanzas de seis destacados juristas y jueces argentinos”, *Revista Jurídica La Ley*, 2014.

(52) Véase PENDLETON, JOHN, *Despatch No. 30 to the Secretary of State*, 1853. Agradezco la ayuda de David A. Langbart, Reference, Research Rooms and Augmented Processing Branch National Archives at College Park, MD (Washington, D.C., Estados Unidos), por ubicar el despacho microfilmado del representante diplomático de los Estados Unidos en las Provincias Unidas del Río de la Plata. Véase, GARCÍA-MANSILLA, MANUEL J., “Aportes inéditos sobre la historia del Congreso General Constituyente de 1853. Homenaje a 170 años de la sanción de la Constitución Nacional”, *Revista Jurídica Austral*, 4 (1), 2023, pp. 9-85, DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2023.0401>. gar.

(53) Véase ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina* (1852), Ciudad Argentina, 1998, pp. 44-115. Miller explicó la influencia de este libro: “In 1852, Alberdi provided the single most important statement of the ‘Generation of 37’s’ political vision in ‘Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina’, probably the most politically influential book in Argentine history. Alberdi’s vision was fundamental at the Constitutional Convention of 1853 and subsequently became the country’s political and legal reality”. Traducido se lee: “En 1852, Alberdi proporcionó la declaración más importante de la visión política de la ‘Generación del 37’ en ‘Bases y Puntos de Partida para

dición mostró una innegable admiración por el sistema legal estadounidense, al cual atribuyó el progreso de los Estados Unidos<sup>(54)</sup>, y creía, además, que los problemas que enfrentó la fundación de la Argentina entre 1810 y 1853 podían resolverse siguiendo el desarrollo constitucional estadounidense<sup>(55)</sup>.

Luego de la Convención Constituyente de 1853, la República Argentina tuvo su primera Constitución, siguiendo el modelo de separación de poderes y la cláusula de la supremacía<sup>(56)</sup> formulada en la Constitución de los Estados Unidos. Por su parte, al remitirse expresamente al célebre caso *Marbury v. Madison*<sup>(57)</sup>, la Corte Suprema de Argentina defendió un modelo de control de constitucionalidad y revisión judicial vehemente, tal como lo ejerce su par en los Estados Unidos<sup>(58)</sup>. La letra y el diseño de la estructura fundamental de ambas Constituciones son casi idénticos. En particular, la organización de la Corte Suprema argentina, explicándose que “el poder judicial federal bajo la Constitución argentina [es] sorprendentemente similar al de la Constitución de los Estados Unidos”<sup>(59)</sup>.

A pesar de que la Argentina adoptó un sistema jurídico de corte civilista con derecho codificado, existen elementos constitutivos fundamentales comunes entre ambos países. Dado que la Corte Suprema de Justicia de Argentina supo encontrarse fuertemente influenciada por su semejante en Estados Unidos, resulta pertinente una comparación del rol del disenso judicial en ambos sistemas legales, siendo fundamental la indagación en las lecciones que se pueden extraer de un sistema para considerar en el otro<sup>(60)</sup>.

#### 3.2. La primera disidencia en la historia de la Corte Suprema

Desde el 15 de octubre de 1863, hasta inicios de 1871, la Corte Suprema emitió 113 resoluciones sin presentar disidencias, votos separados o discordantes. A lo largo de este período, el tribunal funcionó con una voz única, reflejando una cohesión institucional. Los jueces, miembros de la élite sociopolítica del país, tenían pocas oportunidades de expresar desacuerdos en un contexto de gran inestabilidad. Entre 1862 y 1868, Argentina atravesó por 107 revueltas que culminaron en la muerte de 4.728 personas en 90 enfrentamientos armados. Además, se registraron sucesos de significativa relevancia, tales como el asesi-

la Organización Política de la República Argentina’ [...], probablemente el libro de mayor influencia política en la historia argentina. La visión de Alberdi fue fundamental en la Convención Constituyente de 1853 y posteriormente se convirtió en la realidad política y jurídica del país”. Véase MILLER, JONATHAN M., *The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith*, 46 *Am. U. L. Rev.* 1501 (1997).

(54) Véase, por ejemplo, ALBERDI, *ob. cit.*, pp. 157-59.

(55) Véase, GARCÍA-MANSILLA, MANUEL y RAMÍREZ CALVO, RICARDO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006. Véase, también, GARCÍA-MANSILLA, MANUEL J., “Separation of Powers Crisis: The Case of Argentina”, 32 *Ga. J. Int’l & Comp. L.* 311 (2004).

(56) Constitución de los Estados Unidos, artículo VI, § 2 y art. 31, Constitución Nacional.

(57) 5 U.S. 137 (1803).

(58) CSJN, “Sojo vs. Cámara de Diputados”, 1887, Fallos 32:120.

(59) GARAY, ALBERTO F., “A Doctrine of Precedent in the Making: The Case of the Argentine Supreme Court’s Case Law”, 25 *Sw. J. Int’l L.* 258, 262 (2019); véase, también, ROSENKRANTZ, CARLOS F., “Against Borrowings and Other Non-Authoritative Uses of Foreign Law”, 1 *Int’l J. Const. L.* 269, 270 (2003); Véase, además, ALFONSO, SANTIAGO (h.), *Historia de la Corte Suprema argentina*, Marcial Pons, 2013.

La Corte Suprema de Argentina interviene tanto a través de su competencia originaria como por vía del recurso extraordinario en última instancia en la competencia federal de manera muy similar a lo establecido en el Artículo III, Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos (Véanse los artículos 116 y 117, Constitución Nacional), y en la Judiciary Act de 1789 (véase el art. 14, Ley 48).

Al igual que la Suprema Corte de los Estados Unidos, la Corte Suprema argentina emite (a) fallos unánimes; (b) votos mayoritarios; (c) pluralidad de votos; (d) votos concurrentes; y (e) votos disidentes. Para una explicación de cómo se distribuyen los casos para decisión entre los magistrados de la Corte Suprema de Argentina, véase CARRÍO, GENARO R., “Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas)”, *La Ley* 1989-E, 1131.

