

EL DISIDENTE: A SEIS AÑOS DE LA LLEGADA DE CARLOS ROSENKRANTZ A LA CORTE SUPREMA

Jerónimo Lau Alberdi¹

Facultad de Derecho, Universidad Austral

JLauAlberdi@austral.edu.ar

Recibido: 07/04/2023

Aceptado: 08/05/2023

Resumen

Este trabajo presenta una investigación empírica cuantitativa y cualitativa de los votos en disidencia del juez Carlos Rosenkrantz en la Corte Suprema de Justicia de la Nación y explora el efecto que sus votos en minoría tienen en el concepto de legitimidad del tribunal.

Palabras clave: Carlos Rosenkrantz, Corte Suprema, disidencia, comportamiento judicial, Schiffrin, Muiña, Batalla, Fernández de Kirchner, COVID-19, legitimidad, judicialización de la política.

Carlos Rosenkrantz, the Dissenting Justice, Six Years after his Becoming a Supreme Court Justice

Abstract

This article undertakes a thorough analysis of Justice Carlos Rosenkrantz's dissenting opinions in the Argentine Supreme Court, employing both qualitative and quantitative empirical methods. The primary aim is to investigate how these dissents influence the Court's perceived legitimacy.

1 Agradezco a Alfonso Santiago (h.), Manuel José García-Mansilla, Martín Oyhanarte (h.), Pablo Hirschmann, Estela B. Sacristán, Josh Chafetz, David S. Law, Craig Hoffman, Michelle Ueland, Ignacio Boulín-Victoria, Verónica Nolazco e Ignacio Díaz Solimine por sus críticas, comentarios y sugerencias. El borrador inicial de este trabajo fue escrito en inglés durante mi estadia en Washington, D.C.; la versión en español fue presentada como trabajo final de investigación para optar por el título de magíster (LL.M.) en Derecho Constitucional en la Universidad Austral. El tribunal examinador estuvo integrado por los profesores Manuel José García-Mansilla, Estela B. Sacristán y Martín Oyhanarte (h.). Cualquier error o infelicidad son, por supuesto, míos.

Key words: Carlos Rosenkrantz, Supreme Court, dissenting opinion, judicial behavior, Schiffrin, Muiña, Batalla, Fernández de Kirchner, COVID-19, legitimacy, judicial politics.

1. Introducción

En los últimos años, los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos se han convertido en celebridades con seguidores y fanáticos (Lerner y Lund, 2010; Sherry, 2020).² Dedicar e invierten una cantidad significativa de tiempo a escribir autobiografías y memorias, presentar libros, dar conferencias, actuar como jueces en simulación de audiencias, enseñar en universidades, hablar ante estudiantes en actos de graduación y aparecer en la radio o en la televisión.³

La seducción de la fama cambia indirectamente la visión que el público tiene de la Corte. Crea incentivos para que los jueces mantengan y mejoren su posición con sus seguidores y adoradores (ideológicamente polarizados) y crean un legado duradero con y más allá de sus opiniones judiciales. En otras palabras, juegan para sus fanáticos. Esta búsqueda de atención los lleva a redactar opiniones separadas y escribir con mayor desmesura, aumentando tanto el número de opiniones como la imagen de polarización. Escriben para su base polarizada, no para abogados ni para el público en general. (Sherry, 2020, p. 188)⁴

Este interés en los más altos magistrados del país estadounidense surgió, en parte, debido a la importancia que la sociedad le asigna a la Corte Suprema como ámbito en el cual se dirimen los asuntos más importantes y trascendentes para la vida en sociedad, como el aborto,⁵ el matrimonio igualitario,⁶ casos so-

2 Algunos jueces de la Corte tienen cuentas no oficiales en Twitter, donde publican extractos de sus opiniones y videos de sus entrevistas (por ejemplo, @JusticeThomas); otros, como Ruth Bader Ginsburg, tienen películas (*On the basis of Sex*) y hasta “funkos” (figuras coleccionables de vinilo en forma de muñecos cabezones).

3 Véase, por ejemplo, Epstein et al. (2013, pp. 37-38).

4 En inglés se lee: “The seductiveness of fame indirectly changes the public’s view of the Court. It creates incentives for Justices to maintain and enhance their standing with their adoring (and ideologically polarized) followers and to create a lasting legacy both with and beyond their judicial opinions. In other words, they play to their fans. This attention-seeking leads them to author more separate opinions and write more intemperately, increasing both the number of opinions and at least the appearance of polarization. They write for their polarized base, not for lawyers or even the general public”.

5 *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).

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

bre libertad de expresión y libertad religiosa⁷ o incluso la portación de armas,⁸ en parte, debido a la notable personalidad de algunos de sus miembros.

Vivimos en una época en la que los jueces de la Corte Suprema no parecen dispuestos a leer recursos extensos, pero sí a escribir votos individuales que, en ocasiones, parecen soliloquios. Las decisiones que se toman por mayoría suelen atraer la mayor parte, sino toda, de la atención. Los votos concurrentes logran una curiosidad significativamente menor (Bennett et al., 2018),⁹ y algunos incluso incentivan a los jueces a que dejen de escribirlos (Ledebur, 2009; Penrose, 2020; Stewart, 1991). Sin embargo, las opiniones en disidencia siempre adquieren notoriedad; tienen sus admiradores no sólo porque argumentan el caso contra la mayoría, sino también 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.¹⁰

Lograr que la Corte Suprema alcance una decisión unánime, especialmente en casos difíciles de interpretación constitucional, parece ser algo imposible de lograr. Sin embargo, lo que sucede puertas adentro del tribunal no es ajeno a lo que sucede afuera, donde resulta arduo lograr un consenso unánime en casi cualquier debate. La sociedad está polarizada o fragmentada en una multiplicidad de opiniones, y lo mismo se evidencia en casi cualquier tribunal colegiado. 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 fortalece la autoridad de un tribunal. Hay ocasiones en las cuales las opiniones disidentes pueden contribuir a que las decisiones judiciales sean me-

7 *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 y aún pendiente de resolución, el caso *303 Creative LLC v. Elenis* (2022-2023).

8 *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).

9 Quizá, la concurrencia más famosa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sea el voto del juez Robert Jackson en *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), la cual es estudiada en el primer año de la carrera de Abogacía.

10 Ver Hughes(1936) (quien señala que “[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” (p. 68).

por aceptadas por aquellos que perdieron el caso (Bentsen, 2019),¹¹ particularmente en un entorno político y social altamente polarizado (Salamone, 2018).

En Teoría Política, la disidencia ha sido estudiada principalmente en relación con el poder gubernamental, indagando cómo y en qué medida debe ser promovida, tolerada y controlada por el Estado (Leppänen, 2016). La disidencia¹² a menudo se relaciona con otros tres conceptos: el pensamiento crítico, la tolerancia y el autoexamen. En una sociedad democrática, la disidencia judicial puede ser valiosa para que los tribunales expresen los valores de la democracia deliberativa, participando y contribuyendo a los debates públicos más relevantes sobre los resultados constitucionales y legales (Rasmussen y Rasmussen, 2013).

A seis años de que el juez Carlos Rosenkrantz asumiera en el máximo tribunal del país, considero que es un buen momento para evaluar su desempeño. Y es ahí donde surge un primer dato curioso: una de cada diez resoluciones que firmó lo hizo en disidencia. Este dato podría resultar baladí o poco significativo, pero, en comparación con otros jueces que junto con él integraron el tribunal de manera concomitante, Rosenkrantz tiene el porcentaje más alto de votos en disidencia. Si bien es cierto que se unió a la mayoría en muchos casos trascendentes¹³ y que escribió opiniones concurrentes sumamente interesantes que invitan a la reflexión,¹⁴ este trabajo se centrará exclusivamente en su rol como juez disidente, para lo cual analizaré tres de sus más notables votos en soledad: *Schiffirin*,¹⁵ *Fernández de Kirchner*¹⁶ y *Batalla*.¹⁷ Intentaré argumentar que, en un ambiente de polarización social y política como el que se vive en la República Argentina, el ejercicio razonable del disenso judicial realizado por el juez Rosenkrantz en la Corte Suprema ha sido saludable, amén de deseable,

11 Bentsen (2019) argumenta, después de estudiar la Corte Suprema de Noruega, que cuando el público está muy polarizado sobre un tema, es de esperarse que los jueces también estén polarizados sobre la cuestión que deben resolver.

12 Según el *Black's Law Dictionary* (Garner, 2019), el término “disidencia” significa: “[a] disagreement with a majority opinion, esp. among judges”; cuya traducción sería: “desacuerdo con la opinión de la mayoría, especialmente entre jueces”.

13 Puedo mencionar, entre mucho otros, los siguientes casos, *Abarca*; *Milagro Sala*; *Sindicato Policial Buenos Aires*; *Acuerdo para el Bicentenario c. Provincia de Tucumán*; *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina'*; y *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional*.

14 Véase, por ejemplo, el caso *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Córdoba*.

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schiffirin, Leopoldo Héctor c. Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 340:257 (2017).

16 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020).

17 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Batalla, Rufino*, Fallos: 341:1768 (2018).

en la medida en que ha contribuido a un efecto positivo en la legitimidad del tribunal.

La primera parte de este trabajo comienza con la historia, el punto de partida lógico y natural para explicar casi todos los debates contemporáneos. Después de profundizar en la aceptación final de opiniones disidentes en la Corte Suprema y explicar el valor de comparar los sistemas legales inglés, estadounidense y argentino, este apartado analiza las teorías tradicionales tanto del derecho como de las ciencias políticas para explicar por qué y cuándo los jueces escriben opiniones disidentes, concluyendo que los aspectos positivos de los votos en disidencia superan con creces a los negativos.

La segunda parte expone un análisis empírico a partir de datos y estadísticas, a la vez que contextualiza esos números que se obtienen del desempeño de los jueces en la Corte Suprema. Luego, el tercer apartado profundiza en tres opiniones disidentes emitidas por el juez Rosenkrantz, explica los antecedentes de cada caso y compara la opinión de la mayoría con la solución alternativa a la cuestión legal que es juzgada.

Finalmente, la cuarta parte tiene como objetivo, por un lado, desentrañar el rol que desempeñó Rosenkrantz en la Corte Suprema y, por el otro, valorar sus opiniones disidentes y analizar el efecto que estas tienen en la sociedad, en el rol del tribunal y en la interpretación del derecho. Para ello, adelanto que se partirá de la premisa de que si bien los debates que se dan en la Corte Suprema son acerca de la interpretación jurídica de la Constitución, al resolver una disputa entre los distintos poderes del Estado o entre el Estado y actores particulares, el máximo tribunal no actúa como un árbitro neutral, sino que interviene en la arena política con igual intensidad, vehemencia y astucia que lo hace el resto de los poderes constituidos electos de manera directa por el pueblo. Por ello, es muy importante visualizar y no confundir, a veces adrede, el deber ser con lo que realmente es. Esta es una tentación muy frecuente en el ámbito académico, en la magistratura judicial y también en la política.

2. Punto de partida. El contexto histórico como herramienta para entender el debate actual

Las opiniones disidentes han crecido en uso y popularidad, pero no siempre ha sido así. Para entender cabalmente la relevancia del tema en Argentina, es necesario primero hacer un acercamiento histórico y comparado al sistema del *common law*. Esto permitirá una comprensión profunda del valor actual del disenso judicial.

2.1. El desarrollo histórico de las opiniones en disidencia

Las opiniones separadas son un obsequio de la práctica del derecho consuetudinario angloamericano. De hecho, la génesis y el crecimiento de la disidencia judicial¹⁸ se encuentran en el derecho medieval de Inglaterra. Cuando se sometían a consideración los conflictos ante un panel de jueces, cada uno tomaba su propia decisión de manera separada. Esta práctica de deliberación y resolución judicial *seriatim* (separada) no era más que una evolución natural del procedimiento oral inglés.

Esta práctica de opiniones en *seriatim* fue ejercida únicamente por los tribunales de última instancia, pues los jueces de primer orden no decidían de manera colegiada. En el sistema judicial inglés, el Judicial Committee of the Privy Council (JCPC o Consejo Privado), la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema (antes denominada Appellate Committee of the House of Lords)¹⁹ resolvían los casos en paneles.

La última apelación disponible de las decisiones de los tribunales coloniales estadounidenses, así como del resto de los países de la Commonwealth y territorios dependientes de la Corona británica, era el Consejo Privado de Inglaterra, que prohibió las opiniones separadas (Simpson, 1923).²⁰ El Consejo vetó expresamente la posibilidad de enunciar una disidencia mediante una orden dictada por sí mismo en 1627, la cual fue reafirmada por la Order in Council el 4 de febrero de 1878 (O.C. 593), manteniéndose hasta 1966 (SI 1966/1100), cuando finalmente se abandonó la ficción de que los jueces sólo daban un consejo a la Corona.²¹ Desde ese año, es posible para los miembros del JCPC escribir una opinión en disidencia.

Una vez determinada la decisión del Consejo, se anunciaba como decisión del pleno, independientemente de las opiniones personales de sus miembros (McWhinney, 1953). La razón de esta aparente unanimidad se basa en el he-

18 “Disenso”, “voto en disidencia” y “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.

19 La Corte Suprema del Reino Unido fue establecida en la Constitutional Reform Act de 2005 y comenzó a funcionar en octubre de 2009.

20 Simpson (1923) señala 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, ninguna publicación debe ser realizada posteriormente respecto a cómo resultaron las voces individuales y las opiniones de cada uno”) (p. 207).

21 En los primeros cinco años posteriores a la reforma de 1966, sólo aparecieron 14 casos con votos en disidencia (Kelemen, 2018, pp. 52-56).

cho de que una “decisión” del Consejo constituía solo una recomendación 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 (ZoBell, 1959). Curiosamente, este mismo enfoque se afianzó en Pensilvania y en Luisiana, donde las opiniones disidentes en las cortes supremas de ambos estados estaban legalmente prohibidas. En Pensilvania, la prohibición podía eludirse sólo cuando el juez disidente pagaba individualmente para publicar la opinión separada.²²

A diferencia de las decisiones del Consejo Privado, el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores (Appellate Committee of the House of Lords, o comúnmente conocido como *Law Lords*) publicaba libremente la opinión de cada miembro, 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.

La Corte Suprema de los Estados Unidos siguió la práctica inglesa de escribir opiniones separadas y en serie de los lores (Kelsh, 1999, pp. 139-141), convirtiéndose en una tarea adicional para los abogados discernir el principio legal o *holding* de la decisión. El máximo tribunal federal se reunió por primera vez el 1 de febrero de 1790 en el Exchange Building de la ciudad de Nueva York. Sin embargo, el presidente (*Chief Justice*) de la Corte, John Jay, se vio obligado a posponer la reunión inicial hasta el día siguiente, pues algunos de los jueces no pudieron llegar a tiempo. Las primeras reuniones de la Corte se dedicaron a asuntos administrativos y de organización interna. Los primeros casos llegaron a la Corte Suprema durante su segundo año de funcionamiento y los jueces emitieron su primera decisión el 3 de agosto de 1791 en el caso de *West v. Barnes*.²³ Las primeras opiniones *seriatim* se hallan en los casos *Chisholm v. Georgia*,²⁴ *Penhallow v. Doane's Administrators*,²⁵ *Talbot v. Janson*,²⁶ *Hylton v. United States*,²⁷

22 La Pennsylvania Act de 1845 ordenó que no se pudiera publicar “ninguna opinión minoritaria” de la Corte Suprema de Pensilvania. Véase Simpson (1923, pp. 206-208).

23 2 U.S. (2 Dall.) 401 (1791).

24 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).

25 3 U.S. (3 Dall.) 54 (1795).

26 3 U.S. (3 Dall.) 133 (1795).

27 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).

Wiscart v. D'Auchy,²⁸ *Fenemore v. United States*,²⁹ *Calder v. Bull*,³⁰ *Fowler v. Lindsey*³¹ y *Cooper v. Telfair*.³²

La tradición cambió en 1801 con el nombramiento de John Marshall como *Chief Justice* de la Corte Suprema. Aunque no prohibió las opiniones separadas, determinó que debía haber una sola opinión “de la Corte”, de conformidad con el mandato constitucional del Artículo III, § 1 que establece que habrá “una Corte Suprema”; en definitiva, su deseo era ampliar el poder institucional y consolidar la legitimidad del tribunal.

Sin embargo, la forma en que la Corte de Marshall desempeñó sus deberes decepcionó al presidente Thomas Jefferson, quien escribió en una carta a Thomas Ritchie, un reconocido periodista de Virginia, lo siguiente:

Una sentencia se pergeña en cónclave, tal vez por una mayoría de uno solo, se presenta como si fuera unánime y con la silenciosa aquiescencia de jueces perezosos o tímidos, por un astuto Presidente de la Corte, que sofistica la ley a su voluntad, por el giro de su propio razonamiento.³³ (Carta a Thomas Ritchie, 25 de diciembre de 1820, citada en Ford, 1905, p. 175)

Jefferson defendió un regreso a “la sana práctica de la corte primitiva” de emitir opiniones en serie o *seriatim*.³⁴ 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.³⁵ En una carta que escribió el 27 de octubre de 1822 al juez William Johnson, nombrado por él y considerado el primer disidente en la Corte, expresó lo siguiente:

28 3 U.S. (3 Dall.) 321 (1796).

29 3 U.S. (3 Dall.) 357 (1797).

30 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798).

31 3 U.S. (3 Dall.) 411 (1799).