(60) Véase OYHANARTE, MARTÍN, “Public Law Litigation in the U.S. and in Argentina: Lessons from a Comparative Study”, 43 *Ga. J. Int’l & Comp. L.* 451 (2015); véase, también, HIRSCHL, RAN, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, p. 211, quien critica la falta de estudios comparados en el hemisferio sur, observando que “[t]he constitutional experiences of entire regions—from sub-Saharan Africa to Central America and Eurasia—remain largely terra incognita, understudied, and generally overlooked”; traducido sería: “la experiencia constitucional de toda la región sub-Sahariana en África, en América Central y Eurasia continúa largamente inexplorada, poco estudiada y generalmente pasadas por alto”.

nato de Justo José de Urquiza, las últimas etapas de la Guerra del Paraguay, la Revolución de los Colorados y la insurrección liderada por López Jordán. En medio de tal turbulencia, era imperativo para la Corte Suprema consolidar su autoridad y preservar su integridad, evitando así mostrar fisuras internas. Si es cierto que en los primeros tomos de Fallos se registran casos de jueces que no firmaron algunas resoluciones, aunque las razones no quedaron explicitadas en esas resoluciones.

En ese momento, de acuerdo con el artículo 21 del “Reglamento para el Orden Interno de la Suprema Corte y organización de sus oficinas”, solo se consignaba el voto disidente o discordante a pedido del juez. Textualmente, la norma –publicada en el tomo I de Fallos– establecía: “El Secretario llevará un libro en que se registren los despachos de los Vocales, y se anoten su toma de posesión del cargo, y los nombres de los Jueces Seccionales; otro en que se transcriban los acuerdos generales sobre asuntos de que no se hubiese formado expediente; otro en que se anote la entrada y salida de los expedientes; otro en que se registren las sentencias que pronunciare la Corte, expresando los votos de los vocales que discordaren, cuando estos así lo pidieren; otro en que se copien las notas en informes, y las contestaciones de la Corte a las comunicaciones que reciba; y lo demás que se hallare por conveniente ordenar para el mejor arreglo de la oficina” (art. 21)<sup>(61)</sup>. En la actualidad el artículo 281 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que “[l]as sentencias de la Corte Suprema se redactarán en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría emitan su voto por separado”.

El caso “*Chanfreau & Co. v. Provincia de Corrientes*”<sup>(62)</sup>, de febrero de 1871, fue el primero en el cual se dio a conocer el voto por separado de dos de los cinco jueces que conformaban la Corte. El presidente del tribunal Salvador María del Carril y el juez Marcelino Ugarte decidieron dejar asentado su desacuerdo con sus colegas.

El conflicto jurídico surgió en 1868, cuando, tras un contexto revolucionario, Evaristo López, entonces Gobernador de Corrientes, presentó su renuncia que fue aceptada por la Legislatura provincial. A pesar de esto, y sosteniendo que su dimisión se había producido bajo coacción, López intentó retomar el poder. Durante este interregno, celebró un contrato con José María Chanfreau & Cía. para proveer a su ejército, comprometiéndose a un pago significativo.

A la hora de saldar la deuda, el Gobierno Provincial, encabezado por Guastavino, se negó a honrar el compromiso financiero. Arguyeron que dicha deuda no había sido autorizada por la Legislatura, y que el reconocimiento que López había obtenido del Gobierno Nacional no confería validez a sus acciones durante ese período.

Chanfreau, buscando hacer valer sus derechos, llevó el asunto ante la Corte Suprema, alegando entre otros puntos, que la renuncia de López había sido forzada y que, una vez en libertad, había hecho esfuerzos legítimos, incluso solicitando la intervención federal, para recuperar su cargo. Si bien la mayoría, representada por los jueces Delgado, Barros Pazos y Carrasco, rechazó la demanda basándose en la legalidad de la Legislatura para aceptar la renuncia, el juez Ugarte presentó un argumento contrario enfocado en la competencia del tribunal. Junto con el presidente del Carril expresaron que la Corte debía declararse sin jurisdicción para decidir en esta causa pues la cláusula que le permite intervenir cuando hay una provincia demandada se limita a los casos en que el actor es un individuo residente de otra provincia. Señalaron: “Al copiar en la Constitución Argentina la parte relativa al Poder Judicial de la Unión, se ha querido adoptar completa y en esa parte especialmente, la jurisprudencia de los Estados Unidos, según la que, un Estado no puede ser demandado por simples particulares”.

Lamentablemente, la carrera de Ugarte en el tribunal fue breve. Falleció el 11 de septiembre de 1872, solo dos años después de su designación. Tras su partida, José Domínguez fue nombrado en su lugar.

La disidencia incurrió en una interpretación errónea, marcada, quizá, por la época. Se estaba recién saliendo del antiguo prejuicio contenido en la tradición española e inglesa de que la Corona no podía ser demandada y sólo

estaba en juicio cuando era la parte actora del pleito. Sin embargo, el artículo 100 de la Constitución Nacional de 1853 (con las reformas de 1860) había reaccionado contra ello y habilitaba a que las provincias puedan ser demandadas ante la Corte por un particular.

Desde entonces, y aunque muy tímidamente en los inicios, la publicación de las disidencias se convirtió en una práctica habitual –aunque con un defecto lingüístico que persiste hasta el día de hoy en nuestro país–<sup>(63)</sup> tanto para la Corte Suprema argentina como lo ha sido para la Corte Suprema de Estados Unidos desde 1806 en *Simms & Wise v. Slacum*<sup>(64)</sup>. Posteriormente, en 1877, el juez Saturnino M. Laspiur escribió un voto en disidencia en el caso “*D. Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus*”<sup>(65)</sup>.