32 4 U.S. (4 DaUt.) 14 (1800).

33 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”.

34 Carta al juez Johnson, citada por Levin (1944, p. 518).

35 Véase Warren (1932, p. 655).

La práctica [de evitar escribir opiniones separadas] es ciertamente conveniente para los perezosos, los modestos y los incompetentes. Les ahorra la molestia de desarrollar su opinión metódicamente e incluso de dar su opinión al respecto. El argumento del *seriatim* demuestra que cada juez se ha tomado la molestia de comprender el caso, de investigarlo minuciosamente y de formarse una opinión por sí mismo, en lugar de clavársela en la manga a otro.³⁶ (Carta de Thomas Jefferson a William Johnson, 27 de octubre de 1822, citada en Morgan, 1954, p. 169)

Sin embargo, a pesar de la frustración de Jefferson, prevaleció la práctica de una voz única.³⁷ En los años siguientes, hubo algunos ejemplos de disidencias notables, como la del juez Benjamin Curtis en *Dred Scott v. Sandford*,³⁸ donde la mayoría de la Corte sostuvo que las personas afrodescendientes cuyos antepasados fueron traídos a los Estados Unidos como esclavos nunca podrían convertirse en ciudadanos. El juez Curtis, en cambio, escribió que, en la fundación del país, los afroamericanos eran “ciudadanos de al menos cinco estados y, por lo tanto, parte del pueblo de los Estados Unidos”, y agregó “entre aquellos para quienes y cuya posteridad se ordenó y sancionó la Constitución”. Otro ejemplo es la disidencia del juez Harlan en *Civil Rights Cases*.³⁹ 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”.

Una voz relativamente unánime en la Corte se mantuvo en calma hasta que el juez Felix Frankfurter abrió la puerta del voto separado de la mayoría al escribir una opinión concurrente en 1939. En *Graves v. New York*,⁴⁰ el juez escribió:

Me uno a la opinión del Tribunal, pero estimo oportuno añadir algunas observaciones. El volumen de los asuntos de la Corte hace mucho tiempo que ha hecho

36 Esta carta fue escrita por Jefferson desde su residencia en Monticello, Charlottesville, Virginia, un lugar declarado patrimonio cultural por la UNESCO.

37 Véase Smyth y Narayan (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”) (p. 84).

38 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

39 109 U.S. 3 (1883).

40 306 U.S. 466 (1939).

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.⁴¹

El recorrido desde el pasado 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 las opiniones disidentes y concurrentes que son parte integral de la historia constitucional estadounidense y argentina, como también del desarrollo del orden político e institucional. A partir de aquí, la historia jurisprudencial se fue escribiendo con un número creciente de jueces que optaron por votar en soledad.

2.2. La influencia de la Constitución norteamericana y de la Corte Suprema de los Estados Unidos en Argentina

El derecho constitucional estadounidense influyó profundamente en el diseño de la Constitución argentina de 1853 y en la práctica institucional.⁴² Esta influencia está íntimamente relacionada con Juan Bautista Alberdi, considerado uno de los más brillantes y destacados juristas argentinos del siglo XIX,⁴³ como también de José Benjamín Gorostiaga, quizá el principal redactor de la Constitución Nacional.⁴⁴ Alberdi estudió una gran cantidad de constituciones, in-

41 Ibidem, 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”.

42 Cfr. Ravignani (1939, p. 468), quien señala que la Constitución argentina fue diseñada en el molde de la Constitución de los Estados Unidos. La Constitución argentina fue reformada en cinco oportunidades (1860, 1866, 1898, 1957 y 1994); la reforma peronista realizada en 1949 fue abolida por la dictadura militar en 1956 y se reinstaló el texto original de 1853). Ver también Bianchi (2019, cap. VI) y Rivarola (1944), quien critica la opinión de que la Constitución argentina es meramente una copia de la estadounidense y que puede ser interpretada justamente aplicando precedentes estadounidenses.

43 Cfr. Verdu (1998) y Santiago (2014b).

44 Véase John Pendleton, 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

cluida la 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.

Miller (1997) explicó la influencia de la obra del jurista tucumano señalando que las *Bases...* “probablemente sea 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” (pp. 1501-1502).⁴⁵ Su erudición mostró una innegable admiración por el sistema legal estadounidense, al cual atribuyó el progreso de los Estados Unidos,⁴⁶ y creía, además, que los problemas que enfrentó la fundación de la Argentina entre 1810 y 1853 podían resolverse si seguía el desarrollo constitucional estadounidense.⁴⁷

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 supremacía⁴⁸ formulada en la Constitución de los Estados Unidos. Por su parte, al remitirse expresamente al célebre caso *Marbury v. Madison*,⁴⁹ la Corte Suprema de Argentina defendió un modelo de control de constitucionalidad y revisión judicial vehemente, tal como lo ejerce su contraparte en los Estados Unidos.⁵⁰ 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”.⁵¹

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 (2023).

45 En la versión en inglés se lee lo siguiente: “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” (Bases and Points of Departure for the Political Organization of the Argentine Republic), 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” (Miller, 1997, pp. 1501-1502).

46 Alberdi (1998, pp. 157-159).

47 Ver García Mansilla y Ramírez Calvo (2006), García-Mansilla (2004, p. 311) y Alberdi (1998, ac. XXII, p. 115).

48 Artículo VI, § 2, Constitución de EE. UU. y artículo 31, Constitución Nacional.

49 5 U.S. 137 (1803).

50 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sojo c. Cámara de Diputados*, Fallos: 32:120 (1887).

51 Garay (2019, p. 262); véase también Rosenkrantz (2003, p. 270).

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. Sirve comparar los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional con el texto de la Constitución norteamericana, como también la Judiciary Act de 1789 y el artículo 14 de la Ley 48. Además, al igual que la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Suprema argentina emite: (a) opiniones unánimes; (b) opiniones mayoritarias; (c) pluralidad de opiniones; (d) opiniones concurrentes; y (e) opiniones disidentes.⁵²

A pesar de que la Argentina adoptó un sistema jurídico de corte civilista con derecho codificado, existen elementos constitutivos fundamentales comunes entre ambos países. Considerando que la Corte Suprema de Justicia de nuestro país ha estado fuertemente influenciada por su par estadounidense, resulta pertinente realizar 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.⁵³

La Corte Suprema de Justicia de Argentina comenzó a conocer y resolver los casos traídos ante sus estrados en 1863. El primer voto separado publicado data de 1871, firmado por el presidente del tribunal, Salvador María del Carril, y el juez Marcelino Ugarte en el caso *Chanfreau & Co. v. Provincia de Corrientes*.⁵⁴ Desde entonces, la publicación de las disidencias se convirtió en una práctica habitual, aunque con un inconveniente lingüístico que persiste hasta el día de hoy en nuestro país.⁵⁵

En la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha habido grandes disidentes. Sólo por citar algunos, es justo recordar a los *Justices Johnson*

52 Para una explicación de cómo se distribuyen los casos para decisión entre los magistrados de la Corte Suprema de Argentina, ver Carrió (1989).

53 Véase Oyhanarte (2015, p. 451); también Hirschl (2014, p. 211), quien critica la falta de estudios comparados en el hemisferio sur.

54 Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], *D. José M. Chanfreau y Cía. contra la Provincia de Corrientes por cobro de pesos*, Fallos: 10:59 (1871). 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*, Fallos: 19:241 (1877).

55 Véase Vitetta (2022), quien argumenta que las disidencias en la Corte Suprema argentina usan lenguaje performativo como si en realidad fueran a decidir un caso, confundiendo al lector. Me consta que ha habido esfuerzos aislados de modificar esta práctica desde la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema; sin embargo, la modificación de prácticas arraigadas es muy difícil, y más si se intenta en el ámbito tribunalicio, donde es sabido que cualquier cambio lleva mucho tiempo.

(1804-1834), Daniel (1841-1860),⁵⁶ Curtis (1851-1857), Holmes (1902-1932) y Brandeis (1916-1939), quienes allanaron el camino para sus sucesores, como Scalia (1986-2016) y Ginsburg (1993-2020). Lo cierto es que el epíteto de “primer disidente” se aplica al *Justice* William Johnson, designado por el presidente Jefferson en 1804. Unas décadas más tarde, durante la presidencia de la Corte del juez Roger Brooke Taney (1836-1864), el juez Benjamin Robbins Curtis se ganó el título de “Gran disidente” gracias a su opinión en el infame caso *Dred Scott* en 1856. Su disidencia fue apoyada por la sociedad y traducida en una enmienda constitucional sólo nueve años después.⁵⁷

Quizá el disidente más memorable fue el juez John Marshall Harlan, quien, en su carrera judicial de más de 30 años (1877-1911), resolvió un total de 7649 casos y escribió por separado 416 veces (100 concurrencias y 316 disidencias; 107 de sus votos en disidencia fueron suscriptos también por otros colegas).⁵⁸ Su disidencia más renombrada y célebre fue en el histórico caso *Plessy v. Ferguson* (1896)⁵⁹ 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.⁶⁰ Los sucesores del *Justice* Harlan fueron Oliver Wendell Holmes y Louis Dembitz Brandeis, quienes se ganaron el mote de “duo de disidentes” (Sunstein, 2007, párr. 3).

Tal como expliqué anteriormente, el presidente de la Corte Marshall descartó la práctica de anunciar las opiniones en *seriatim* (siguiendo la práctica inglesa predominante) y prefirió el sistema de anunciar la sentencia de la Corte en una sola opinión. Durante su presidencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió 1244 sentencias con apenas 70 disidencias. La primera ruptura en la unanimidad se produjo en 1804, cuando el juez Chase emitió un voto concurrente en solo una oración en *Head & Armory v. Providence Insurance Co.*⁶¹ Dos

56 Disintió en muchas más ocasiones que el juez Curtis, sin embargo, sus opiniones 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.

57 La decimotercera enmienda establece: “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”.

58 ZoBell (1959, p. 199).

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

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

61 6 U.S. (2 Cranch) 127, 169 (1804).

años más tarde, el juez federalista William Paterson firmó la primera disidencia en *Simms & Wise v. Slacum*.⁶²

En el período anterior a Marshall, el juez James Iredell escribió elocuentes opiniones disidentes. En *Georgia v. Brailsford*⁶³ 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”.⁶⁴ Siguió el juez Blair, que dijo: “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”.⁶⁵ En ese mismo caso, el presidente de la Corte Jay escribió para “toda la corte, excepto los jueces que acaban de expresar sus sentimientos”.⁶⁶

2.3. El debate actual y las disidencias en la balanza

Hoy en día, las opiniones separadas están de moda en la Corte Suprema. La actitud fracturada es una tendencia, a pesar de que el presidente del máximo tribunal estadounidense, John Roberts, mostró públicamente su preocupación por los riesgos institucionales asociados con las opiniones separadas.⁶⁷ Riesgo que pareciera no preocuparle demasiado cuando él escribe sus propias disidencias. Ahora bien, ¿la crisis de legitimidad del máximo tribunal federal es una preocupación justa y razonable para el presidente del órgano judicial colegiado

62 7 U.S. (3 Cranch) 300, 309-11 (1806), disidencia del juez federalista William Paterson.

63 2 U.S. (2 Dall.) 415 (1793).

64 Ídem. 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”.

65 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” (Ibidem, pp. 417-418).

66 Dijo: “[to] all the court, except the judges who have just delivered their sentiments (...)”. Respecto a las últimas tres citas, ver Jackson (1969, p. 20).

67 “‘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’” (Rosen, 2007, párr. 9).

más importante del país? Sin duda lo es. Y no sólo para el presidente de la Corte, sino para todos los jueces que la integran. Se ha llegado a señalar que las instituciones, en el orden constitucional estadounidense, ganan poder con el tiempo en función del éxito que consigan a partir del apoyo del público.⁶⁸

Para contrarrestar el miedo del *Chief Justice* Roberts 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 para los jueces en los tribunales de última instancia, concluyendo que los aspectos positivos de votar en disidencia superan con creces a los negativos.⁶⁹

Algunos estudios empíricos aclaran cuándo y por qué los jueces escriben opiniones separadas (Pritchett, 1941, p. 890).⁷⁰ En general, los magistrados tienden a emitir opiniones separadas con más frecuencia cuando existe una mayor diversidad ideológica en el tribunal (Epstein et al., 2011, pp. 106-107),⁷¹ o cuando existe una norma que favorece la autoría de opiniones separadas (Hettinger et al., 2004, p. 134), o cuando deben resolver casos trascendentes y jurídicamente complejos (Epstein et al., 2011, pp. 106-107; Hettinger et al., 2004, p. 134) o de mucha notoriedad pública donde la presión social y mediática se siente puertas adentro del tribunal. Por el contrario, los jueces emiten menos opiniones separadas cuando el trabajo los agobia y la cantidad de casos que tiene el tribunal resulta abrumadora (Epstein et al., 2011, pp. 106-107).⁷²

Las opiniones disidentes 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 expresa la voz de los grupos y minorías desfavorecidos.⁷³ También las disidencias pueden proporcionar una guía práctica para los litigantes, otros tribunales inferiores y para el Congreso (Brennan, 1986, p. 430).⁷⁴ Asimismo, si la disidencia está bien escrita y ha lo-

68 Véase Chafetz (2017, pp. 15-26).

69 Cfr. Kolsky Lewis (1995, pp. 2082-2093).

70 Un estudio similar respecto a la Corte Constitucional de Chile, véase en Tiede (2016, p. 377).

71 Los autores encontraron que, entre 1990 y 2007, el 62% de los fallos de la Corte Suprema contenían una disidencia en comparación con el 2,6% de las cortes federales de apelaciones. Véase también Hettinger et al. (2004, p. 134).

72 Sin embargo, en Hettinger et al. (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.

73 Kolsky Lewis (1995, p. 2082).

74 Véase también Sur (2006, p. 1319), quien señala que los disidentes del panel de circuito a menudo

grado confrontar a la mayoría, es probable que haya logrado 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 (Kolsky Lewis, 1995, p. 2083). 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.⁷⁵

En la Tercera Conferencia Anual en Memoria de Matthew O. Tobriner, el juez Brennan pronunció una ponencia en Hastings College of Law el 18 de noviembre de 1985. Allí dijo:

Somos 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.⁷⁶ (Brennan, 1986, p. 437)

Además, un voto en disidencia puede proporcionarles 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 las disidencias no como un deber para hacer ruido de manera individualista, sino como una herramienta necesaria para mostrarle al público que la mayoría ha adoptado una interpretación incorrecta de la ley y “para exponer el punto de partida y

“telegrafian” a otros tribunales, litigantes y a la legislatura para expresarles que la decisión de la mayoría es incorrecta.

75 Cfr. Brennan (1986, p. 430).

76 En el idioma original se lee: “[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”.

señalar hacia un camino diferente”.⁷⁷ Disidentes de este tipo, dijo el juez Scalia (1998), “argumentan en lugar de disminuir el prestigio de la Corte” (p. 19), 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. (p. 19)⁷⁸

De ahí que la jueza Ruth Bader Ginsburg (2010) afirmara que un voto en disidencia “apela a la inteligencia de un día futuro” (p. 6), convirtiendo al juez que disiente en una suerte de vidente que mira hacia el más allá (Barth, 1974, p. 3)

Por lo tanto, los jueces y magistrados pueden utilizar las opiniones disidentes 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 (Kolsky Lewis, 1995, p. 2083). Sin embargo, a menudo se abstenía de publicar sus disidencias junto con la decisión final si creía que la opinión de la mayoría solo causaría un daño insignificante (McGlynn Gaffney, 1994, pp. 608-609).⁷⁹ Podría afirmarse que practicaba algo así como un *dissenting restraint*.

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 dársele a cada expediente. De manera que esta referencia les 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 (Kolsky Lewis, 1995, p. 2082).

Si bien son muchos los académicos que reconocen el valor de las disiden-

77 Ibidem, p. 437. En inglés se lee “to expose the departure and point toward a different path”.

78 En inglés se lee: “argument 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”.

79 Véanse también Ginsburg (1990, pp. 142-43) y Frank (1958, p. 403) al explicar que, en el libro de Bickel sobre los votos no publicados del Justice Brandeis, el juez de la Corte Suprema decidió no publicar algunas de sus disidencias al principio para no exteriorizar sus diferencias, y luego por el temor de maximizar sus pérdidas dramatizándolas o cuando involucrara temas de interpretación jurídica que no le parecían dignos de levantar el punto en un voto separado.

cias,⁸⁰ algunos no las ven como un signo de apertura y transparencia deliberativa, sino que sostienen un efecto pernicioso sobre la legitimidad y la autoridad de la Corte,⁸¹ 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. El juez que vota en disidencia debe ser consciente de no promover ni velar por intereses personales, especialmente sus propios intereses políticos, ideológicos o partidarios para no menoscabar la imagen de los jueces como árbitros neutrales, independientes e imparciales. Los jueces nunca deben utilizar la herramienta de la disidencia como una plataforma para atacar constantemente las acciones del partido político contrario al que los nominó (Bricker, 2020, p. 1590), como tampoco utilizarla para promover su propia agenda política desde la minoría en el tribunal.