#### 4. La dinámica de las decisiones judiciales: las disidencias en la balanza

Vivimos en una época en la que, si bien los jueces de la Corte Suprema no están dispuestos a leer recursos extensos<sup>(66)</sup>, no se muestran reacios a redactar votos individuales que, en algunos casos, parecen soliloquios o descargos emocionales propios de una sesión de terapia. Las decisiones que se toman por mayoría suelen atraer la mayor parte, sino toda, de la atención<sup>(67)</sup>. Los votos concurrentes logran una curiosidad significativamente menor<sup>(68)</sup>, y algunos incluso incentivan a los jueces a que dejen de escribirlo<sup>(69)</sup>. Sin embargo, las opiniones en disidencia siempre adquieren notoriedad; tienen sus admiradores, no sólo porque argumentan el caso contra la mayoría, sino porque hay algo romántico en la idea del juez que disiente y se dirige no ya a las partes del proceso, sino que habla hacia el futuro<sup>(70)</sup>.

(63) Véase VITETTA, MARIANO, “Performatives in Argentine Supreme Court Dissents: A Jurilinguistic Proposal for Civilian Change based on the American Common Law”, *Journal of Civil Law Studies*, Núm. 14, pp. 35-57. El autor nota que las disidencias emitidas por los jueces de la Corte Suprema argentina usan un lenguaje performativo, como si en realidad fueran a decidir un caso, y eso puede llegar a provocar confusiones en el lector. Me consta que, desde la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema, existieron esfuerzos tendientes a modificar esta práctica, pero hasta el momento sin resultados favorables.

(64) 7 U.S. (3 Cranch) 300 (1806).

(65) Fallos 19:241 (1877).

(66) La Acordada CSJN 4/2007 fijó límites formales a la extensión de los recursos extraordinarios ante la Corte Suprema.

(67) BENNETT, THOMAS B.; FRIEDMAN, BARRY; MARTIN, ANDREW D. & NAVARRO SMCER, SUSAN, “Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change”, 103 *Cornell L. Rev.* 817, 2018, sostienen que las opiniones concurrentes no obtienen el reconocimiento que merecen, especialmente cuando esas opiniones son el pulso y la brújula en el cambio de criterio jurisprudencial.

(68) Quizá la concurrencia más famosa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos es el voto del juez Robert Jackson en *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), la cual es estudiada y analizada por todos los alumnos en el primer año de la carrera de *Juris Doctor*.

(69) PENROSE, MEG, “Goodbye to Concurring Opinions”, 15 *Duke J. Const. L. & Pub. Pol’y* 25, 2020; STEWART, DAVID O., “A Chorus of Voices”, 77 *A.B.A. J.* 50, 50, 1991, se pregunta si los votos concurrentes deberían ser percibidos como “*useless carbuncles on the body legal, permitting individual justices to indulge their egos, vent their spleen, and give advisory opinions on issues not before the Court*”, es decir, como un “*forúnculo inservible presente en el sistema legal que permite a los jueces complacer sus egos, desahogar su ira, y dar sus opiniones consultivas sobre cuestiones que ni siquiera fueron ventiladas en el proceso*”; LEDEBUR, LINAS E., “Plurality Rule: Concurring Opinions and a Divided Supreme Court”, 113 *Pa. St. L. Rev.* 899, 901, 914-21, 2009, (a favor de la abolición de los votos concurrentes en la Corte).

(70) HUGHES, CHARLES EVANS, *The Supreme Court of the United States*, Columbia University Press, 1936, p. 68, señalando que “[una] disidencia en un tribunal de última instancia es una invocación [...] al espíritu melancólico de la ley, a una interpretación en el futuro, cuando una decisión posterior posiblemente corrija el error en el que el juez disidente cree que el tribunal ha sido traicionado” (en el idioma original se lee: “[a] dissent in a court of last resort is an appeal [...] to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed.”).

Véase también BARTH, ALAN, *Prophets with honor. Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*, Knopf, 1974, p. 3. (“*Like a seer, the dissenter sometimes peers into the future.*”; cuya traducción sería: “*Como un vidente, el disidente a veces mira hacia el futuro*”); CARDOZO, BENJAMIN N., *Law and Literature*, Jurisprudence in action, New York, Baker, Voorhis & Co., 27, 1953, pp. 48-49 (describe a los disidentes como héroes “*gladiadores que pelean hasta el final contra los leones, y cuyas voces se elevan en clave que perdurarán a través de los años*”; cuyo texto original dice: “*gladiator[s] making a last stand against the lions*” and *who’s speakers voice “is pitched to a key that will carry through the years.”*).

Un ejemplo clásico es la disidencia del juez Benjamin Curtis en *Dred Scott v. Sandford* (60 U.S. (19 How.) 393 (1857)) donde la Corte sostuvo que las personas afrodescendientes cuyos antepasados fueron traídos a los Estados Unidos como esclavos nunca podrían convertirse en ciudadanos. Escribió que, en la fundación de los EE. UU., los afro-

(61) Agradezco a Ignacio Díaz Solimine el envío del Reglamento.

(62) CSJN, “*D. José M. Chanfreau y Cía. contra la Provincia de Corrientes por cobro de pesos*”, 1871, Fallos 10:59.

En la actualidad, lograr que quienes integran la Corte Suprema coincidan en todas las decisiones que deben tomar parece una utopía<sup>(71)</sup>. La cierto es que lo que sucede en puertas adentro del Tribunal no es ajeno a lo que sucede en puertas afuera. Resulta muy difícil lograr un consenso unánime en casi cualquier debate. No obstante, alguien podría argumentar que los jueces deberían colaborar y llegar a un consenso, en lugar de escribir opiniones separadas inútiles que nunca se convertirían en *lex terrae*. Aunque también es cierto que la unanimidad no siempre puede fortalecer la autoridad y legitimidad de un tribunal. Hay ocasiones en las cuales las opiniones disidentes pueden contribuir al sostenimiento de la legitimidad de las decisiones judiciales, al impulsar la aceptación entre los derrotados por la justicia procesal de la decisión<sup>(72)</sup>, particularmente en un entorno político y social altamente polarizado<sup>(73)</sup>.