Ha habido casos en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense de opiniones disidentes que finalmente se convirtieron en mayoría. Por mencionar algunos, la disidencia del juez Harlan en *Plessy v. Ferguson*,⁸² que luego en *Brown v. Board of Education*⁸³ aparece distinguiendo e implícitamente derogando, pero no invalidando formalmente, *Plessy*; las opiniones separadas de los jueces Holmes y Brandeis en distintos casos como *Abrams v. United States*⁸⁴ o *Whitney v. California*,⁸⁵ dejado sin efecto en *Brandenburg v. Ohio*,⁸⁶ o la disidencia del juez Holmes en *Lochner*,⁸⁷ dejado sin efecto en *West Coast Hotel Co. v. Parrish*⁸⁸ (revocación reconocida en *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*⁸⁹); también la disidencia del juez Stone en *Gobitis*,⁹⁰ precedente anulado por *W. Virginia Bd.*

80 De hecho, en la dedicatoria del libro *Constitución y Derechos Humanos* (1991), Jonathan M. Miller, María Angélica Gelli y Susana Cayuso escriben 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” (p. IX). Agradezco la referencia al profesor Alfonso Santiago (h.).

81 Ver, en general, Salamone (2014).

82 163 U.S. 537, 552-64 (1896).

83 347 U.S. 483, 494-96 (1954).

84 250 U.S. 616, 624 (1919) (Holmes, J., voto en disidencia).

85 274 U.S. 357, 372-75 (1927) (Brandeis, J., voto concurrente).

86 395 U.S. 444, 449 (1969).

87 198 U.S. 45, 74-76 (1905) (Holmes, J., voto en disidencia).

88 300 U.S. 379 (1937).

89 505 U.S. 833, 861 (1992).

90 *Minersville Sch. Dist. v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 601-07 (1940) (Stone, J., voto en disidencia).

de *Educ. v. Barnette*;⁹¹ y la disidencia del juez Jackson en *Korematsu*,⁹² caso que fue anulado por *Trump v. Hawaii*.⁹³ En estos casos, dejar sin efecto el precedente (o desacreditarlo) llevó décadas.

Ahora bien, es honesto reconocer que las disidencias son rara vez citadas por las mayorías en casos posteriores o incluso por los tribunales inferiores,⁹⁴ y muy rara vez se convierten en opiniones mayoritarias;⁹⁵ sin embargo, es sorprendente que los poderes judiciales de los Estados Unidos y de 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 los sistemas judiciales de 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.⁹⁶ El derecho a disentir a menudo se da por sentado. Sin embargo, esto no es así en todos lados ni en todos los sistemas jurídicos, de allí que resulta fundamental discutir de qué manera y con qué frecuencia resulta más apropiado el uso de los votos en disidencia.

Después de recorrer el desarrollo histórico del disenso judicial en la última instancia judicial y el valor y la importancia de las disidencias en el sistema del *common law*, es momento de profundizar en tres de las disidencias más notables del juez Rosenkrantz en la Corte Suprema. La elección metodológica de los casos *Schiffirin*, *Fernández de Kirchner* y *Batalla* se justifica en tanto han despertado la opinión y susceptibilidad de toda la comunidad jurídica y política, como también de los propios jueces, que se han visto personalmente afectados, provocando que medios de comunicación hicieran interpretaciones políticas a favor y en contra de los magistrados de la Corte y de las partes involucradas. Por su relevancia institucional, trascendencia casuística e impacto en la interpretación del derecho, como también porque la opinión de Rosenkrantz es la solución antagónica de la mayoría, dedicaré el siguiente apartado a analizar cada uno de estos tres casos.

91 319 U.S. 624, 642 (1943).

92 323 U.S. 214, 242-48 (1944) (Jackson, J., voto en disidencia).

93 138 S. Ct. 2392, 2423 (2018).

94 Véase Epstein et al. (2011, pp. 126-27).

95 Véase Bennett et al. (2018, p. 837).

96 Véase Verdugo (2011, p. 218, nota al pie 2) y también la obra de Kelemen (2018), que pone el foco en Europa.

3. Rosenkrantz en soledad

En el último tramo de la presidencia de Ricardo Luis Lorenzetti (2007-2018), la Corte se redujo de siete a tres jueces. Los jueces Argibay y Petracchi fallecieron en 2014, y los jueces Zaffaroni y Fayt renunciaron en 2014 y 2015, respectivamente; así, la Corte quedaba integrada únicamente por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda. En ese entonces, el juez de la ciudad de Rafaela, Santa Fe, había logrado en gran medida ocultar cualquier indicio de desacuerdo detrás de una fachada de unidad en una Corte de solo tres miembros.

El 14 de diciembre de 2015, el presidente Mauricio Macri dictó el Decreto 83/2015, mediante el cual designó en comisión a Rosenkrantz y a Rosatti. La Constitución Nacional habilitaba al titular del Poder Ejecutivo a ejercer la potestad de “llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima legislatura” (art. 99, inc. 19 de la CN). Sin embargo, como consecuencia del fuerte rechazo a la designación por decreto, los dos jueces decidieron esperar el procedimiento de audiencias establecido por el decreto 222/2003 y el acuerdo del Senado previsto en la Constitución Nacional.

El pliego de Rosenkrantz fue convalidado en la Cámara de Senadores por 58 votos afirmativos, 12 negativos y 2 ausentes. Los rechazos pertenecieron a 10 senadores que integraban el bloque por entonces llamado PJ-Frente para la Victoria: Hilda Clelia Aguirre (La Rioja), Ana Almirón (Corrientes), Anabel Fernández Sagasti (Mendoza), Marcelo Fuentes (Neuquén), Virginia García (Santa Cruz), Nancy González (Chubut), María Ester Labado (Santa Cruz), María Inés Pilatti Vergara (Chaco), María de los Ángeles Sacnun (Santa Fe) y Marina Ríofrío (San Juan). También votaron negativamente los recientemente fallecidos senadores Carlos Menem y Fernando “Pino” Solanas, que eran opositores al Gobierno de Cambiemos y tenían sendos monobloques, por fuera del bloque PJ-Frente para la Victoria, que entonces presidía Miguel Pichetto, quien votó a favor de ambos pliegos.

Finalmente, Rosenkrantz, nacido en la ciudad de Buenos Aires en octubre de 1958, asumió el cargo de juez de la Corte Suprema el 22 de agosto de 2016. Luego de dos años en el tribunal, accedió a la presidencia por el voto de sus colegas el 1 de octubre de 2018, cargo que ocupó hasta el 30 de octubre de

2021.⁹⁷ Actualmente, y tras una elección que generó polémica puertas adentro de la Corte,⁹⁸ ocupa el cargo de vicepresidente.⁹⁹

3.1. Investigación empírica a partir de la observación de datos

Aunque todos los jueces tienen bajos niveles de disidencia, Rosenkrantz es, sin lugar a duda, el juez con la mayor cantidad de disidencias. Durante sus primeros seis años en la Corte Suprema, 2629 de sus votos fueron emitidos como opiniones disidentes. Su primera firma que aparece en *Fallos* como juez en la Corte fue el 6 de septiembre de 2016, cuando se unió a la mayoría en un fallo unánime en el caso *Abarca*¹⁰⁰ y, desde que asumió el cargo hasta el 1 de noviembre de 2022, firmó un total de 28122 sentencias.

En comparación con los otros jueces y tomando el período respectivo a cada uno, que va desde que asumieron su cargo en la Corte hasta que completaron sus primeros seis años, Rosenkrantz tiene la tasa más alta de disidencias, seguido por Rosatti con 1026 y luego, por una abultada diferencia, lo siguen Highton de Nolasco con 25 votos en disidencia, Lorenzetti con 16 y Maqueda con apenas 14. Tal como se exhibe en el Gráfico 1, los tres jueces más antiguos tuvieron una tasa muy baja de votos en minoría en sus primeros años.

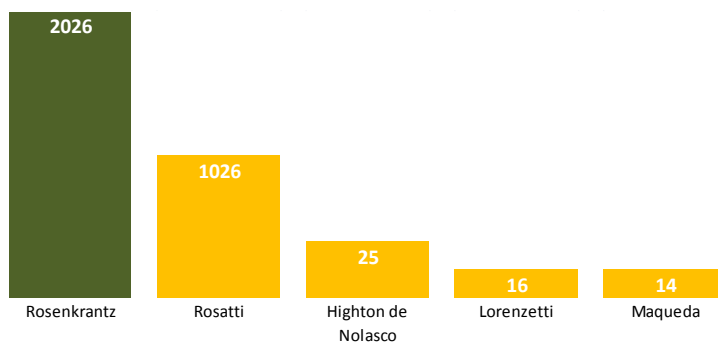


Gráfico 1. Cantidad de votos en disidencia durante sus respectivos primeros seis años en la Corte Suprema. (Fuente: elaboración propia).

97 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Acordada 29/2018* (11 de septiembre de 2018).

98 Cfr. *Horacio Rosatti es el nuevo presidente...* (2022).

99 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Acordada 18/2021* (23 de septiembre de 2021). Del texto de la *Acordada* surge la ausencia de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco.

100 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Abarca*, Fallos: 339:1223 (2017).

De esa investigación surge, como segundo dato interesante, que durante los primeros seis años en la Corte Suprema, Rosenkrantz votó en 1070 oportunidades en disidencia junto con Highton de Nolasco, o bien ambos en disidencia, pero con votos separados. Lo mismo sucedió en 47 casos con Rosatti, 26 con Maqueda y 21 con Lorenzetti. En el siguiente gráfico se exponen los números de coincidencia entre Rosenkrantz y sus colegas del tribunal al votar en disidencia.

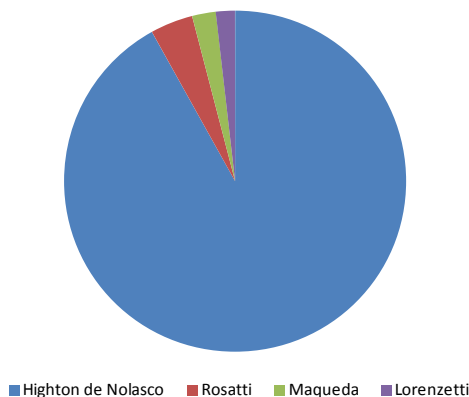


Gráfico 2. Coincidencia de votos en disidencia del juez Rosenkrantz con sus colegas de la Corte Suprema. (Fuente: elaboración propia).

El tercer dato curioso surge cuando se observa que Rosenkrantz votó en absoluta soledad en 671 casos frente a una mayoría integrada por Rosatti, Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco. Es decir, del total de 2629 resoluciones que decidió apartarse de la solución de la mayoría, en 1 de cada 4 expedientes votó en soledad.

3.2. Consideraciones necesarias para el análisis de los datos

Considero que es importante advertir que un gran porcentaje de las disidencias de los jueces de la Corte Suprema argentina se corresponden a lo que puertas adentro del tribunal se conoce como la aplicación de “fórmulas”, es decir, la utilización de latiguillos o frases preestablecidas que forman parte de la tradición judicial y forense. Entre ellas se encuentran las siguientes: “El recurso no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal”; “[e]l recurso no se dirige contra la sentencia dictada por el tribunal superior”; “[n]o se rebaten to-

dos los argumentos”; “[c]arece de fundamentación autónoma”; “[e]l recurso no cumple con la Acordada 4/2007”; “[q]ue el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [CPCCN])”; “[q]ue en el caso planteado en el recurso extraordinario no media resolución contraria en los términos del art. 14, inc. 2, de la Ley 48”; “[q]ue la cuestión federal alegada en el recurso extraordinario no ha sido introducida o mantenida oportunamente en el proceso”, entre otras.

A veces, la disidencia se basa en los distintos alcances de las fórmulas. Por ejemplo, se supone que primero debe existir una sentencia definitiva y que el recurso extraordinario interpuesto contra esa sentencia cumple con todos los requisitos de la Acordada 4/2007 para luego analizar si la causa suscita una cuestión federal suficiente o si se rechaza aplicando el art. 280 del CPCCN. Dado que la utilización de las distintas fórmulas es útil para los litigantes, quienes merecen conocer el fundamento por el cual fue rechazado su recurso extraordinario, los jueces de la Corte suelen prestar especial atención a ese tema. Es probable que por esta razón exista una diferencia muy grande entre la cantidad de disidencias que firmaron los jueces Rosenkrantz y Rosatti en comparación con Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda cuando la Acordada 4/2007 todavía no existía.

Por otra parte, respecto al funcionamiento interno de la Corte, es interesante notar lo que sucede con la “no firma” por parte de los jueces de la Corte. Esta herramienta es comúnmente utilizada por aquellos jueces que no quieren expedirse en una causa, pero tampoco quieren excusarse, es decir, optan por el silencio. Se trata de una práctica lamentable, muy habitual y arraigada en nuestro máximo tribunal, por medio de la cual los jueces echan mano alegando cuestiones de decoro, pero que no quieren exteriorizar. Si se lo mira desde una perspectiva de eficiencia en el trámite de las causas y el dictado de las sentencias, quizá podría encontrarse un argumento en el pasado cuando la Corte funcionaba con nueve integrantes.

Rosenkrantz, por distintos motivos, es el juez que menos sentencias firmó en los últimos años en comparación con el resto de sus colegas. En el siguiente gráfico se muestra comparativamente la cantidad de resoluciones que firmó cada juez desde el día que asumió Rosenkrantz hasta el 1 de noviembre de 2022.

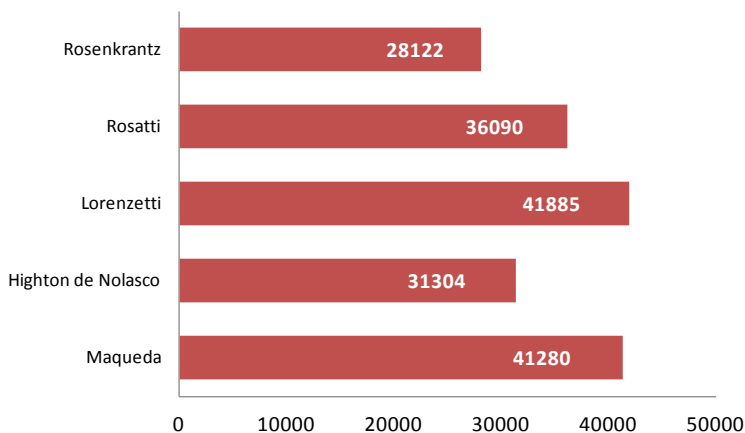


Gráfico 3. Cantidad de resoluciones firmadas entre el 22 de agosto de 2016 y el 1 de noviembre de 2022. (Fuente: elaboración propia).

Entre las razones que explican la “no firma” del juez Rosenkrantz, entiendo que es posible examinar las siguientes:

- a. El modelo de ronda corta o de circulación abreviada como sistema de gestión en la tarea de la Corte¹⁰¹ le ha evitado tener que pronunciarse en aquellos expedientes donde la mayoría ya se había alcanzado. Dado que los expedientes circulan sucesivamente entre los miembros del tribunal hasta que se logra la mayoría de las opiniones coincidentes o concordantes para la resolución del caso, una vez reunida la mayoría de tres firmas necesarias, se apura la publicación de la sentencia. Esto se da, principalmente, en aquellas causas que se desestiman por aplicación del art. 280 del CPCCN en asuntos que carecen de trascendencia, como la gran mayoría de las previsionales, o en las cuestiones de competencia que no alcanzan a circular por todas las vocalías. Vale aclarar que lo que en la jerga tribunalicia se conoce como “la plancha del 280”, (i.e., el rechazo fundado en el art. 280 del CPCCN) está habilitado constitucionalmente por el art. 117, en tanto establece que “... la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso”.
- b. Previo a ocupar la función de juez de la Corte Suprema, Rosenkrantz integró el estudio jurídico Bouzat, Rosenkrantz y Asociados, de manera que, al haber ejercido la profesión, representó a varios clientes que tenían expe-

101 Cfr. Rosatti (2018).

dientes pendientes de resolución en la Corte. Más allá de una cuestión de decoro o delicadeza y de lo establecido en los artículos 17 y 30 del CPCCN, Rosenkrantz se autolimitó a intervenir en el juzgamiento de casos que involucraran a exclientes o socios. Eso implicó que no haya firmado muchas sentencias,¹⁰² entre las que cabe recordar los casos *Castillo*¹⁰³ (pues había intervenido como abogado de la Asociación por los Derechos Civiles al promover la demanda) o *Farmacity*¹⁰⁴ (donde había sido abogado de la parte actora).

- c. En algunas circunstancias, los jueces de la Corte pueden considerar que ciertos casos no requieren una disidencia o no logran expresarla por falta de tiempo. Asimismo, pueden existir situaciones donde hay acuerdo en la solución, pero, por la premura en tomar una decisión, no se logra redactar un voto separado. No firmar el fallo puede interpretarse, de cierto modo, como una insatisfacción no explicitada con la sentencia. Esto se evidencia al estudiar qué jueces participaron en el acuerdo y quiénes decidieron no firmar posteriormente. Los efectos de esta práctica en la legitimidad de la Corte pueden ser estudiados en el futuro en comparación con la incidencia de votos concurrentes y disidencias.

A veces, el desacuerdo surge en relación con las fuentes jurídicas que los jueces emplean para fundamentar sus sentencias, las referencias a fallos anteriores o las remisiones a otros veredictos del mismo tribunal. Hay jueces, como Lorenzetti, que, en casos ambientales, laborales o relacionados con pueblos indígenas, suelen hacer referencia a normas o instrumentos de *soft law*, las cuales no serían aceptables para un juez como Rosenkrantz.¹⁰⁵ En estos casos, la alternativa para aquellos que no desean unirse al voto mayoritario es emitir un voto concurrente (eliminando cualquier párrafo en el que la mayoría haya incluido justificaciones basadas en *soft law*) o una disidencia. Sin embargo, en la Corte, al igual que en casi todos los contextos donde se toman decisiones colegiadas, el consenso requiere renunciamentos y concesiones. Un ejemplo único en la jurisprudencia de Rosenkrantz es el caso

102 Cfr. *Carlos Rosenkrantz se excusó de votar...* (2023).

103 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Castillo*, Fallos: 340:1795 (2017).