En teoría política, la disidencia ha sido estudiada principalmente en relación con el poder gubernamental, indagando cómo y en qué medida la disidencia debe ser promovida, tolerada y controlada por el Estado<sup>(74)</sup>. La disidencia<sup>(75)</sup> a menudo se relaciona con otros tres conceptos: el pensamiento crítico, la tolerancia y el autoexamen<sup>(76)</sup>. En una sociedad democrática, la disidencia judicial puede ayudar a los tribunales a expresar los valores de la democracia deliberativa, participando y contribuyendo a los debates públicos más significativos sobre los resultados constitucionales y legales<sup>(77)</sup>.

Que los jueces voten aislados es una tendencia a pesar de que el presidente la Suprema Corte, John Roberts,

americanos eran "ciudadanos de al menos cinco estados y, por lo tanto, parte del pueblo de los Estados Unidos", por lo tanto, "entre aquellos para quienes y cuya posteridad se ordenó y sancionó la Constitución" (*Idem*, 582). Otro ejemplo es la disidencia del juez Harlan en *Civil Rights Cases* (109 U.S. 3 (1883)). El Tribunal invalidó una ley federal que otorgaba derecho a "ciudadanos de todas las razas y colores" al "disfrute pleno e igualitario" de cualquier tipo de transporte y lugares de alojamiento público. Si las Enmiendas Decimotercera y Decimocuarta se hacen cumplir "según la intención con la que [...] fueron adoptadas", escribió el juez Harlan, "no puede haber, en esta república, ninguna clase de seres humanos sujetos prácticamente a otra clase" (*Idem*, 62).

La jueza Ruth Bader Ginsburg ("The Role of Dissenting Opinions", 95 *Minn. L. Rev.* 1, 6, 2010) afirmó que una opinión disidente "apela a la inteligencia de un día futuro" [véanse las disidencias de los jueces Stevens y Breyer en *District of Columbia v. Heller* (128 S. Ct. 2783 (2008))]. La mayoría sostuvo que la Segunda Enmienda declara y protege el derecho a poseer armas para defensa propia en el hogar. Los disidentes interpretaron la Enmienda en el sentido de que establece el derecho a "guardar y portar armas" únicamente en relación con el servicio a la Nación en la Milicia" (*Id.*, 2822 (Stevens, J., disidencia); *Id.*, 2847 (Breyer, J., disidencia). Véase, también, HOFFMAN, CRAIG, "Parse the Sentence First: Curbing the Urge to Resort to the Dictionary When Interpreting Legal Texts", 6 *N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y* 401, 2003, pp. 419-438, quien explica que el uso del diccionario empleado por la Corte Suprema de EE. UU. para analizar el lenguaje de las leyes en casos anteriores sobre armas no es útil, mientras que el método lingüístico es más beneficioso para crear un precedente estable e informado]).

(71) Según el prestigioso blog SCOTUSblog, en el término que comenzó en octubre 2021, la SCOTUS registró apenas el 29% de los casos decididos de manera unánime, el porcentaje más bajo de unanimidad en las últimas dos décadas. Por otra parte, hubo un aumento de casos resueltos por seis votos en la mayoría y tres en la disidencia; y Somomayor fue la jueza que más votó en disidencia. Véase: <https://www.scotusblog.com/reference/stat-pack/> (fecha de consulta 26/9/2023).

(72) Véase, BENTSEN, HENRIK, "Dissent, Legitimacy, and Public Support for Court Decisions: Evidence from a Survey-Based Experiment", 53 *L. & Soc'y Rev.* 588, 2019, quien argumenta que, después de estudiar la Corte Suprema de Noruega, los jueces expresan la misma polarización que se observa en el público.

(73) Véase SALAMONE, MICHAEL F., "Perceptions of a Polarized Court, Temple University Press, 2018, citado por Tew, Yvonne, Strategic Judicial Empowerment", *Am. J. of Comp. Law* 77, 2021 [en prensa].

(74) LEPPÄNEN, JOONAS, *A Political Theory of Dissent: Dissent at the Core of Radical Democracy*, University of Helsinki, Department of Political and Economic Studies Publications of the Faculty of Social Sciences; 17, 2016, pp. 1-160.

(75) Según *Black's Law Dictionary* (11 ed., 2019), el término "disidencia" significa: "[a] disagreement with a majority opinion, esp. Among judges"; cuya traducción sería: "desacuerdo con el voto de la mayoría, especialmente entre jueces". Por su parte, una concurrencia es, según el mismo diccionario de inglés jurídico, "[a] vote cast by a judge in favor of the judgment reached, often on grounds differing from those expressed in the opinion or opinions explaining the judgment"; traducido sería: "voto emitido por un juez a favor de la resolución de la mayoría, a menudo por motivos diferentes de los expresados en la opinión u opiniones que explican la sentencia".

(76) PLATÓN, en su *Apología de Sócrates*, decía: "[L]a vida no examinada no vale la pena ser vivida".

(77) Véase RASMUSSEN, HJALTE y NAN RASMUSSEN, LOUISE, "Comment on Katalin Kelemen—Activist EU Court 'Feeds' on the Existing Ban on Dissenting Opinions: Lifting the Ban is Likely to Improve the Quality of EU Judgements", 14 *German L.J.*, 1373, 1375, 2013.

muestre públicamente su preocupación por los riesgos institucionales asociados con los votos separados<sup>(78)</sup>. Riesgo que pareciera no preocuparle demasiado cuando él escribe sus propias disidencias.

#### 4.1. Argumentos a favor de la disidencia

Para contrarrestar el miedo de quienes, como el juez Roberts, tienen frente a la posibilidad de escribir y publicar los votos en disidencia, presentaré a continuación los numerosos beneficios que surgen de la disidencia judicial e intentaré explicar cuán significativas han sido en los tribunales de última instancia, concluyendo que los aspectos positivos del disenso judicial superan con creces a los negativos<sup>(79)</sup>.