104 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Farmacity*, Fallos: 344:1557 (2021).

105 Cfr. Rosenkrantz (2003). Recientemente, el juez Rosenkrantz ha sido medio laxo con la postura de no firmar nada que tenga menciones a instrumentos de *soft law*, aunque la regla sigue siendo que no pueden ser autoritativas. Es decir, se aceptan al efecto de hacer mayoría cuando aparecen como ejemplos de cómo fue interpretada una norma o cuando pueden leerse como aseveraciones de hecho (*Denegri*).

*Denegri*¹⁰⁶ sobre el derecho al olvido digital, del 28 de junio de 2022, en el cual el consenso permitió la inclusión de una cita a las directrices de un grupo creado por la Comisión Europea como aseveración de hecho.¹⁰⁷

En definitiva, tal como se expuso, el empleo de la “no firma” puede obedecer a una multiplicidad de razones, algunas de las cuales pertenecen al fuero íntimo de cada juez. Lo interesante es destacar que esa posible disconformidad con la solución de la mayoría de aquel que decide deliberadamente no firmar la sentencia jamás quedará plasmada en la sentencia. Esta circunstancia priva a las partes, futuros litigantes, tribunales inferiores, los poderes constituidos y a la sociedad en su conjunto, de conocer las razones de su no intervención.

4. Tres casos bajo la lupa y una única voz disidente

Luego de exponer un análisis cuantitativo y empírico de las disidencias del juez Rosenkrantz y de explicar la manera en que esos datos numéricos pueden interpretarse, es momento de realizar un análisis descriptivo. Para ello, he seleccionado tres votos en disidencia que considero trascendentales en la jurisprudencia durante esta etapa: *Schiffrin*, *Fernández de Kirchner* y *Batalla*.

Intentaré argumentar que, además de ser casos especiales y difíciles en el tribunal, Rosenkrantz se preocupó por promover el Estado de derecho, juzgar y sopesar el rol del precedente y justificar con una argumentación sólida una solución alternativa a la mayoría. Tal como se explicará seguidamente, se evidencia en sus votos una fuerte defensa de la noción de *stare decisis* en un país como Argentina, con una tradición jurídica distinta al *common law*,¹⁰⁸ además de un compromiso y respeto por una aplicación fiel del texto de la Constitución, aun cuando el resultado no convenía a sus propios intereses personales y esa postura acarrea un costo para su reputación judicial.¹⁰⁹

106 Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], *Dengeri*, Fallos: 345:482 (2022).

107 En el considerando 23 del fallo unánime suscripto por los jueces Rosatti, Rosenkrantz, Lorenzetti y Maqueda se incluye una remisión a las “Directrices Éticas para una IA fiable”, Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial creado por la Comisión Europea en junio de 2018.

108 Rosenkrantz realizó sus estudios de posgrado (LL.M. y J.S.D.) en la Universidad de Yale, Estados Unidos, donde recibió una fuerte influencia del *common law*.

109 La diputada del Frente de Todos Vanesa Siley presentó en septiembre de 2020 una solicitud de juicio político al juez Rosenkrantz por “mal desempeño y eventuales delitos en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo que dispone el artículo 53 y concordantes de la Constitución

Luego de que quedara vacante la vocalía a cargo del juez Carlos S. Fayt, llegó Rosenkrantz como el nuevo titular. A seis años de su arribo, esa misma vocalía continúa siendo una “cátedra de civismo”,¹¹⁰ que se ha nutrido además de la profundidad y del rigor que aporta el conocimiento filosófico.

4.1. La Constitución anulada y los límites al poder constituyente reformador en Fayt y Schiffrin

El texto constitucional originario establecía que los jueces podían permanecer en sus cargos mientras durara su buena conducta. Sin embargo, en 1994 se reformó la Constitución argentina, se dejó a un lado el *life tenure* del derecho estadounidense¹¹¹ y se impuso un límite de edad para que los jueces de la Corte Suprema se jubilaran o pidieran un nuevo nombramiento por cinco años más y de manera indefinida.

En el llamado “Pacto de Olivos”, que sentó las bases político-jurídicas de la reforma constitucional de 1994, el entonces presidente Carlos Menem y el ex-presidente Raúl Alfonsín, líder del partido Unión Cívica Radical (UCR), acordaron que tres jueces de la Corte Suprema debían renunciar para que la UCR tuviera la oportunidad de nominar candidatos para la Corte. Dos de los jueces, Rodolfo Barra y Augusto Cavagna-Martínez, renunciaron rápidamente, pero la tercera renuncia se demoró. Esta situación llevó a la inclusión de la cláusula de

Nacional”. Rosenkrantz descartó el pedido de juicio político como una “campaña de desprestigio” basada en acusaciones “completamente infundadas” y “motivada por intereses políticos”. Ver *Rosenkrantz dismisses impeachment...* (2020) y Tarricone (2021). El texto del pedido de juicio político puede leerse completo en: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/5039-D-2020.pdf>.

110 Esta denominación no me pertenece, sino que es obra de la genialidad del profesor Pablo Hirschmann. A partir de la lectura de un borrador de este trabajo en inglés, me explicó que, luego de colaborar durante muchos años con el juez Fayt, pudo ver cómo uno de los jueces más importantes en la historia de la Corte Suprema redactó y pensó detenidamente en sus disidencias. Sin dudas que 32 años en la Corte dan innumerables ocasiones para hacer votos en disidencia, algunas de las cuales no sólo pasaron a formar parte de la doctrina del tribunal, sino también de las ideas que predominaron en la sociedad (por ejemplo, las relativas a la democracia y sus instituciones esenciales como el sufragio, la representación y los partidos políticos, o incluso los derechos personalísimos, libertad de expresión, etc.). En ese largo tiempo de trabajo en el tribunal, se puede apreciar que Fayt, si tuvo que disentir, lo hizo por la exclusiva razón de que sus actos no contrariasen su pensamiento. Agregó también que su pensamiento, sobre todo en temas institucionales, iba mucho más allá que el de la mayoría de sus colegas. Más de una vez, cuando cambió de criterio sobre una cuestión jurídica, se preocupó –como buen científico– de explicar en qué consistía el cambio y en fundar los motivos por los cuales cambiaba de parecer.

111 Cfr. Carrió (2008, pp. 254-255) y Levinson (2006, pp. 123-139).

edad durante la Convención Constituyente en curso y resultó en la renuncia forzada del entonces presidente de la Corte, Ricardo Levene, que tenía 80 años.

Una vez aprobado el nuevo texto constitucional, se exigió que los jueces que lleguen a los 75 años sean confirmados nuevamente para continuar en sus puestos mediante el consentimiento de dos tercios de los miembros presentes del Senado. Los jueces reconfirmados a esta edad tienen un mandato de cinco años, pero pueden ser reelegidos indefinidamente mediante el mismo procedimiento.¹¹²

Carlos Santiago Fayt, juez de la Corte Suprema de Justicia que al momento de aprobarse la reforma constitucional tenía 75 años de edad, interpuso una pretensión meramente declarativa ante la justicia, pues entendía que la Convención reformadora no estaba autorizada por la Ley 24309 para introducir un límite etario al ejercicio vitalicio de la magistratura.

Luego de que el caso transitara por las instancias de apelación ordinaria de la justicia contencioso-administrativo federal, la mayoría de la Corte Suprema resolvió que la modificación de la duración del mandato de los jueces había violado el procedimiento de reforma estatuido por la Constitución Nacional, pues no se hallaba habilitada ni por el artículo 2° “Núcleo de Coincidencias Básicas” ni aún en su interpretación más expansiva por el artículo 3°, que incorporaba un listado de “Temas habilitados por el Congreso de la Nación para su Debate por la Convención Constituyente” de la Ley 24309.¹¹³ En otras palabras, la Corte encontró una violación al procedimiento de reforma constitucional lo suficientemente burdo como para aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 6 de la Ley 24309, es decir, la nulidad de esa reforma. Dado que la declaración de nulidad e inaplicabilidad de la cláusula constitucional sólo beneficiaba a Fayt, el resto de los magistrados que se encontraba en la misma situación debían iniciar sus reclamos individuales y obtener por parte de sus propios colegas jueces una declaración idéntica siguiendo lo resuelto por la Corte en aquel fallo institucional. El corporativismo judicial defendió sus propios intereses, y los jueces y juezas que quisieron seguir ejerciendo el cargo pudieron hacerlo luego de obtener una resolución judicial que los habilitara.

112 Cfr. art. 99, § 4 de la Constitución Nacional. La Disposición Transitoria Undécima estableció que “[l]a caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el Artículo 99, inc. 4 entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional”. Ver, además, Badeni (2010, pp. 556, 740-742) y García-Mansilla (2014).

113 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fayt, Carlos Santiago v. Estado Nacional*, Fallos: 322:1616 (1999). La opinión mayoritaria fue firmada por los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, Boggiano y López; el juez Vásquez votó de manera separada, pero concurrente con la mayoría, mientras que el juez Bossert disintió y confirmó la decisión de la Cámara de Apelaciones.

Sin embargo, casi 20 años después y con una integración completamente distinta, la Corte Suprema decidió dejar sin efecto el caso *Fayt*. El juez federal Leopoldo Héctor Schiffrin interpuso una demanda para mantenerse en el cargo más allá de los 75 años, argumentando que había ingresado a trabajar al Poder Judicial mucho antes de que la reforma constitucional de 1994 estableciera el límite a la inamovilidad. La Corte Suprema emitió una resolución mayoritaria firmada por los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosatti –aunque al estilo *seriatim*– en *Schiffrin*¹¹⁴ el 28 de marzo de 2017.

La jueza Elena Highton de Nolasco no se sumó a la mayoría. A petición suya, el 10 de febrero de 2017 (es decir, unas semanas antes de que la Corte decidiera este caso), un juez federal le permitió permanecer en la Corte Suprema más allá del límite de edad.¹¹⁵ La jueza Highton de Nolasco utilizó la misma táctica que muchos otros jueces federales de todo el país después de que el alto tribunal resolviera el caso *Fayt*. Quizá, hubiera sido deseable que siguiera el ejemplo del juez Belluscio, quien, unos días antes de celebrar su cumpleaños número 75, renunció a su cargo. En su carta de renuncia del 7 de junio de 2005, explicó que si permanecía en el cargo luego de firmar la opinión mayoritaria en el caso *Fayt*, estaría aprovechándose de su propia decisión, incurriendo en una conducta antiética. Es cierto que la jueza Highton de Nolasco no participó del acuerdo del caso *Fayt*, pero resulta al menos llamativo que, encontrándose el expediente del juez Schiffrin a estudio en su propio tribunal, decidiera seguir por el camino de obtener la declaración de inaplicabilidad de la cláusula constitucional declarada nula veinte años atrás.

Al abandonar lo decidido en el caso *Fayt*, la Corte Suprema en el caso *Schiffrin* devolvió la validez a la única norma de la Constitución Nacional que fue declarada nula en toda la historia constitucional argentina. Este fallo de alto interés e impacto institucional restableció entonces la potestad del Congreso y del presidente de la nación –como poderes políticos reconocidos por la Constitución– de ejercer las funciones que el constituyente reformador les otorgó para decidir como representantes del pueblo si un juez puede continuar ejerciendo su función después de los 75 años.

114 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schiffrin, Leopoldo Héctor c. Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 340:257 (2017). A pesar de que la decisión se decidió en “modo *seriatim*”, los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosatti escribieron, al final de sus opiniones, nueve conclusiones compartidas (véanse los considerandos 27 en el voto del juez Lorenzetti; el juez Maqueda, considerando 47; y el juez Rosatti, considerando 25).

115 Véase Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 6, *Highton de Nolasco, Elena Inés c. Estado Nacional*, Expte. Nº 83.656/2016.

Por medio de tres votos individuales y concurrentes, los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosatti dejaron expresamente en claro que concordaban con respecto a que:

- a. La Convención reformadora actúa como poder constituyente derivado, reuniéndose con la finalidad de modificar, o no, sólo aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas.
- b. Dentro de los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará.
- c. El control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Convención Constituyente. En caso de duda, debe optarse por la plenitud de poderes de esa Convención.
- d. La Ley 24309 (artículo 3º, tema e), al habilitar a la Asamblea reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional, incluyó los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales que impera en nuestro país.
- e. Esa habilitación sostiene la conclusión de que la necesaria intervención de los poderes Ejecutivo y Legislativo –cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años– aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas a la Convención Constituyente.
- f. La única vez en la historia argentina en que la máxima autoridad del Poder Judicial declaró la nulidad de una cláusula de la Constitución Nacional fue en el caso *Fayt*, sentencia en la cual la Corte había puesto en ejercicio un control restrictivo sobre el juicio de compatibilidad material entre los temas habilitados y las cláusulas adoptadas, que limita severamente la competencia del órgano reformador.
- g. La doctrina utilizada en el caso *Fayt* debe ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo.
- h. La aplicación de la nueva doctrina lleva a concluir que la Convención Constituyente de 1994 no ha excedido los límites de su competencia al incorporar la cláusula del art. 99, inc. 4º, tercer párrafo de la Constitución Nacional. Tampoco ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno; ello así, en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad de los jueces.

No es ocioso recordar, en este contexto, que los jueces Rosatti y Maqueda habían sido miembros de la Convención Constituyente en 1994 y votaron a favor de eliminar la permanencia vitalicia de los magistrados.¹¹⁶ En otras palabras, los propios autores de la cláusula constitucional en jaque recurrieron a consultar la intención de los *framers*, convirtiéndose en auténticos intérpretes judiciales unas décadas más tarde cuando fueron nombrados jueces y así lograron restablecer la vigencia de una norma que había sido declarada nula.

El juez Rosenkrantz se resistió a adoptar el enfoque de la mayoría y disintió. Esta fue su primera disidencia significativa desde que asumió el cargo y su primer voto en minoría publicado en *Fallos*.¹¹⁷ Entendió que lo que estaba en discusión en este caso no era la razonabilidad de la limitación del mandato de los jueces, sino la validez constitucional del proceso por el cual se introdujo esa reforma.¹¹⁸ Sostuvo que la Convención modificó un artículo que no estaba habilitado por el Congreso nacional para ser reformado y que, por ello, al establecer un límite temporal al mandato de los jueces, violó la Constitución Nacional.

También sostuvo que las normas que rigen el proceso de reforma constitucional son de crucial importancia para la efectiva vigencia del sistema de derechos y libertades consagradas en la Constitución, pues hacen a la estabilidad misma de dichas garantías. Entendió que el estricto apego a la declaración que efectúa el Congreso de la Nación respecto a la necesidad de la reforma es el único mecanismo existente para evitar que las convenciones constituyentes se conviertan en “Cajas de Pandora”¹¹⁹ e introduzcan temas no sometidos al debate público en forma previa a la elección de convencionales constituyentes. Este modo de entender las cuestiones en juego, por consiguiente, es el único que asegura la efectiva soberanía del pueblo de la nación.

116 Ver Convención Nacional Constituyente (1994, pp. 4598-5494).

117 Antes del caso *Schiffirin* del 28 de marzo de 2017, el juez Rosenkrantz firmó tres disidencias por cuestiones procedimentales que no se encuentran publicadas en *Fallos*: a) Expte. CIV 6404/201S/1/RH1, *Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Duhalde, Eduardo Alberto y otro c/D’Elía, Luis Ángel s/medidas precautorias*, 22 de noviembre de 2016; b) Expte. CSJ 4143/2015/RH1, *Hagen, Damián Fernando s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 25.053*, 29 de noviembre de 2016; y c) Expte. CNT 28048/2011/1/RR1, *Sánchez, Javier Armando e/Cristem S.A. s/juicio sumarisimo*, 7 de marzo de 2017.

118 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schiffirin, Leopoldo Héctor c. Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 340:257 (2017) (juez Rosenkrantz, disidencia, considerando 7).

119 En realidad, Pandora recibió una jarra de Zeus y no una caja. En el siglo XVI, las obras de Hesíodo fueron traducidas al latín por Erasmo de Róterdam, quien tradujo erróneamente la antigua palabra griega *pythos* (que significa “jarra”) a la palabra latina *pyxis* (que significa “caja”). Hoy en día, abrir la Caja de Pandora generalmente significa realizar una acción que puede parecer pequeña o inocua, pero que deviene en consecuencias graves y de gran alcance y que, a menudo, puede conducir a disputas que ninguna de las partes imaginó ni pretendió. Ver West (1966, pp. 535-70).

Finalmente, el juez Rosenkrantz se refirió al precedente *Fayt*, destacando que la sentencia de 1999 había tenido un pacífico cumplimiento por parte de todas las autoridades constituidas, independientemente de su signo político, durante más de 20 años. Afirmó que en casos como el de Schiffrin, donde se juzga la validez de una reforma constitucional, es preciso ser especialmente consistentes a lo largo del tiempo y ello demanda un respeto más riguroso hacia los precedentes de la Corte Suprema. Por ello insistió en la idea del *stare decisis*.¹²⁰

En definitiva, la idea que subyace en su voto es una que trasciende la discusión sobre si los jueces deben ocupar sus cargos de manera vitalicia o no, dado que también trata sobre

el compromiso que tienen los jueces a aplicar los mismos principios en casos futuros, aunque el resultado sea impopular o antipático. Significa que, como Ulises, somos capaces de atarnos al mástil de la legalidad. Como yo lo veo, este es el punto central para recuperar confianza y legitimidad. (Rosenkrantz, 2010, párr. 26)

4.2. La Corte Suprema actúa como el Consejo de Estado francés¹²¹ durante la pandemia

El 31 de diciembre de 2019 se informó por primera vez a la Organización Mundial de la Salud (OMS) de un nuevo virus detectado en Wuhan, China. A principios de marzo de 2020, el nuevo virus se había extendido por todo el mundo y la OMS declaró oficialmente que el nuevo coronavirus de 2019, conocido como COVID-19, era efectivamente una pandemia.

El brote de COVID-19 alteró por completo el ritmo de vida a nivel mundial, y la agenda de la Corte Suprema argentina no fue la excepción. En respuesta a la pandemia, la mayoría de los países tomaron medidas para frenar la propagación del virus, lo que incluyó el cierre de negocios no esenciales, además de órdenes muy restrictivas a la libertad ambulatoria y de circulación. En este contexto, las instituciones gubernamentales se vieron obligadas a repensar cómo operar y funcionar. En lo que respecta al órgano legisferante, era necesario pensar en procedimientos que permitieran el voto remoto a fin de garantizar que pudieran aprobar la legislación necesaria para responder a la pandemia en curso.¹²²

120 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schiffrin, Leopoldo Héctor c. Ejecutivo Nacional*, Fallos: 340:257 (2017) (juez Rosenkrantz, disidencia, considerando 28).

121 La denominación corresponde al profesor Alberto Bianchi (2020, p. 36).

122 Ver House of Representatives (2020), que señala que “[m]any other countries have also implemented remote voting in their legislatures, including Argentina, Azerbaijan, Brazil, China, Mexico, Nor-

Durante el año 2020, la Corte Suprema se sumergió voluntariamente –y, al mismo tiempo, forzada– en la arena política. El Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, que ordenó el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, incidió directamente en el funcionamiento de ambas cámaras del Congreso de la Nación mientras estaba en curso el período ordinario de sesiones legislativas, que había comenzado pocos días antes conforme dispone el artículo 63 de la Constitución.

Cristina Fernández de Kirchner, expresidenta argentina (2007-2015), actual vicepresidenta de la nación y presidenta de la Cámara de Senadores, le pidió directamente a la Corte Suprema que despeje la incertidumbre que el artículo 30 del Reglamento del Senado creaba sobre la validez de las audiencias remotas del Congreso a través de plataformas virtuales. Esta norma establece que los senadores deben estar, salvo en casos de “gravedad institucional”, presentes físicamente (i.e., en persona) durante las sesiones.

La Corte Suprema emitió su dictamen *in audita parte* en tiempo récord. El 24 de abril de 2020, los jueces firmaron una sentencia que abordó varios temas importantes.¹²³ El voto de la mayoría estuvo integrado por los jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti y Maqueda; el juez Rosatti votó de manera concurrente y, en soledad, el juez Rosenkrantz emitió su voto en disidencia.

La mayoría entendió que, pese a la ausencia de “caso”, las circunstancias extraordinarias en las cuales se formuló la consulta le exigían al máximo tribunal responderla, sin que ello agravara la separación de poderes o importara una intromisión del Poder Judicial en la esfera de los otros poderes. La mayoría comienza diciendo que “[c]omo tribunal de justicia y Poder del Estado, las decisiones de la Corte Suprema custodian la Constitución siempre insertas en una realidad histórica”.¹²⁴ Así, tres jueces de la Corte admiten que la “realidad histórica” tiene fuerza fáctica suficiente para requerirle que asuma el rol de órgano asesor del Senado (Bianchi, 2020, p. 36).

Señala luego que

dudoso favor haría este Tribunal a la República si, en circunstancias de extrema incertidumbre como las actuales, dejase de lado su antiguo y consolidado crite-

way, Philippines, Portugal, Romania, Spain, Taiwan, and the European Union Parliament. In addition, the legislatures of France and New Zealand have utilized remote voting by proxy during this pandemic” (párr. 10).

123 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020).

124 *Ibidem*, considerando 2 del voto de la mayoría.

rio según el cual desconocer los elementos fácticos de un planteo no se compadece con la función de administrar justicia [...] para hacer primar –en vez– un criterio formal que puede desdibujar un planteo referido a la subsistencia de las reglas más esenciales de funcionamiento del sistema representativo, republicano y democrático que establece nuestra Constitución Nacional.¹²⁵

En cuanto a la cuestión de fondo, la mayoría explica que ambas Cámaras tienen la facultad de dictar su propio reglamento y que, por tanto, cada una de ellas tiene la autonomía necesaria para regular su propio funcionamiento.¹²⁶

Sin embargo, lo más llamativo es que la mayoría no dice nada respecto a la falta de competencia originaria¹²⁷ de la Corte Suprema para resolver una duda como la que trajo la presidenta del Senado. De hecho, la parte dispositiva pone de resalto que se trata de un verdadero dictamen al decir:

[...] se resuelve que el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada.¹²⁸

Rosatti, por su parte, firmó un voto concurrente con unas inusuales “consideraciones colaborativas”¹²⁹ que, según la intención del juez, buscaban promover el diálogo cooperativo con uno de los poderes políticos.¹³⁰ De esta manera, afirma que el Senado “no solo puede, sino que debe sesionar para poder cum-

125 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020), considerando 7 del voto de la mayoría.

126 *Ibidem*, considerando 16 del voto de la mayoría.

127 El artículo 117 de la Constitución Nacional establece que procede la competencia originaria cuando: (a) una provincia es parte; o (b) la causa “conciene” a un embajador o cónsul extranjero. Sin embargo, como se lee del texto constitucional, la presidencia del Senado no está entre los sujetos aforados a la Corte Suprema.

128 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020), parte dispositiva o final del voto de la mayoría.

129 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020) (juez Rosatti, voto concurrente, considerando 10). Allí explica que las consideraciones colaborativas tienen base constitucional, como su propio nombre lo indica, en el principio de colaboración entre los poderes del Estado que surge de la separación de poderes.

130 Véase, por ejemplo, Yap (2015), quien argumenta que la revisión dialógica trata a los tribunales y a los poderes políticos como “participantes en un coloquio constitucional duradero” que permite “un diálogo constitucional entre poderes co-iguales del gobierno” (p. 11). Véase también Delaney (2016), que describe cómo “los tribunales de todo el mundo parecen depender de las posibilidades y los beneficios del diálogo político extrajudicial como un bálsamo curativo para sus déficits democráticos” (p. 4).

plir con su rol constitucional. Debe hacerlo con las modalidades que el propio Senado establezca, y con el temario que el propio Senado determine, porque está en período de sesiones ordinarias” en tanto “[l]a Constitución Argentina tiene todas las respuestas a las posibles incertidumbres jurídicas, aun (o con mayor razón aún) en momentos de crisis. Solo hay que empeñarse en encontrarlas”.¹³¹

Rosenkrantz expresó su opinión en un voto disidente proponiendo rechazar la demanda *in limine litis* no sólo por la falta de competencia debido a lo prescripto en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, sino también debido al “carácter puramente consultivo de la solicitud y la inexistencia de un “caso” o “controversia”. Luego dice:

[...] no puede haber caso sin contraparte y más allá de la mención nominal del Estado Nacional en el escrito que da inicio a las presentes actuaciones no se identifica ninguna contraparte concreta respecto de la cual exista una controversia actual que deba ser saldada para resolver una colisión de intereses o derechos. Es de destacar que la presentación tampoco identifica cuál sería la actuación del Estado Nacional –ni de ninguna otra contraparte– que obstaculizaría que el Senado de la Nación sesionara del modo pretendido o que la señora Vicepresidenta de la Nación ejerciera las funciones que en su carácter de Presidente del Senado le corresponden en virtud del reglamento de dicha cámara. Tampoco se identifica cuál sería la relación jurídica sustancial que une a la presentante con el Estado Nacional y que requeriría de un pronunciamiento judicial para dotarla de certeza.¹³²

Es evidente que la Constitución argentina les otorga explícitamente a la Cámara de Diputados y al Senado la autoridad para elaborar sus propias “Reglas de Procedimiento”. De hecho, si se recurre a su fuente directa –i.e., la Constitución de los Estados Unidos en el Artículo 2, Sección 5, párrafo segundo–, y a la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de ese país, es claro que el establecimiento de reglas de votación remota por parte de la Cámara es consistente con su autoridad constitucional.

La Corte Suprema estadounidense ha resuelto dos veces, en casos de la década de 1890, opiniones que brindan bases sólidas para creer que el establecimiento de reglas de votación remota por parte de la Cámara es consistente con

131 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020) (juez Rosatti, voto concurrente, considerando 15, puntos 4 y 7).

132 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020) (juez Rosenkrantz, voto en disidencia, considerando 3).

su autoridad constitucional. En *Field v. Clark*,¹³³ resolvió que las impugnaciones del funcionamiento interno del Congreso no son justiciables en los tribunales federales. En *United States v. Ballin*,¹³⁴ la Corte encontró que, mientras que la Constitución requiere la presencia de una mayoría –o quórum– de la Cámara para hacer negocios, la Constitución también deja que la Cámara determine su decisión conforme a sus propias reglas. En este último caso, la Corte expresó:

[Congress] may not by its rules ignore constitutional restraints or violate fundamental rights, and there should be a reasonable relation between the mode or method of proceeding established by the rule and the result which is sought to be attained. But within these limitations, all matters of method are open to the determination of the house, and it is no impeachment of the rule to say that some other way would be better, more accurate, or even more just. It is no objection to the validity of a rule that a different one has been prescribed and in force for a length of time. The power to make rules is not one which once exercised is exhausted. It is a continuous power, always subject to be exercised by the house, and, within the limitations suggested, absolute and beyond the challenge of any other body or tribunal.¹³⁵

En otras palabras, dentro de la autoridad que le otorga la Constitución, el Senado está facultado para establecer procedimientos que permitan que los representantes del pueblo sancionen la legislación que consideren pertinente y ejerzan el control de los decretos de necesidad y urgencia que sean dictados durante el contexto de emergencia.¹³⁶

Aunque la demanda fue finalmente desestimada, la disidencia del juez Rosenkrantz es la respuesta jurídicamente correcta. No tengo dudas de que el voto de los otros cuatro jueces de la Corte Suprema difícilmente abrirá en un futuro la puerta a una jurisdicción consultiva con sujetos especiales aforados; sin em-

133 143 U.S. 649 (1892).

134 144 U.S. 1 (1892).

135 La traducción sería: “[El Congreso] no puede por sus reglas ignorar las restricciones constitucionales o violar los derechos fundamentales, y debe haber una relación razonable entre el modo o método de proceder establecido por la regla y el resultado que se pretende alcanzar. Pero dentro de estas limitaciones, todas las cuestiones de método están abiertas a la determinación de la cámara, y no es un reproche a la regla decir que alguna otra manera sería mejor, más precisa o incluso más justa. No es objeción a la validez de una regla que otra diferente haya sido prescrita y en vigor por un período de tiempo. El poder de hacer reglas no es uno que una vez ejercido se agote. Es un poder continuo, siempre sujeto a ser ejercido por la casa y, dentro de las limitaciones sugeridas, absoluto y más allá del desafío de cualquier otro cuerpo o tribunal” (144 U.S. 1, 5 (1892)).

136 Cfr. Castro Videla (2020).

bargo, si el fin último es erigirse en un tribunal de la Constitución, que aplica el texto constitucional para resolver casos y no consultas, resulta evidente que no debe prestarse al juego del titular de uno de los poderes constituidos para ejercer una suerte de control de constitucionalidad abstracto ajeno al diseño institucional propio de nuestra Constitución. La solución estaba prístina en los artículos 116 y 117 de la ley fundamental y no había que empeñarse demasiado en buscarla en ningún otro lado. Afirmar lo contrario implica ignorar el texto expreso de la Constitución, borrar más de 150 años de historia institucional y transformar a la Corte en un consejero de la política.

4.3. La retroactividad de la ley penal en los delitos de lesa humanidad: análisis del caso *Batalla*

Tras el fallo del caso *Muiña*¹³⁷ por la Corte Suprema el 3 de mayo de 2017, se generó una intensa controversia respecto a la aplicación del beneficio del “2 x 1” en situaciones en las que se están juzgando crímenes de lesa humanidad. La mayoría, integrada por Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti, decidió que la Ley 24390, aunque ya derogada, podía ser aplicada para reducir el cómputo de la prisión, ya que consideraron que era la ley más benigna. En el caso de Rosenkrantz, contó con la colaboración del secretario letrado de la Corte Suprema, Federico Morgenstern, quien trabajó en el estudio y análisis de los antecedentes del caso. Los jueces Lorenzetti y Maqueda discreparon y disintieron, argumentando que dicha reducción no debería ser aplicable a los crímenes de lesa humanidad.

Por la aplicación del artículo 2 del Código Penal que contiene el principio de la ley penal más benigna, tres de los jueces de la Corte Suprema resolvieron que el artículo 7 de la Ley 24390 en su redacción original –que estuvo vigente entre 1994 y 2001– es aplicable a quienes cometieron delitos de lesa humanidad. La ley del “2 x 1” establecía que al computar el tiempo de privación de la libertad de una persona condenada cada día de prisión preventiva que hubiera excedido el plazo legal de dos años equivalía al cumplimiento de dos días de la condena. El fundamento no es otro que desalentar las prisiones preventivas largas.

La sociedad civil reaccionó masiva, instantánea e inmediatamente contra la decisión de la Corte en el caso *Muiña* y, específicamente, contra los jueces Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti. El Congreso de la Nación recogió

137 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio*, Fallos: 340:569 (2017).

el reclamo y aprobó rápidamente la Ley 27362 el 10 de mayo de 2017 en una sesión especial –con el voto de todos los diputados presentes menos uno y de todos los senadores presentes–,¹³⁸ disponiendo la inaplicabilidad del cómputo del “2 x 1” a los crímenes de lesa humanidad y estableciendo que esa sería la única interpretación auténtica.

Esta ley, que supuestamente “aclaraba” o “interpretaba” el texto de la Ley 24390, creó mayor incertidumbre respecto a la forma en la que la Corte debía decidir casos posteriores similares a *Muiña*. Esa duda se disipó el 4 de diciembre de 2018, cuando el tribunal resolvió el caso *Batalla*.¹³⁹ Los jueces Highton de Nolasco y Rosatti cambiaron su criterio sostenido en *Muiña* y coincidieron en su voto, mientras que Maqueda y Lorenzetti hicieron lo propio en un voto por separado. Carlos Rosenkrantz, en tanto, votó en disidencia.

Los jueces Highton de Nolasco y Rosatti cambiaron su parecer respecto al debate sobre la aplicación del beneficio del “2 x 1” para los delitos de lesa humanidad y explicaron que se necesitaba la sanción de una “ley interpretativa” por parte del Congreso de la Nación. Rosatti explicó en el caso *Muiña* que si el legislador no previó un régimen diferenciado que excluyera la aplicación de la ley penal más benigna a los delitos de lesa humanidad, no lo puede hacer el juez, en tanto ello violentaría el principio constitucional de separación de poderes.¹⁴⁰

En este marco, Highton de Nolasco y Rosatti concluyeron que la Ley 27362 encuadraba dentro del marco ‘interpretativo’ porque no modificó retroactivamente la legislación penal en materia de tipificación delictual o de asignación de la pena, sino que aclaró cómo debía interpretarse la ley aplicable al caso. Según entendieron, una vez determinado el carácter “interpretativo” de la Ley

138 El artículo primero de esta ley estableció que “de conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7° de la ley 24.390 –derogada por ley 25.430– no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional”.

El artículo segundo dice que “[e]l cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7° de la ley 24.390 –derogada por ley 25.430– será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley”.

Por último, el artículo tercero fija que lo dispuesto en los dos anteriores artículos “es la interpretación auténtica del artículo 7° de la ley 24.390 –derogada por ley 25.430– y será aplicable aún a las causas en trámite”.

139 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Rufino Batalla en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor*, Fallos: 341:1784 (2018).

140 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio*, Fallos: 340:569 (2017) (juez Rosatti, considerando 11).

27362 en relación con la Ley 24390, la ley interpretativa y la ley interpretada se aplican de manera conjunta, entendiéndose que la norma interpretada ha regido siempre.

En su voto, Maqueda y Lorenzetti mantuvieron la misma postura adoptada en *Muiña*, no ingresaron a analizar si la ley interpretativa podía o no implicar una violación al principio de irretroactividad de la ley penal, sino que refirieron que el cómputo del “2 x 1” no era aplicable a delitos de lesa humanidad por su carácter de imprescriptibles, su imposibilidad de amnistía o indulto. Además, pusieron de resalto que el derecho internacional le impone a la Argentina el deber de perseguir los delitos de lesa humanidad y establecer penas adecuadas y proporcionadas a su gravedad para impedir una forma de impunidad “de facto”. Resaltaron que se trataba de una política de Estado, promovida por los tres poderes de gobierno, siendo parte del contrato social de los argentinos.