Algunos estudios empíricos aclaran cuándo y por qué los jueces escriben votos separados<sup>(80)</sup>. En general, los magistrados tienden a votar en soledad con mayor frecuencia cuando existe una mayor diversidad ideológica en el tribunal<sup>(81)</sup>, o cuando existe una norma que favorece la

(78) ROSEN, JEFFREY, *Roberts's Rules, The Atlantic*, enero - febrero 2007, disponible en: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2007/01/robertss-rules/305559/> (fecha de consulta: 2/10/2023). Se dijo entonces: "'If the Court in Marshall's era had issued decisions in important cases the way this Court has over the past thirty years, we would not have a Supreme Court today of the sort that we have', he said. 'That suggests that what the Court's been doing over the past thirty years has been eroding, to some extent, the capital that Marshall built up'. Roberts added, 'I think the Court is also ripe for a similar refocus on functioning as an institution, because if it doesn't it's going to lose its credibility and legitimacy as an institution'. In particular, Roberts declared, he would make it his priority, as Marshall did, to discourage his colleagues from issuing separate opinions. 'I think that every justice should be worried about the Court acting as a Court and functioning as a Court, and they should all be worried, when they're writing separately, about the effect on the Court as an institution'". La traducción de lo anterior sería: "'Si la Corte en la era de Marshall hubiera emitido decisiones en casos importantes como lo ha hecho esta Corte en los últimos treinta años, no tendríamos una Corte Suprema como la que tenemos hoy', señaló Roberts. 'Eso sugiere que lo que la Corte ha estado haciendo durante los últimos treinta años ha estado erosionando, hasta cierto punto, el capital que Marshall acumuló'. Roberts agregó: 'Creo que la Corte también está madura para un enfoque similar en el funcionamiento como institución, porque si no lo hace, perderá su credibilidad y legitimidad como institución'. Además, el Presidente de la Corte Roberts señaló que su prioridad es, como lo hizo Marshall, disuadir a sus colegas de emitir opiniones separadas. 'Creo que todos los jueces deberían estar preocupados de que la Corte actúe como Corte y funcione como Corte, y todos deberían estar preocupados, cuando escriben por separado, sobre el efecto en la Corte como institución'".

(79) Véase LEWIS, MEREDITH K., "Justice William Johnson and the History of Supreme Court Dissent", 83 *Geo. L.J.* 2069, 2082-93, 1995. Existe una gran cantidad de bibliografía sobre el valor y las críticas que hay alrededor de las disidencias por parte de los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos. Debido a restricciones de espacio, y dado que el objeto de este trabajo es otro, no abordaré todos los argumentos que han presentado los autores durante décadas. No obstante, además del trabajo de Lewis aquí referido, estas son algunas de las publicaciones más notables TUSHNET, MARK, *I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*, Boston, Beacon Press, 2008; VERDUGO R., SERGIO, "Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político: pluralismo judicial y debate democrático", *Rev. De Derecho Univ. Católica del Norte*, Año 18, N° 2, 2011; BENNETT, THOMAS B., et al., "Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change", 103 *Cornell L. Rev.* 817, 2018; BRENNAN, WILLIAM J. (JR.), "In Defense of Dissents", 37 *Hastings L.J.* 427, 435, 1986 [en el que se describe a las disidencias como contribuciones al mercado de ideas [marketplace of ideas]]; DOUGLAS, WILLIAM O., "The Dissent: A Safeguard of Democracy", 32 *J. Am. Judicature Soc'y* 104, 105, 1948, [aquí se afirma que el desacuerdo entre jueces es la esencia de la democracia al igual que la libertad de expresión]; EVAN A. EVANS, "The Dissenting Opinion - Its Use and Abuse", 3 *Mo. L. Rev.* 120, 1938; BADER GINSBURG, RUTH, "Remarks on Writing Separately", 65 *Wash. L. Rev.* 133, 1990; ESTREICHER, SAMUEL y PELHAM-WEBB, TRISTAN, "The Wisdom of Soft Judicial Power: Mr. Justice Powell, Concurring", 25 *Const. Comment.* 229 (2008); SCALIA, ANTONIN, "The Dissenting Opinion", 1994 *Sup. Ct. Hist. Soc'y J.* 33; SMYTH, RUSSELL y NUMAR NARAYAN, PARESH, "Multiple Regime Shifts in Concurring and Dissenting Opinions on the U.S. Supreme Court", 3 *J. Empirical Legal Stud.* 79, 2006; STEPHENS, RICHARD B., "The Function of Concurring and Dissenting Opinions in Courts of Last Resort", 5 *U. Fla. L. Rev.* 394, 1952; SUNSTEIN, CASS R., "Unanimity and Disagreement on the Supreme Court", 100 *Cornell L. Rev.* 769, 2015; WEST, SONJA R., "CONCURRING IN PART & CONCURRING IN THE CONFUSION", 104 *Mich. L. Rev.* 1951, 2006; ZOBELL, KARL M., "Division of Opinion in the Supreme Court A History of Judicial Disintegration", 44 *Cornell L. Q.* 186, 1959; STACK, KEVIN M., "The Practice of Dissent in the Supreme Court", 105 *Yale L. J.* 2235, 1996.

(80) Véase PRITCHETT, C. HERMAN, "Divisions of Opinion Among Justices of the U.S. Supreme Court, 1939-1941", 35 *Am. Pol. Sci. Rev.* 890, 1941. Un estudio similar respecto de la Corte Constitucional de Chile, puede verse en: B. TIEDE, LYDIA, "The Political Determinants of Judicial Dissent: Evidence from the Chilean Constitutional Tribunal", 8 *Eur. Pol. Sci. Rev.* 377, 2016. Ambos citados en CREAMER, COSETTE D. y JAIN, NEHA, "Separate Judicial Speech", 61 *Va. J. Int'l L.* 1, 2020.