Rosenkrantz votó en disidencia, se mantuvo con el mismo criterio que falló en el caso *Muiña* y, por tanto, entendió que la Ley 27362 era inconstitucional. Según justificó en su voto, esta no era una ley genuinamente interpretativa y, aun si lo fuera, entendió que sería inaplicable por violar el principio de irretroactividad de la penal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En su voto, Rosenkrantz consideró que una ley interpretativa es aquella que se limita a despejar dudas sobre conceptos equívocos, oscuros o dudosos de la ley interpretada. En este caso, la ley supuestamente interpretada (es decir, la Ley 24390 del “2 x 1”) no recurre a ningún concepto equívoco, oscuro o dudoso. Por su parte, en su visión, la sanción de la Ley 27362 (es decir, la ley supuestamente interpretativa) presupone que la Ley 24390 (la ley interpretada) es perfectamente clara. La ley interpretativa sostuvo que la ley interpretada no se aplica a ciertos casos, lo que presupone que se entendió claramente que la ley interpretada es aplicable a ellos.

El voto en disidencia es claro. Incluso si la Ley 27362 fuera genuinamente interpretativa, no son admisibles en materia penal leyes interpretativas que empeoren la situación del imputado porque ello constituye una violación del principio de irretroactividad de la ley penal. Al pronunciarse sobre leyes interpretativas no penales, la Corte Suprema ha tenido el cuidado de recalcar que, en materia penal, el artículo 18 de la Constitución Nacional impide la aplicación retroactiva de la ley más gravosa.¹⁴¹ Dado que el principio de irretroactividad de la ley penal es uno de los principios fundamentales que hace posible una

141 Véase, por ejemplo, Fallos: 184:620; 287:104.

democracia constitucional y republicana y que ese principio está violado por la Ley 27362, dicha ley es manifiestamente inconstitucional.

Rosenkrantz, al igual que el resto de los jueces de la Corte, lee los periódicos y ve la televisión. Por ello, era plenamente consciente de que necesitaba explicar en su disidencia los motivos por los cuales consideraba que el beneficio del “2 x 1” no podía aplicarse al imputado. Luego de destacar que si bien la reacción social que motivó el dictado de la Ley 27362 expresaba el legado del “nunca más” y el objetivo social de no claudicar en la persecución de delitos de lesa humanidad, no cualquier modo de poner en práctica ese compromiso es respetuoso de la Constitución. En virtud de ello, dijo que “debemos resistir la tentación, comprensible, pero en definitiva injustificada, de juzgar a los crímenes cometidos por el recurrente con normas incompatibles con las que la Constitución prevé”. Expresó, finalmente, que la Constitución exige extender las garantías a todos por igual y que apartarnos de sus mandatos “pone en peligro el mejor, pero a la vez el más frágil, arreglo institucional que se ha inventado para que gente que está en desacuerdo acerca de muchas cuestiones pueda aspirar a convivir”.

Por tanto, Rosenkrantz adoptó un enfoque jurídico que se concentra en el derecho aplicable al caso. En su visión, no cree que la jurisdicción sea una ocasión para que los jueces den rienda suelta a sus creencias morales y políticas, sino que el razonamiento judicial tiene autonomía normativa precisamente para que los jueces cumplan con su tarea jurisdiccional, la cual consiste en aplicar la decisión tomada por los representantes del pueblo, tal como figura en la Constitución Nacional y en las disposiciones que emanan de ella. Después de todo, la tarea de los jueces consiste en aplicar el derecho vigente –en este caso, la Constitución– a un caso particular, sin modificarlo o desobedecerlo mediante una supuesta interpretación jurídica (Rosler, 2022, p. 84). Esta coherencia institucional, jurisdiccional y funcional al cargo que ocupa de juez en la Corte Suprema es interesante de resaltar.

Luego de realizar un análisis descriptivo de tres de las opiniones disidentes más significativas del juez Rosenkrantz emitidas en los últimos años en la Corte Suprema y a fin de comprender cabalmente la filosofía que subyace su pensamiento y análisis jurídico y político, es necesario ampliar el alcance y analizar qué rol juega el disenso judicial en relación con el concepto de legitimidad del tribunal.

5. El rol de las disidencias del juez Rosenkrantz como garante de la legitimidad de la Corte Suprema

Considerar a la Corte Suprema como una institución dedicada a la resolución de conflictos y simplemente distinguible de otros tribunales por su jerarquía es no comprender su rol. En casi todos los sistemas legales, las cortes supremas o los tribunales constitucionales son mucho más. No sólo son, en general, el más alto tribunal del país dedicado a resolver los casos y controversias que surjan al amparo del derecho federal o de la constitución, sino que también son el árbitro final, aunque rara vez neutral, en los conflictos que involucran cuestiones de separación de poderes. La Corte tiene objetivos institucionales y una agenda política más o menos explícita.¹⁴²

Desde incluso antes de *Marbury v. Madison*,¹⁴³ el *judicial review* ha sido reconocido como parte integrante de lo que el juez Marshall llamó el “deber” judicial.¹⁴⁴ Actuando de acuerdo con esta responsabilidad, los tribunales se inmiscuyen frecuentemente en debates sociales muy sensibles y variados (O’Scanlain, 2015, p. 32). La Corte, que se ubica en la cúspide del Poder Judicial, tiene la autoridad para invalidar leyes del congreso o reglamentos del Poder Ejecutivo que estén en conflicto con la constitución. Las normas juzgadas incongruentes con el texto constitucional son declaradas inconstitucionales y, por tanto, inaplicables para el caso concreto. Este poder, que también tienen todos los jueces en Argentina, les permite a quienes tienen el rol de juzgar casos contenciosos ejercer lo que comúnmente se conoce como “denunciantes” (*whistleblower*) o “alarma de incendio” (*fire alarm*), es decir, advertir a la sociedad cuando el Gobierno se hubiera excedido en los límites de su poder delegado.

142 Cfr. Chafetz (2015), quien explica que “the courts both govern and play a crucial role in deciding who governs” (pp. 90-110), y Chafetz (2021, p. 150); ver también Kagan et al. (2018, p. 142), quien señala que las cortes supremas se han convertido en actores importantes en la gobernanza constitucional.

143 5 U.S. (1 Cranch) 137, 178 (1803).

144 Véase Treanor (2005, pp. 455-562), quien argumenta que la jurisprudencia inicial refleja un enfoque estructural de la revisión judicial en el que el nivel de escrutinio estaba estrechamente relacionado con la naturaleza de la ley impugnada, además de que los tribunales defendían su propio poder; en el mismo sentido, ver García-Mansilla (2020).

5.1. Una aproximación al concepto de legitimidad judicial

En Argentina, el papel de la Corte Suprema es complejo,¹⁴⁵ por lo tanto, lo que se intentará aquí es no sólo comprender el comportamiento del juez Carlos Rosenkrantz en la Corte Suprema (es decir, su *judicial behavior*¹⁴⁶), sino también indagar en las consecuencias de sus votos en disidencia relacionadas con la preocupación razonable que tiene cualquier Corte Suprema respecto a su propia legitimidad.

La legitimidad judicial es un concepto difícil de definir, además de muy discutido y arduo de medir. Lo problemático radica en que distintas personas utilicen el mismo término con significados distintos para referirse a aspectos diferentes y no se tenga en claro a qué sentido o acepción se refieren. Por ello, el escollo más grande es utilizar un concepto como el de la legitimidad en un proyecto empírico, pues está claro que un concepto no se puede utilizar realmente en el análisis empírico a menos que se pueda definir y medir en la realidad sin ambigüedades.

¿Cuándo una decisión de la Corte Suprema es legítima? ¿Qué criterios se pueden utilizar para juzgar un fallo legítimo o ilegítimo? ¿Se puede estudiar y entender a los tribunales únicamente leyendo sus sentencias? Para responder estas preguntas, es necesario hacer un acercamiento desde las perspectivas del derecho, la filosofía y la ciencia política; sus puntos de vista se entrecruzan, divergen y superponen de muchas maneras interesantes. De ahí que el concepto de legitimidad aplicado a los tribunales tenga un significado distinto para los abogados, los filósofos y los politólogos.

Con claridad analítica, Richard Fallon (2018) disecciona el término y propone distinguir la faz sociológica, moral y legal o jurídica del concepto de legitimidad. La legitimidad sociológica es, esencialmente, la opinión o percepción pública, es decir, el sentir que tiene la sociedad del sistema legal y de sus instituciones como merecedoras de respeto y obediencia. La legitimidad sociológica, por tanto, depende de una perspectiva externa. La legitimidad moral, por su parte, es un concepto inherentemente normativo, que se centra en si las personas “deben” tratar a un determinado régimen legal o a sus instituciones como dignos de respeto y obediencia. Se suele poner de ejemplo al régimen nazi en Alemania, el cual, si bien era un Gobierno con apoyo popular (i.e., contaba con legitimidad sociológica), no era moralmente legítimo. Finalmente, la le-

145 Véanse, por ejemplo, las obras de Fayt (1995), Carrió y Garay (1996), Bianchi (1997), Santiago y Álvarez (2000) y Santiago (2014a), entre otros.

146 Para una explicación del concepto y su estudio, puede verse, entre muchos otros, Epstein et al. (2013).

gitimidad legal depende de una perspectiva interna. Una decisión de la Corte Suprema es legalmente legítima si los jueces utilizan métodos interpretativos generalmente aceptados en la cultura jurídica, aunque lo cierto es que cada juez debería aplicar su filosofía interpretativa preferida de manera consistente a través de todos los casos que resuelve con franqueza y de buena fe. Ese juez debe apegarse a su método de interpretación, incluso cuando lo conduzca a resultados en los que no coincida. Tal consistencia hará que las decisiones del tribunal sean más aceptables, al menos dentro de la comunidad jurídica.

5.2. La función de la Corte y el rol del juez Rosenkrantz en el tribunal

Hace más de sesenta años, Robert Dahl (1957) observó que:

[L]a Corte no puede actuar estrictamente como una institución legal. Es decir, debe elegir entre alternativas controvertidas de política pública apelando al menos a algunos criterios de aceptabilidad sobre cuestiones de hecho y valor que no pueden encontrarse o deducirse de precedentes, leyes y la Constitución. (p. 281)¹⁴⁷

En otras palabras, si bien es cierto que los miembros del Poder Judicial son servidores públicos cuya función es decidir los conflictos de los ciudadanos y aplicar el derecho vigente para la resolución de esos conflictos prescindiendo de toda interpretación (Kavanagh, 2010), nadie negará que las predisposiciones políticas, consciente o inconscientemente, forman los cimientos de las teorías jurídicas que los jueces adoptan en última instancia. Tal es la naturaleza del razonamiento humano, el análisis y la toma de decisiones (Joondeph, 2008).

Cada juez tiene un conjunto de ideas políticas que se mezclan con sus ideas “jurídicas”, lo que hace muy difícil separar unas de otras. Los jueces de la Corte Suprema suelen ser personas que, antes de su nombramiento, han participado en la vida pública, han escrito libros o artículos jurídicos en los que han expresado sus opiniones y pensamientos o han participado al menos una vez en un debate público u opinado sobre temas controvertidos. Suelen ser, en general, parte de una elite social y económica que los distingue del resto de la sociedad. Como señala Robert Dahl (1957), “[n]o han sido los jueces –ciertamente no los grandes jueces– hombres tímidos con pasión por el anonimato” (p. 285). De

147 En el idioma original se lee: “[T]he Court cannot act strictly as a legal institution. It must, that is to say, choose among controversial alternatives of public policy by appealing to at least some criteria of acceptability on questions of fact and value that cannot be found in or deduced from precedent, statute, and Constitution” (la traducción me pertenece).

modo que tienden a preocuparse por su reputación individual entre quienes integran su misma elite, incluyendo a académicos, periodistas, otros jueces, abogados, miembros de grupos de interés y sus propios círculos íntimos.

Las decisiones judiciales que estos jueces firman son igualmente jurídicas y políticas, significativamente restringidas por las normas del análisis legal, pero simultáneamente influenciadas por una variedad de fuerzas políticas (Joondeph, 2008, p. 376). En ocasiones, la Corte Suprema actúa, más allá de la ley, promoviendo o defendiendo un aparente interés superior del pueblo. En algunos casos, los jueces dejan de lado su visión sincera de la ley para dictar sentencias que, en apariencia, buscan preservar o realzar el prestigio institucional del Poder Judicial (Joondeph, 2008, p. 359). En otros casos, los jueces prefieren darle jerarquía a la valoración interpretativa, que termina por derrotar a las leyes. En estos casos, la letra de la ley es dejada de lado por los valores. Es el intérprete el que, sin necesidad de reformar las leyes, les cambia el sentido.

No creo que la opinión pública tenga un efecto directo significativo en las decisiones de la Corte Suprema. Si bien podría suceder que un fallo de la Corte coincida con la opinión mayoritaria de la sociedad, ello no significa que se haya tomado en cuenta a la opinión general del público para resolver un caso. Me atrevería a decir, coincidiendo con Baum y Devins (2010, p. 1520), que es más probable que la opinión de las elites afecte de manera directa el proceso de deliberación y decisión de la Corte Suprema.

Lo descrito anteriormente ocurrió en los casos *Schiffirin* y *Batalla*. La decisión de la mayoría de la Corte pasó por alto el hecho de que la confianza del público en el sistema judicial es de importancia crítica para el buen funcionamiento del sistema legal y, de hecho, para la observancia del Estado de derecho.¹⁴⁸ Ambas resoluciones judiciales ponderaron la simpatía social (i.e., se evidencia una preocupación por la legitimidad sociológica) al restaurar, por un lado, la cláusula constitucional de límite de edad de los jueces declarada nula en 1999 y, por el otro, la inaplicabilidad del beneficio del “2 x 1” a los condenados por delitos de lesa humanidad. No prestaron atención a las consecuencias de sus sentencias ni a la razonabilidad de su propia interpretación, ni siquiera a su concordancia con el ordenamiento jurídico y casos anteriores. En cambio, los jueces que se unieron a la mayoría buscaron la aceptación de la sociedad y se olvidaron de que su rol es aplicar el derecho vigente, aunque la solución sea incómoda e inconveniente.

148 Véase Woolf (2008).

Que la Corte Suprema haya reaccionado y modificado abruptamente su criterio interpretativo se explica por la preocupación que tiene respecto a la opinión pública. Cuando los jueces que integran el máximo tribunal responden a una visión de la sociedad y resuelven un caso de conformidad con el clamor popular es porque tienen una preocupación con su propia eficacia como hacedores de política judicial. El poder de la Corte reside en el respeto y acatamiento que los otros poderes constituidos y la sociedad le tienen. Por ello, una legitimidad insuficiente sólo acarrearía consecuencias negativas, incluida una pobre ejecución de las sentencias de la Corte, además de ataques a sus jueces por parte de miembros del Gobierno y del Congreso.

¿Es demasiado pedir a los jueces de la Corte Suprema que respeten los precedentes establecidos por sus predecesores aunque no estén personalmente de acuerdo con ellos? En 1765, el jurista inglés William Blackstone (1962, pp. 69-70) explicó que los precedentes y las reglas deben ser seguidos, salvo que sean groseramente absurdos e injustos, pues los jueces se encuentran comprometidos con las leyes y las costumbres y no con sus juicios individuales. La Corte Suprema complementó esta explicación al decir que el principio de *stare decisis* “promueve el desarrollo imparcial, predecible y consistente de los principios legales”.¹⁴⁹ Mantiene una estabilidad que les permite a las personas ordenar su vida bajo el imperio del derecho (Hart y Sacks, 1994, pp. 568-569) y reduce los incentivos para cuestionar precedentes consolidados, evitándoles a las partes y a los tribunales el costo de litigar las mismas cuestiones constantemente.¹⁵⁰

El juez Alito, en el reciente caso *Dobbs*,¹⁵¹ analizó la doctrina del precedente [*stare decisis*]. Si bien reconoce la importancia de esta doctrina, admite, sin embargo, que no entraña un mandato inexorable, pues lo importante no es decidir una cuestión, sino decidirla bien. Cita en su apoyo tres casos centrales de la jurisprudencia de la Corte, en los cuales esta cambió drásticamente el rumbo de los casos anteriores. Señala luego las cinco razones en virtud de las cuales *Roe* y *Casey* deben ser “derogados” [*overruled*]. Ellas son: (a) la naturaleza de su error; (b) la calidad de su razonamiento; (c) la viabilidad [*workability*] de las reglas que imponen; (d) el efecto disruptivo que produce en otras áreas del derecho; y (e) que la derogación del precedente no afecte o revierta *reliance interests*. Por su parte, la Corte Suprema argentina señaló que las causas que autorizan

149 *Payne*, 501 U. S., at 827.

150 *Kimble*, 576 U.S., at 455.

151 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022).

a dejar sin efecto un precedente son: (i) el carácter erróneo de la decisión en cuestión; (ii) las lecciones de la experiencia; y (iii) las cambiantes circunstancias históricas.¹⁵²

Si bien el principio de *stare decisis* admite excepciones,¹⁵³ en Argentina se podría confirmar la afirmación del juez Scalia de que “rara vez ocurre la anulación de un precedente sin un cambio en el personal de la Corte”.¹⁵⁴ En aquellos casos donde el precedente no es contrario a la Constitución, cultivar la legitimidad es honrar el precedente. *Stare decisis* fomenta la confianza en las decisiones judiciales, la igualdad de trato, la seguridad jurídica, la previsibilidad y contribuye a la integridad real y percibida de los procesos judiciales. Si la Corte renueva su personal con frecuencia y no tiene una fuerte tradición y convicción favorable al *stare decisis*, parece inevitable que la jurisprudencia de la Corte Suprema solo refleje el deseo de anular las decisiones cuando los jueces rotan en el tribunal (Garay, 2013, p. 26; 2019, p. 310, nota al pie 165). Nada –excepto los nombres de los jueces de la Corte Suprema– ha cambiado desde *Fayt* para dejar sin efecto el precedente.

Los magistrados de la Corte Suprema no pueden reclamar el mismo poder ni la misma representación que los legisladores, incluso si en su experiencia política pasada fueron miembros de la Convención Constituyente que modificó el texto de la Constitución en 1994. Al ocupar un cargo en la Corte, los

152 Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Barreto, Alberto Damián c. Provincia de Buenos Aires*, Fallos: 329:759 (2006) (“[L]os miembros del Tribunal que suscriben esta decisión consideran que debe abandonarse la generalizada calificación del concepto de ‘causa civil’ que se viene aplicando desde el citado precedente de 1992”, considerando 4).

153 Véase Hart (1971, p. 136); ver también *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 405-407, 412-413 (1932) (Brandeis, J., disidencia) (“*Stare decisis* is not, like the rule of *res judicata*, a universal, inexorable command [...] *Stare decisis* is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. This is commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation. But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this court has often overruled its earlier decisions [...]. In cases involving constitutional issues of the character discussed, this Court must, in order to reach sound conclusions, feel free to bring its opinions into agreement with experience and with facts newly ascertained, so that its judicial authority may, as Mr. Chief Justice Taney said, ‘depend altogether on the force of the reasoning by which it is supported’”) y *Hertz v. Woodman*, 218 U.S. 205, 212 (1910) (“The rule of *stare decisis*, though one tending to consistency and uniformity of decision, is not inflexible. Whether it shall be followed or departed from is a question entirely within the discretion of the court, which is again called upon to consider a question once decided”).

154 *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805, 824 (1989) (Scalia, J., disidencia). Como señala Garay (2019), “[t]he descriptive difference with Scalia’s assertion rests in context: in the twentieth and twenty-first centuries the Argentine Supreme Court’s personnel, many times the full Court’s personnel at once, has been replaced more frequently than in the U.S. Supreme Court” (p. 310).

magistrados Maqueda y Rosatti ya no son representantes populares electos por el pueblo, sino servidores de la ley y, por ende, sus decisiones deben ser imparciales y, al menos en apariencia, desvinculadas de cualquier ideología política. Una dosis de impersonalidad es la esencia de la función judicial, especialmente cuando la Corte interpreta la Constitución. Si un simple cambio de personal se considerara razón suficiente para legitimar un cambio de precedente, se podría argumentar que la Corte está actuando como si fuera el Congreso ante la nueva legislación (Garay, 2019, p. 314), o incluso como si fuera el Poder Ejecutivo cuando asume el poder político y desecha todo lo hecho por el Gobierno anterior. Sin embargo, los jueces no son legisladores ni ocupan la función del presidente y no pueden cambiar de criterio tan *fácilmente*, a menos que no les preocupe en lo más mínimo comprometerse con la Constitución Nacional y, por consiguiente, evitar que la sociedad descrea de la institución que ocupan.

Ciertamente, podría argumentarse que la interpretación jurídica expuesta en los votos en disidencia del juez Rosenkrantz fue valiosa. En primer lugar, aunque no de manera directa, pero sí indirecta, colaboró para lograr un estilo más discursivo, analítico y conversacional en la opinión final publicada, representando las dos posibles interpretaciones judiciales sobre un solo tema. Segundo, paradójicamente, las disidencias terminaron validando la interpretación de la mayoría, pues el lector especializado, o *lego*, encontró en una misma resolución judicial puntos de vista alternativos que fueron considerados, incluso si esa visión había sido finalmente rechazada al ser una opinión minoritaria.

En algunos casos, las opiniones disidentes pueden contribuir a mejorar la legitimidad de la Corte solo mostrando una solución más razonada al problema. Creo que el rol de Rosenkrantz, como juez en soledad, cultivó esa función. Sin embargo, habría sido deseable encontrar en la opinión disidente en el caso *Schiffirin* alguna referencia expresa a la experiencia pasada de los jueces Maqueda y Rosatti en la Convención Constituyente de 1994, o a la jueza Highton de Nolasco, quien posiblemente conocía de antemano el caso *Schiffirin* que estaba circulando en la Corte y la intención de sus colegas de resolverlo, y por ello se apuró a presentar una demanda para quedar amparada por la doctrina del caso *Fayt*. Comprendo que la única razón para evitar cualquier conflicto podría encontrarse, quizá, en la innecesaridad de causar posibles fricciones entre los miembros de la Corte, pero sería interesante encontrar un estilo más mordaz –como se lee en la jurisprudencia de la Corte norteamericana– o al menos alguna refutación interna entre los distintos votos.

Recordando la famosa declaración de apertura del juez Robert H. Jackson

en los juicios de Núremberg, “es a través de la ley que el poder rinde tributo a la razón” (Robert H. Jackson Center, 1945, párr. 1). Así, la herramienta de los jueces para resolver las controversias es la razón plasmada en la ley. Por lo tanto, limitar el poder a través de la razón, aunque se exponga en una sola opinión disidente, es loable, justo y estrictamente necesario. Como escribe Dorf (1994), “la responsabilidad judicial y la legitimidad se derivan de la racionalidad de los jueces, que a su vez encontrará fundamento en lo decidido por los tribunales para justificar sus decisiones” (p. 2040).

Como expuse anteriormente, los jueces son actores sofisticados que a menudo se desempeñan en un entorno político complejo y polarizado y, por lo tanto, ajustarán su comportamiento, consciente o inconscientemente, a la luz de las restricciones institucionales, sociales o políticas pertinentes (Joondeph, 2008, p. 363). Por supuesto que no es tarea fácil dejar de lado la coyuntura y la presión política, pero si la Corte está preocupada por su propia legitimidad, debe resistir el “canto de sirena” de los poderes políticos cuando pretenden intervenir en asuntos institucionales que escapan a la competencia de la Corte. Abrir la puerta a un reclamo similar al estudiado en *Fernández de Kirchner* solo contribuye a la pérdida de credibilidad y a ser percibido por la opinión pública como un tribunal que cede ante los reclamos infundados del poder. En ese sentido, la disidencia de Rosenkrantz es positiva, pues logró apearse al texto de la Constitución y recordó que la vicepresidenta puede ocupar el *segundo*¹⁵⁵ cargo con más poder real en la Argentina, pero no por ello se ubica por encima de la ley.

Asumiendo que el sistema constitucional argentino es social y moralmente legítimo, entonces las decisiones de la Corte Suprema son legalmente (y moralmente) legítimas si se mantienen dentro de los límites de ese esquema.¹⁵⁶ Consecuentemente, cuando una opinión mayoritaria –como las de *Fernández de Kirchner*, *Schiffirin* o *Batalla*– desafían esta afirmación y deciden incurrir en una interpretación ideologizada o realizar un dudoso abordaje dialógico¹⁵⁷ de las facultades inherentes del Congreso como si la separación de poderes fuera una pieza de la literatura de Lewis Carroll, una fuerte opinión disidente que

155 Si bien la Constitución nombra al vicepresidente como presidente del Senado, desde el 10 de diciembre de 2019 el poder real en Argentina reside paradójicamente en Cristina Fernández de Kirchner, quien fue presidenta entre 2007 y 2015 (Laborda, 2019).

156 Cfr. Fallon (2018, pp. 98-102).

157 Véase Gargarella (2022), quien argumenta que los tres poderes deben preocuparse por el diálogo para evitar la erosión democrática y entablar una conversación entre iguales.

recuerda la importancia de la doctrina del precedente contribuye a mejorar la legitimidad legal y moral, aunque también la sociológica, de la Corte Suprema. Al final del día, la visión que ve a la Corte como distinta de las ramas políticas y confía en que esta tomará decisiones razonables y fundadas en el derecho vigente¹⁵⁸ es muy importante para el público especializado como para la opinión pública.

Se dice que casi todos los asuntos que se debaten en la actualidad –como el tamaño y la composición de la Corte, el mandato de los jueces, el papel de la Corte en el sistema constitucional, la idoneidad y transparencia de los procesos internos de la Corte y cómo se nombran y confirman los jueces– implican cuestiones de legitimidad.¹⁵⁹ En definitiva, la legitimidad de la Corte es crucial para la institución porque el Poder Judicial federal debe confiar en otros para que sus decisiones sean acatadas.¹⁶⁰ Alexander Hamilton formuló este punto en *The Federalist* de una manera que se ha convertido virtualmente en un cliché:

El poder judicial [...] no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre la bolsa [...] [e]n verdad puede decirse que no tiene ni fuerza ni voluntad, sino simplemente juicio; y debe depender en última instancia de la ayuda del brazo ejecutivo incluso para la eficacia de su juicio. (Hamilton et al., 1818, p. 442)

Al asumir que la Corte es, de hecho, una rama coigual que gobierna y juega en el ámbito de los pesos y contrapesos, el poder disidente –una voz a veces pequeña y tenue– tiene la potencialidad de tornarse vigorosa si logra impedir que el público perciba una Corte que actúa por unanimidad como un siervo del poder político de turno. Hasta ahora, el juez Rosenkrantz ha manejado esa dosis de poder honrando la legitimidad legal y moral del máximo tribunal.

6. Conclusión

El objetivo de este trabajo ha sido poner de resalto que la unanimidad y el consenso en la Corte Suprema no siempre son convenientes. Contrariamente a lo que pensaba el juez Marshall de que la Corte debía abandonar la práctica del *seriatim* y hablar con una única opinión, a veces, dependiendo del momento histórico y

158 Véase Gibson y Caldeira (2009, pp. 61-62, como se citó en Grove, 2019, p. 2252).

159 Véase Comisión Presidencial sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos (2021, p. 22).

160 Véase, por ejemplo, Bartels y Johnston (2013): “For an institution like the U.S. Supreme Court to render rulings that carry authoritative force, it must maintain a sufficient reservoir of institutional legitimacy” (p. 184).

de un conjunto de factores institucionales, sociales y políticos, una multiplicidad de opiniones es más beneficioso en sus efectos. Tal como quedó en evidencia, Rosenkrantz no votó en disidencia ni escribió una concurrencia a menos que los beneficios de su voto en soledad superaran los costos de pronunciarse solo.

Este es un primer acercamiento a la práctica del disenso judicial que intenta explicar de qué manera las recientes disidencias emitidas por el juez Rosenkrantz en la Corte Suprema contribuyen a la legitimidad del tribunal en un contexto político y social polarizado. Este trabajo aún deja preguntas sin respuesta. Por ejemplo: ¿cuál es la probabilidad de que un precedente sea dejado sin efecto si hubo una disidencia en esa sentencia? ¿Cuánto importa quién disiente? ¿Cuál es la extensión que debe tener una disidencia? ¿Qué razones existen para que un juez decida votar en disidencia? Es claro que este último interrogante dependerá de diferentes factores, tales como la trascendencia del caso; las influencias estructurales, como el tamaño del tribunal y la carga de trabajo; de razones de índole de diseño jurídico, como por ejemplo si la Corte es un órgano de revisión, además de la complejidad del expediente; y, por supuesto, del liderazgo del presidente de la Corte (Alarie y Green, 2017, p. 217).

Confío en que esta investigación ayudará a comprender un tema poco explorado en la literatura jurídica y de la ciencia política argentina y permitirá profundizar en la preocupación por la legitimidad de la Corte. No sólo pretendo comprender el comportamiento de los magistrados, sino también descifrar las consecuencias de sus opiniones disidentes relacionadas con la preocupación razonable de la Corte por la autoridad del tribunal.

Hasta el momento, el método interpretativo de Rosenkrantz en la Corte es confiable y consistente. Demostró que pudo resolver los casos difíciles con evidencia histórica, realizando juicios morales razonables y aplicando su visión más formalista-normativista. Ello ha hecho que el enfoque desde el que Rosenkrantz piensa el derecho, y el rol que ha ejercido en la Corte Suprema al votar en soledad en gran cantidad de ocasiones en comparación con sus otros colegas, sea positivo. En estos últimos seis años, se observa a un magistrado que actuó con franqueza, solidez y coherencia. Estos son elementos importantes de la toma de decisiones legales,¹⁶¹ y muy especialmente para quienes argumentan en contra de la decisión de la mayoría.

161 Véase, por ejemplo, Fallon (2005, p. 1787, 2008, p. 1107, 2009, p. 975, 2018); véase también Shapiro (1987, pp. 736-38) y Monaghan (1979, p. 25), que sugiere que las opiniones deben incluir todos los motivos en los que se basaron los jueces. Por otra parte, los académicos a menudo critican a los jueces sobre la base de que han aplicado de manera inconsistente su enfoque interpretativo

Contar con un Poder Judicial imparcial e independiente es una deuda pendiente en la República Argentina. De ahí que disentir siempre encontrará críticas y reacciones. En esos casos, el enfoque del juez Guido Calabresi podría ser útil. En una charla dada a jueces estatales y federales, Calabresi dio un consejo muy sencillo de lo que debe hacer un “juez del Artículo III” cuando es objeto de críticas: absolutamente nada; el silencio es el precio del cargo vitalicio.¹⁶² La reserva, la prudencia y el respeto irrestricto por la Constitución son rasgos típicos de los grandes jueces.

Bibliografía

- Alarie, B. y Green, A. (2017). *Commitment and Cooperation on High Courts. A Cross-Examination of Institutional Constraints on Judges*. Oxford University Press.
- Alberdi, J. B. ([1852] 1998). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Ciudad Argentina ed.
- Badeni, G. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional* (Tomo 3). La Ley.
- Bartels, B. L. y Johnston, C. D. (2013). On the Ideological Foundations of Supreme Court Legitimacy in the American Public. *American Journal of Political Science*, 57(1), 184-199.
- Barth, A. (1974). *Prophets with honor. Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*. Knopf.
- Baum, L. y Devins, N. (2010). Why the Supreme Court cares about elites, not the American people. *The Georgetown Law Journal*, 98(6), 1515-1581.
- Beim, D. y Kastellec, J. P. (2014). The Interplay of Ideological Diversity, Dissents, and Discretionary Review in the Judicial Hierarchy: Evidence from Death Penalty Cases. *The Journal of Politics*, 76(4), 1074-1088.
- Bennett, T. B., Friedman, B., Martin, A. D. y Navarro Smecler, S. (2018). Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change. *Cornell Law Review*, 103(4), 817-876.
- Bentsen, H. (2019). Dissent, Legitimacy, and Public Support for Court Decisions: Evidence from a Survey-Based Experiment. *Law & Society Review*, 53(2), 588-610.
- Bianchi, A. B. (1997). Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema. *La Ley*, 1997-B, 994-1013.
- Bianchi, A. B. (2019). *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*. Cathedra Jurídica.
- Bianchi, A. B. (2020). La Corte Suprema no es el Consejo de Estado (a propósito de la consulta del Senado). *Derecho Administrativo – Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Abeledo Perrot.

preferido. Véase también, por ejemplo, Chemerinsky (2006, p. 1073) criticando a los jueces Scalia y Thomas por este motivo.

162 Juez Guido Calabresi (1996). Véase también, Hon. Michael Daly Hawkins (1996, p. 1353).

- Bickel, A. M. (1957). *The Unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis*. Harvard University Press.
- Blackstone, W. ([1723-1780] 1962). *Commentaries on the laws of England*. Beacon Press.
- Brennan, W. J. (Jr.). (1986). In Defense of Dissents. *The Hastings Law Journal*, 37, 427-438.
- Bricker, B. (2020). The (Very) Political Dissent: Dissenting Opinions and the Polish Constitutional Crisis. *German Law Journal*, 21(8), 1586-1605.
- Calabresi, G. (1996). *The Community of Courts: The Compleat Appellate Judge*. State Justice Institute, the Appellate Judges Conference of the American Bar Association, and the Federal Judicial Center. Washington, D.C., Estados Unidos, 28-31 de marzo de 1996.
- Carlos Rosenkrantz se excusó de votar en al menos 85 causas desde que llegó a la Corte Suprema. (28 de octubre de 2020). Infobae. <https://www.infobae.com/politica/2020/10/28/carlos-rosenkrantz-se-excuso-de-votar-en-al-menos-85-causas-desde-que-llego-a-la-corte-suprema/>.
- Carrió, A. y Garay, A. F. (1996). *La Corte Suprema y su independencia*. Abeledo Perrot.
- Carrió, G. R. (1989). *Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas)*. La Ley.
- Carrió, G. (2008). Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría. En Linares Quintana, S. V. (Dir. emérito), Fayt, C. S. y Badeni, G. (Dirs.), *Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales* (Tomo I, 239-256). La Ley.
- Castro Videla, S. (2020). *Una República inmunodeprimida*. Blog En Disidencia. <https://endisidencia.com/2020/05/una-republica-inmunodeprimida/>.
- Comisión Presidencial sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos. (7 de diciembre de 2021). *Informe Final Borrador*. <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final.pdf>.
- Convención Nacional Constituyente. (1994). 34ª reunión, 3ª audiencia ordinaria (continuación), 19 de agosto de 1994. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargar-Diario2/39>.
- Creamer, C. D. y Jain, N. (2020). Separate Judicial Speech. *Virginia Journal of International Law*, 61(1) 1-55.
- Chafetz, J. (2015). Governing and Deciding Who Governs. *University of Chicago Legal Forum*, 2015, 73-111.
- Chafetz, J. (2017). *Congress's Constitution: Legislative Authority and the Separation of Powers*. Yale University Press.
- Chafetz, J. (2021). Nixon/Trump: Strategies of Judicial Aggrandizement. *Georgetown Law Journal*, 110(1), 125-150.
- Chemerinsky, E. (2006). Seeing the Emperor's Clothes: Recognizing the Reality of Constitutional Decision Making. *Boston University Law Review*, 86, 1069-1081.
- Dahl, R. A. (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, 6(2), 279-295.
- Delaney, E. F. (2016). Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective. *Duke Law Journal*, 66(1), 1-67.
- Dorf, M. C. (1994). Dicta and Article III. *University of Pennsylvania Law Review*, 142, 1997-2069.
- Douglas, W. O. (1948). *The Dissent: A Safeguard of Democracy*. *Journal of the American Judicature Society*, 32(4), 104-107.
- Epstein, L., Landes, W. M. y Posner, R. A. (2011). Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis. *Journal of Legal Analysis*, 3(1), 101-137.