(81) EPSTEIN, LEE; LANDES WILLIAM M. y POSNER, RICHARD A., "Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis", 3 *J. L. Analysis* 101, 2011, pp. 106-07 [quienes encontraron que, entre

autoría de opiniones separadas<sup>(82)</sup>, o cuando deben resolver casos trascendentes y jurídicamente complejos<sup>(83)</sup>, o de mucha notoriedad pública donde la presión social y mediática se siente puertas adentro del tribunal. Por el contrario, los jueces emiten menos votos separados cuando el trabajo los agobia y la cantidad de casos que tiene el tribunal resulta abrumadora<sup>(84)</sup>.

Las disidencias cumplen diferentes funciones positivas. Existe un acuerdo casi unánime entre jueces y académicos de que los votos en disidencia tienen fines prácticos; en otras palabras, una disidencia mejora la decisión de la mayoría, guía la interpretación futura de la ley y brinda una expresión sustantiva de la libertad de expresión para los grupos y minorías desfavorecidos<sup>(85)</sup>. También las disidencias pueden proporcionar una guía práctica para los litigantes, otros tribunales inferiores y para el Congreso<sup>(86)</sup>. Si la disidencia está bien escrita, ha logrado confrontar a la mayoría, y ha hecho que el resto de los jueces consideraran resultados o análisis alternativos. De ahí que el disenso mejora la decisión final y el razonamiento judicial del voto de la mayoría<sup>(87)</sup>. Por consiguiente, las fallas en el análisis de la mayoría son aprovechadas por los litigantes y los tribunales en casos posteriores, y permiten corregir los errores que se hayan fijado como precedente en la jurisprudencia<sup>(88)</sup>.

Además, un voto en disidencia puede proporcionar tanto a las partes del proceso como al público en general una visión diferente de la interpretación legal o constitucional, y de la jurisprudencia que puede guiar futuros cambios en esa interpretación jurídica. El juez William Brennan describió a las disidencias no como un deber para hacer ruido de manera individualista (en inglés sería algo así como

el “*whistleblower*”), sino como una herramienta necesaria para mostrar al público que la mayoría ha adoptado una interpretación incorrecta de la ley y “para exponer el punto de partida y señalar hacia un camino diferente”<sup>(89)</sup>. Disidentes de este tipo, dijo el juez Scalia, “aumentan, en lugar de disminuir, el prestigio de la Corte”<sup>(90)</sup>, y agregó, “[c]uando la historia demuestra que una de las decisiones de la Corte ha sido un error verdaderamente horrendo, es reconfortante [...] mirar atrás, y darse cuenta de que al menos algunos de los jueces vieron claramente el peligro y dieron voz, a menudo elocuente, a su preocupación”<sup>(91)</sup>.

Por lo tanto, los jueces y magistrados pueden utilizar las disidencias como un medio para debatir, influir y persuadir a sus colegas para que cambien sus votos. Como cuestión de principio, el juez Brandeis hacía circular regularmente los borradores de sus votos en disidencia con la esperanza de influir en los votos o alterar la opinión de la mayoría<sup>(92)</sup>. Sin embargo, a menudo se abstenía de publicar sus disidencias junto con la decisión final si creía que la decisión de la mayoría solo causaría un daño insignificante<sup>(93)</sup>.

Suponiendo que una ley sea indeterminada, vaga o poco precisa, en un futuro los tribunales podrán referirse tanto a la mayoría como a las opiniones disidentes para determinar el mejor enfoque que deba darse a cada expediente<sup>(94)</sup>. De manera que esta referencia permitirá a los magistrados expresar su disidencia como un indicador más preciso de las posibles interpretaciones constitucionales disponibles y mejorar la comprensión de los diferentes enfoques de interpretación de un tema legal determinado<sup>(95)</sup>.

#### 4.2. Argumentos en contra de la disidencia

Si bien la mayor parte de los académicos reconoce el valor de las disidencias, algunos no las ven como un signo de apertura y transparencia deliberativa, sino que señalan un efecto pernicioso sobre la legitimidad y la autoridad de la Corte<sup>(96)</sup>, así como una actividad que consume mucho tiempo para los jueces y que solo crea más fricción entre el escritor de la opinión separada y el resto de los miembros del tribunal.

Adicionalmente, hay quienes argumentan que las disidencias pueden oscurecer y complicar la comprensión del fallo, dificultando que las decisiones de la Corte sean interpretadas y aplicadas de manera coherente por los tribunales inferiores. Estos votos disidentes pueden revelar las inclinaciones ideológicas o políticas de los jueces, corriendo el riesgo de politizar a la Corte y erosionar la percepción de su imparcialidad. En última instancia, la existencia de disidencias puede transmitir una sensación de indecisión o falta de consenso en el máximo tribunal, lo que podría debilitar la confianza del público en la capacidad y cohesión del órgano jurisdiccional.

Si bien es cierto que los jueces son seres con ideología política, como el resto de los ciudadanos, su actuación debería estar atada a la aplicación de la ley, los precedentes, los cánones de interpretación y la teoría constitucional. El juez que vota en disidencia debe ser consciente de no promover y velar por intereses personales, especialmente su propia ideología política, para no menoscabar la imagen de los jueces como árbitros que aplican el derecho de manera neutral, independiente e imparcial. Los jueces nunca deben utilizar la herramienta de la disidencia como una plataforma para atacar constantemente las medidas y ac-

1990 y 2007, 62 % de las opiniones de la Suprema Corte contenían un disenso en comparación con el 2.6% por ciento de las cortes federales de apelaciones); HETTINGER, VIRGINIA A.; LINDQUIST, STEFANIE A. y MARTINEK, WENDY L., “Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting Behavior on the U.S. Courts of Appeals”, 48 *Am. J. Pol. Sci.* 123, 134, 2004. En sentido contrario, véase BEIM, DEBORAH y KASTELLEC, JONATHAN P., “The Interplay of Ideological Diversity, Dissents, and Discretionary Review in the Judicial Hierarchy: Evidence from Death Penalty Cases”, 76 *J. Pol.* 1074, 2014 (quien encuentra que las disidencias rara vez ocurren en casos de pena de muerte de paneles ideológicamente mixtos que producen decisiones mayoritariamente inconsistentes, o decisiones que no están en línea con las preferencias de la mayoría ideológica en un panel).

(82) HETTINGER *et al.*, “Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting Behavior on the U.S. Courts of Appeals”, 48 *Am. J. Pol. Sci.* 123, 134, 2004.

(83) EPSTEIN *ET AL.*, “Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis”, 3 *J. L. Analysis* 101, 106-107, 2011; HETTINGER, *et al.*, “Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting Behavior on the U.S. Courts of Appeals”, 48 *Am. J. Pol. Sci.* 123, 134, 2004.

(84) EPSTEIN *ET AL.*, “Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis”, 3 *J. L. Analysis* 101, 106-107, 2011. En sentido contrario, véase HETTINGER *et al.*, “Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting Behavior on the U.S. Courts of Appeals”, 48 *Am. J. Pol. Sci.* 123, 134, 2004 (no se encontró evidencia de que la cantidad de casos afecte la probabilidad de que los jueces de los tribunales de circuito escriban opiniones separadas).

(85) LEWIS, MEREDITH K., “Justice William Johnson and the History of Supreme Court Dissent”, 83 *Geo. L.J.* 2069, 2082, 1995.

(86) BRENNAN, WILLIAM (JR.), “In Defense of Dissents”, 37 *Hastings L.J.* 427, 430, 1986; véase también, SUR, INDRANEEL, “How Far Do Voices Carry: Dissents from Denial of Rehearing En Banc”, *Wis. L. Rev.*, 2006, pp. 1315, 1319, señalando que los disidentes del panel de circuito a menudo “telegrafían” a otros tribunales, litigantes y la legislatura para expresarles que la decisión de la mayoría es incorrecta.

(87) LEWIS, MEREDITH K., “Justice William Johnson and the History of Supreme Court Dissent”, 83 *Geo. L.J.* 2069, 2082, 1995.

(88) BRENNAN, WILLIAM (JR.), “In Defense of Dissents”, 37 *Hastings L.J.* 427, 430, 1986. El artículo de Brennan es el texto de la Tercera Conferencia Anual en Memoria de Matthew O. Tobriner, ponencia que el juez Brennan pronunció en Hastings College of Law el 18 de noviembre de 1985 (allí, dijo: “[w]e are a free and vital people because we not only allow, we encourage debate, and because we do not shut down communication as soon as a decision is reached. As law-abiders, we accept the conclusions of our decision-making bodies as binding, but we also know that our right to continue to challenge the wisdom of that result must be accepted by those who disagree with us. So we debate and discuss and contend and always we argue. If we are right, we generally prevail. The process enriches all of us, and it is available to, and employed by, individuals and groups representing all viewpoints and perspectives”. *Id.* at 437. La traducción sería: “[S]omos un pueblo libre y vital porque no solo permitimos, sino que también fomentamos el debate, y porque no cortamos la comunicación tan pronto como se toma una decisión. Como respetuosos de la ley, aceptamos las conclusiones de nuestros órganos de toma de decisiones como vinculantes, pero también sabemos que nuestro derecho a continuar cuestionando la sabiduría de ese resultado debe ser aceptado por aquellos que no están de acuerdo con nosotros. Así que debatimos, argumentamos y discutimos. Si tenemos razón, generalmente prevalecemos. El proceso nos enriquece a todos, y está disponible y es utilizado por individuos y grupos que representan todos los puntos de vista y perspectivas”).

(89) *Ídem*, 437. En el idioma original se lee “to expose the departure and point toward a different path.”.

(90) SCALIA, ANTONIN, “Dissents”, 13 *OAH Mag. History* 18, 19, 1998.

(91) *Ídem*. En inglés se lee: “augment rather than diminish the prestige of the Court”; “[w]hen history demonstrates that one of the Court’s decisions have been a truly horrendous mistake, it is comforting...to look back and realize that at least some of the justices saw the danger clearly and gave voice, often eloquent voice, to their concern.”.

(92) LEWIS, MEREDITH K., “Justice William Johnson and the History of Supreme Court Dissent”, 83 *Geo. L.J.* 2069, 2083, 1995.

(93) MCGLYNN, GAFFNEY (JR.), EDWARD, *The Importance of Dissent and the Imperative of Judicial Civility*, 28 *VAL. U. L. REV.* 583, 608-09 (1994); véase también, BADER GINSBURG, RUTH, “Remarks on Writing Separately”, 65 *Wash. L. Rev.* 133, 142-43, 1990.

(94) De hecho, en la dedicatoria de su libro *Constitución y Derechos Humanos*, Jonathan Miller escribe lo siguiente: “Este libro está dedicado a la memoria de Luis Varela, Antonio Sagarna, Tomás Casares, Luis M. Boffi Boggero, quienes con sus disidencias sagaces señalaron el camino futuro”.

(95) LEWIS, MEREDITH K., “Justice William Johnson and the History of Supreme Court Dissent”, 83 *Geo. L.J.* 2069, 2082, 1995.

(96) SALAMONE, MICHAEL, “Judicial Consensus and Public Opinion: Conditional Response to Supreme Court Majority Size”, 20 *Pol. Res. Q.* 221, 2013, *passim*.

ciones del partido político contrario que los nominó<sup>(97)</sup>, así como tampoco utilizarla para promover su propia agenda política desde la minoría. Los jueces que ingresan a la Corte Suprema con el apoyo de las dos terceras partes del Senado, conforme prescribe el artículo 99, inciso 4 de la Constitución, difícilmente inicien una revolución desde la disidencia.

Ahora bien, es honesto reconocer que las disidencias son rara vez citadas por las mayorías en casos posteriores o incluso por los tribunales inferiores<sup>(98)</sup>, y muy rara vez se convierten en la decisión de la mayoría<sup>(99)</sup>; sin embargo, es sorprendente que los poderes judiciales de los Estados Unidos y Argentina puedan tolerar muestras abiertas de desacuerdo sobre la interpretación del derecho.

Incluso si uno está de acuerdo con todas las críticas que se le hacen al sistema de disidencias en la Corte Suprema, es interesante apreciar que nuestro sistema jurídico permite la disidencia; cuestión que no es menor, máxime cuando algunos países europeos como Francia, Italia, Grecia, Dinamarca, Rusia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia y Finlandia tienen un enfoque más restrictivo de la libertad de los jueces para disentir<sup>(100)</sup>. El derecho a disentir a menudo se da por sentado. Sin embargo, esto no es así en todos lados ni en todos los sistemas judiciales, y de allí que resulta fundamental discutir de qué manera y con qué frecuencia resulta más apropiado el uso de los votos en disidencia en función de cada caso.

(97) BRICKER, BENJAMIN, "The (Very) Political Dissent: Dissenting Opinions and the Polish Constitutional Crisis", 21 *German L.J.* 1586, 1590, 2020.

(98) Véase EPSTEIN, LEE; LANDES, WILLIAM M. y POSNER, RICHARD A., "Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis", 3 *J. Legal Analysis* 101, 2011, pp 126-27.

(99) Véase BENNETT, THOMAS B.; FRIEDMAN, BARRY; MARTIN, ANDREW D. & NAVARRO SMECLER, SUSAN, "Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change", 103 *Cornell L. Rev.* 817, 837, 2018.

Ejemplos de opiniones disidentes que finalmente se convirtieron en mayoría son la disidencia del juez Harlan en *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537, 552-64 (1896)); véase *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 494-96 (1954) (distinguiendo e implícitamente derogando, pero no invalidando formalmente *Plessy*); las opiniones separadas de los jueces Holmes y Brandeis en casos de libertad de expresión de principios del siglo XX (*Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624 (1919) (Holmes, J., voto en disidencia); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 372-75 (1927) (Brandeis, J., voto concurrente), dejado sin efecto en *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 449 (1969), la disidencia del juez Holmes en *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 74-76 (1905) (Holmes, J., voto en disidencia), dejado sin efecto en *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), revocación reconocida en *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 861 (1992), disidencia del juez Stone en *Gobitis (Minersville Sch. Dist. v. Gobitis)*, 310 U.S. 586, 601-07 (1940) (Stone, J., voto en disidencia), anulado por *W. Virginia Bd. de Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943), y la disidencia del juez Jackson en *Korematsu* (323 U.S. 214, 242-48 (1944) (Jackson, J., disidencia), anulada por *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392, 2423 (2018). En estos casos, dejar sin efecto el precedente (o desacreditarlo) llevó décadas.

(100) Véase VERDUGO R., SERGIO, "Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político: pluralismo judicial y debate democrático", *Rev. de Derecho Univ. Católica del Norte*, Año 18, N° 2, 218, 2011, nota al pie núm. 2; y, también, KELEMEN, KATALIN, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A comparative and legal perspective*, Taylor & Francis, 2018.

## 5. Conclusión

La credibilidad y confianza en la Corte Suprema descansa en la aceptación que la sociedad tenga de las decisiones que tomen los jueces que la integran. De ahí que la legitimidad sociológica, es decir la percepción que tiene la sociedad del sistema legal y de sus instituciones como merecedoras de respeto y obediencia<sup>(101)</sup>, descansa en gran medida en la responsabilidad de los jueces de explicar y justificar sus decisiones para que el público las pueda leer, analizar y criticar.

Que la Corte se pronuncie sin disidencias, cuando internamente hubo desacuerdos, implica abdicar de la responsabilidad judicial evitando que el proceso decisorio se haga sin crítica de la opinión pública. Silenciar la disidencia degrada la calidad del trabajo de la Corte y socava la capacidad de la opinión pública, y de la opinión especializada, para evaluar la seriedad y persuasión del razonamiento de los jueces.

Si lo que los magistrados anhelan es una institución fuerte, la disidencia, que dialoga y mejora el razonamiento de la mayoría, parece ser el medio para lograr ese objetivo en este momento. La Corte Suprema no necesita, en términos de Thomas Jefferson, jueces vagos o cobardes<sup>(102)</sup>, sino magistrados comprometidos con la alta responsabilidad institucional que ocupan para que escriban y publiquen sus disidencias cuando el beneficio de pronunciarse en soledad supere los costos de mantenerse en silencio.

Está fuera de discusión que el porcentaje de votos en disidencia no refleja completamente el nivel de desacuerdo en un tribunal. No obstante, el objetivo principal de este trabajo no es fomentar la discordia, sino poner a las disidencias en perspectiva histórica y reflexionar sobre su rol en la actualidad. Vale la pena recordar que bastó una sola voz en soledad, la del juez John Marshall Harlan en el caso *Plessy v. Ferguson*<sup>(103)</sup> en 1896, para que, casi 60 años después, se iniciara un camino de cuestionamiento de la segregación racial en los Estados Unidos. Las disidencias –aquí y allá– escriben la historia, y de ahí que este trabajo les rinda homenaje.

**VOCES: CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - PODER JUDICIAL - SENTENCIA - DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DEFENSA EN JUICIO - DERECHO ADMINISTRATIVO - EXPEDIENTE JUDICIAL - JUECES - DERECHO PROCESAL - PROCESO JUDICIAL - DIVISIÓN DE PODERES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - RECURSO EXTRAORDINARIO - DERECHO COMPARADO - SENTENCIA EXTRANJERA - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - RESOLUCIONES JUDICIALES**

(101) FALLON, RICHARD H. (JR.), *Law and Legitimacy in the Supreme Court*, Harvard University Press, Massachusetts, 2018, p. 21.

(102) Carta a Thomas Ritchie, 25 de diciembre de 1820, en FORD, PAUL L., *The Works of Thomas Jefferson* (12 volúmenes), G. P. Putnam's Sons, 1905, vol. 12., p. 175.

(103) 163 U.S. 537 (1896).