- Epstein, L., Landes, W. M. y Posner, R. A. (2013). *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Harvard University Press.
- Estreicher, S. y Pelham-Webb, T. (2008). The Wisdom of Soft Judicial Power: Mr. Justice Powell, Concurring. *Constitutional Commentary*, 25, 229-240.
- Evans, E. A. (1938). The Dissenting Opinion - Its Use and Abuse. *Missouri Law Review*, 3(2), 120-142.
- Fallon, R. H. (Jr.). (2005). Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*, 118(6), 1787-1853.
- Fallon, R. H. (Jr.). (2008). Constitutional Precedent Viewed Through the Lens of Hartian Positivist Jurisprudence. *North Carolina Law Review*, 86(5), 1107-1163.
- Fallon, R. H. (Jr.). (2009). Constitutional Constraints. *California Law Review*, 97(4), 975-1037.
- Fallon, R. H. (Jr.). (2018). *Law and Legitimacy in the Supreme Court*. Harvard University Press.
- Fayt, C. S. (1995). *Nuevas fronteras del derecho constitucional*. La Ley.
- Ford, P. L. (1905). *The Works of Thomas Jefferson* (12 volúmenes). G. P. Putnam's Sons.
- Frank, J. P. (1957). Book Review. The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis by Alexander M. Bickel. *Journal of Legal Education*, 10(3), 401-405.
- Garay, A. F. (2013). *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*. Abeledo Perrot.
- Garay, A. F. (2019). A Doctrine of Precedent in the Making: The Case of the Argentine Supreme Court's Case Law. *Southwestern Journal of International Law*, 25(2), 258-320.
- García-Mansilla, M. J. (2004). Separation of Powers Crisis: The Case of Argentina. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 32(2), 307-391.
- García-Mansilla, M. J. (2014). ¿Caduca el nombramiento de los jueces federales cuando cumplen 75 años? La reforma constitucional de 1994 y los límites del poder constituyente derivado. *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, (7).
- García-Mansilla, M. J. (2020). Marbury v. Madison y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad. *Revista Jurídica Austral*, 1(1), 9-89. <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0101.gar>.
- García-Mansilla, M. J. (2023). 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), 9-85. <https://doi.org/10.26422/RJA.2023.0401.gar>.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*. LexisNexis.
- Gargarella, R. (2022). *El derecho como una conversación entre iguales*. Siglo XXI.
- Garner, B. (Ed.). (2019). *Black's Law Dictionary* (11ª ed.) Thomson Reuters.
- Gibson, J. L. y Caldeira, G. A. (2009). *Citizens, Courts, and Confirmations: Positivity Theory and the Judgments of the American People*. Princeton University Press.
- Ginsburg, R. B. (1990). *Remarks on Writing Separately*. *Washington Law Review*, 65(1), 133-150.
- Ginsburg, R. B. (2010). The Role of Dissenting Opinions. *Minnesota Law Review*, 95, 1-8.
- Grove, T. L. (2019). The Supreme Court's Legitimacy Dilemma: Law and Legitimacy in the Supreme Court. *Harvard Law Review*, 132(8), 2240-2276.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (1818). *The Federalist, on the New Constitution, written in the year 1788*. Jacob Gideon.
- Hart, H. L. A. (1971). *The concept of the Law*. Oxford University Press.

- Hart, H. y Sacks, A. (1994). *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Foundation Press.
- Harvey, A. (2013). *A mere Machine: The Supreme Court, Congress, and American Democracy*. Yale University Press.
- Hawkins, M. D. (1996). Dining with the Dogs: Reflections on the Criticism of Judges. *Ohio State Law Journal*, 57(4), 1353-1364.
- Hettinger, V. A., Lindquist, S. y Martinek, W. L. (2004). Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting Behavior on the U.S. Courts of Appeals. *American Journal of Political Science*, 48(1), 123-137.
- Hirschl, R. (2014). *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press.
- Horacio Rosatti es el nuevo presidente de la Corte Suprema de Justicia. (23 de septiembre de 2021). *Télam*. <https://www.telam.com.ar/notas/202109/569532-rosatti-nuevo-presidente-corte-suprema.html>.
- House of Representatives. (14 de mayo de 2020). *Report 116-420*. <https://www.congress.gov/116/crpt/hrpt420/CRPT-116hrpt420.pdf>.
- Hughes, C. E. (1936). *The Supreme Court of the United States*. Columbia University Press.
- Jackson, P. E. (1969). *Dissent in the Supreme Court: A Chronology*. University of Oklahoma.
- John Pendleton, Despatch No. 30 to the Secretary of State. (Buenos Aires, June 1, 1853), microform ed on Despatches from the United States Ministers to Argentina, 1817-1906, Microcopy No. 69, reel 9 (National Archives Microfilm Publications). <https://catalog.archives.gov/id/188921143>.
- Joondeph, B. W. (2008). The Many Meanings of “Politics” in Judicial Decision Making. *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 77, 347-379.
- Kagan, R. A., Kapiszewski, D. y Silverstein, G. (2018). New Judicial Roles in Governance. En Delaney, E. F. y Dixon, R. (Eds.), *Comparative Judicial Review* (pp. 142-163). Edward Elgar Publishing.
- Kavanagh, A. (2010). A New Supreme Court for the United Kingdom: Some Reflections on Judicial Independence, Activism and Transparency. *Oxford Legal Studies Research Paper Series*, (58).
- Kelemen, K. (2018). *Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A comparative and legal perspective*. Taylor & Francis.
- Kelsh, J. P. (1999). The Opinion Delivery Practices of the United States Supreme Court 1790-1945. *Washington University Law Review*, 77(1), 137-182.
- Laborda, F. (9 de marzo de 2019). Cristina al poder ¿Alberto al gobierno? *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/opinion/cristina-al-poder-alberto-al-gobierno-nid09032021/>.
- Ledebur, L. E. (2009). Plurality Rule: Concurring Opinions and a Divided Supreme Court. *Dickinson Law Review*, 113(3), 899-921.
- Leppänen, J. (2016). *A Political Theory of Dissent: Dissent at the Core of Radical Democracy*. Faculty of Social Sciences, University of Helsinki.
- Lerner, C. S. y Lund, N. (2010). Judicial Duty and the Supreme Court’s Cult of Celebrity. *The George Washington Law Review*, 78(6), 1255-1299.
- Levin, A. J. (1944). Mr. Justice William Johnson, Creative Dissenter. *Michigan Law Review*, 43(3), 497-548.

- Levinson, S. (2006). *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution Goes Wrong (And How the People Can Correct It)*. Oxford University Press.
- Kolsky Lewis, M. (1995). Justice William Johnson and the History of Supreme Court Dissent. *Georgetown Law Journal*, 83(5), 2069-2098.
- Macri intentó nombrar por decreto a Rosatti y Rosenkrantz, pero finalmente los jueces asumieron con el acuerdo de parte del peronismo. (21 de julio de 2022). Chequeado. <https://chequeado.com/hilando-fino/macri-intento-nombrar-a-rosatti-y-rosenkrantz-por-decreto-pero-finalmente-los-jueces-asumieron-en-la-corte-con-el-acuerdo-de-parte-del-peronismo/>.
- McGlynn Gaffney, E. (Jr). (1994). The Importance of Dissent and the Imperative of Judicial Civility. *Valparaiso University Law Review*, 28(2), 583-646.
- McWhinney, E. (1953). Judicial Concurrences and Dissents: A Comparative View of Opinion-Writing in Final Appellate Tribunals. *Canadian Bar Review*, 31(6), 595-625.
- Miller, J. M. (1997). 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. *The American University Law Review*, 46(5), 1483-1572.
- Miller, J. M., Gelli, M. A. y Cayuso, S. (1991). *Constitución y Derechos Humanos*. Astrea.
- Monaghan, H. P. (1979). Taking Supreme Court Opinions Seriously. *Maryland Law Review*, 39(1), 1-26.
- Morgan, D. G. (1954). *Justice William Johnson, The First Dissenter*. University of South Carolina Press.
- O'Scannlain, D. F. (2015). Politicians in robes: the separation of powers and the problem of judicial legislation. *Virginia Law Review Online*, 101, 31-49.
- Oyhanarte, M. (2015). Public Law Litigation in the U.S. and in Argentina: Lessons from a Comparative Study. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 43(2), 451-506.
- Penrose, M. (2020). Goodbye to Concurring Opinions. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 15, 25-52.
- Pritchett, C. H. (1941). Divisions of Opinion Among Justices of the U.S. Supreme Court, 1939-1941. *American Political Science Review*, 35(5), 890-898.
- Rasmussen, H. y Rasmussen L. N. (2013). 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. *German Law Journal*, 14(8), 1373-1386.
- Ravignani, E. (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas*. Peuser.
- Rivarola, R. (1944). *La Constitución Argentina y sus principios de ética política*. Editorial Rosario.
- Robert H. Jackson Center. (21 de noviembre de 1945). *Discurso de apertura ante el Tribunal Militar Internacional*. <https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal/>.
- Rosatti, H. (2018). *La Corte Suprema. Entre Escila y Caribdis*. La Ley.
- Rosen, J. (2007). *Roberts's Rules*. The Atlantic. <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2007/01/robertss-rules/305559/>.
- Rosenkrantz dismisses impeachment drive as smear campaign. (10 de octubre de 2020). Buenos Aires Times. <https://www.batimes.com.ar/news/argentina/rosenkrantz-dismisses-impeachment-drive-as-a-smear-campaign.phtml>.
- Rosenkrantz, C. F. (19 de marzo de 2010). *Acto de apertura del año judicial 2019*. Corte Suprema

- de Justicia de la Nación. <https://www.cij.gov.ar/nota-33769-Acto-de-apertura-del-ao-judicial-2019.html>.
- Rosenkrantz, C. F. (2003). Against Borrowings and Other Non-Authoritative Uses of Foreign Law. *International Journal of Constitutional Law*, 1(2), 269-295.
- Rosler, A. (2022). *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de Derecho*. Editores del Sur.
- Salamone, M. F. (2014). Judicial Consensus and Public Opinion: Conditional Response to Supreme Court Majority Size. *Political Research Quarterly*, 67(2), 320-334.
- Salamone, M. F. (2018). *Perceptions of a polarized Court*. Temple University Press.
- Santiago, A. (Ed.). (2014a). *Historia de la Corte Suprema*. Marcial Pons.
- Santiago, A. (2014b). *Semblanzas de seis destacados juristas y jueces argentinos*. La Ley.
- Santiago, A. y Álvarez, F. (Ed.) (2000). *Función política de la Corte Suprema*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Scalia, A. (1994). The Dissenting Opinion. *Journal of Supreme Court History*, 19(1), 33-44.
- Scalia, A. (1998). Dissents. *OAH Magazine of History*, 13(1), 18-23.
- Shapiro, D. L. (1987). In Defense of Judicial Candor. *Harvard Law Review*, 100(4), 731-750.
- Sherry, S. (2020). Our Kardashian Court (and How to Fix It). *Iowa Law Review*, 106(1), 181-228.
- Simpson, A. (Jr). (1923). Dissenting Opinions. *University of Pennsylvania Law Review*, 71(3), 205-217.
- Smyth, R. y Narayan, P. (2006). Multiple Regime Shifts in Concurring and Dissenting Opinions on the U.S. Supreme Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, 3(1), 79-98.
- Stack, K. M. (1996). The Practice of Dissent in the Supreme Court. *Yale Law Journal*, 105(8), 2235-2260.
- Stephens, R. B. (1952). The Function of Concurring and Dissenting Opinions in Courts of Last Resort. *University of Florida Law Review*, 5(4), 394-411.
- Stewart, D. O. (1991). A Chorus of Voices. *A.B.A. Journal*, 77(4), 50-53.
- Sunstein, C. R. (2007). *Where are the liberal visionaries on the Supreme Court?* The New Republic.
- Sunstein, C. R. (2015). Unanimity and Disagreement on the Supreme Court. *Cornell Law Review*, 100(4), 769-823.
- Sur, I. (2006). How Far Do Voices Carry: Dissents from Denial of Rehearing En Banc. *Wisconsin Law Review*, 2006(5), 1315-1367.
- Tarricone, M. (5 de octubre de 2021). *Qué dice el pedido de juicio político a Rosenkrantz y qué contestó el presidente de la Corte*. Chequeado <https://chequeado.com/el-explicador/que-dice-el-pedido-de-juicio-politico-a-rosenkrantz-y-que-contesto-el-presidente-de-la-corte/>.
- Tew, Y. (2023). Strategic Judicial Empowerment. *American Journal of Comparative Law (forthcoming)*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3323022.
- Tiede, L. B. (2016). The Political Determinants of Judicial Dissent: Evidence from the Chilean Constitutional Tribunal. *European Political Science Review*, 8(3), 377-403.
- Treanor, W. M. (2005). Judicial Review Before Marbury. *Stanford Law Review*, 58(2), 455-562.
- Tushnet, M. (2008). *I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*. Beacon Press.
- Verdu, P. L. (1998). *Alberdi, su vigencia y modernidad constitucional*. Ciudad Argentina.
- Verdugo R. S. (2011). Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político: pluralismo judicial y debate democrático. *Revista de Derecho (Coquimbo) Universidad Católica del Norte*, 18(2), 217-272.

- Vitetta, M. (2022). Performatives in Argentine Supreme Court Dissents: A Jurilinguistic Proposal for Civilian Change based on the American Common Law. *Journal of Civil Law Studies*, 14, 35-57.
- Warren, C. (1932). *The Supreme Court in the United States History* (Vol. 1). Little, Brown and Company.
- West, M. L. (1966). *Hesiod: Theogony*. Oxford University Press.
- West, S. R. (2006). *Concurring in Part & Concurring in the Confusion*. *Michigan Law Review*, 104(8), 1951-1960.
- Woolf, H. (2008). *The pursuit of Justice*. Oxford University Press.
- Yap, P. (2015). *Constitutional Dialogue in Common Law Asia*. Oxford University Press.
- ZoBell, K. M. (1959). Division of Opinion in the Supreme Court A History of Judicial Disintegration. *Cornell Law Quarterly*, 44(2), 186-214.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de los Estados Unidos

- 303 *Creative LLC v. Elenis* (2022-2023).
- Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624 (1919).
- Bolling v. Sharp*, 347 U.S. 497 (1954).
- Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).
- Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).
- Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932).
- Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798).
- Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).
- Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).
- Civil Rights Cases* (109 U.S. 3 (1883)).
- Cooper v. Telfair*, 4 U.S. (4 DaUt.) 14 (1800).
- District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).
- Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022).
- Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).
- Fenmore v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 357 (1797).
- Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892).
- Fowler v. Lindsey*, 3 U.S. (3 Dall.) 411 (1799).
- Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. ____ (2021).
- Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).
- Graves v. New York*, 306 U.S. 466 (1939).
- Head & Armory v. Providence Insurance Co*, 6 U.S. (2 Cranch) 127 (1804).
- Hertz v. Woodman*, 218 U.S. 205, 212 (1910).
- Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).
- Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. ____ (2022).
- Kimble*, 576 U.S. 455 (2015).
- Korematsu*, 323 U.S. 214 (1944).
- Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul, Home, v. Pennsylvania*, 591 U.S. ____ (2020).

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
McDonald v. Chicago, 561 U.S. 742 (2010).
Minersville Sch. Dist. v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940).
New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen, 597 U.S. ____ (2022).
Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).
Payne, 501 U.S. 827 (1991).
Penhallow v. Doane's Administrators, 3 U.S. (3 Dall.) 54 (1795).
Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).
Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).
Simms & Wise v. Slacum, 7 U.S. (3 Cranch) 300 (1806).
South Carolina v. Gathers, 490 U.S. 805 (1989).
Talbot v. Janson, 3 U.S. (3 Dall.) 133 (1795).
Trump v. Hawaii, 138 S. Ct. 2392, 2423 (2018).
United States v. Ballin, 144 U.S. 1 (1892).
W. Virginia Bd. de Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).
West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).
West v. Barnes, 2 U.S. (2 Dall.) 401 (1791).
West v. Barnes, 2 U.S. (2 Dall.) 415 (1793).
West v. Barnes, 3 de agosto de 1791.
Whitney v. California, 274 U.S. 357, 372-75 (1927).
Wisart v. D'Auchy, 3 U.S. (3 Dall.) 321 (1796).
Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).
Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Abarca, Fallos: 339:1223 (2016).
Acordada 18/2021 (23 de septiembre de 2021).
Acordada 29/2018 (11 de septiembre de 2018).
Acuerdo para el Bicentenario vs. Provincia de Tucumán, Fallos: 340:914 (2017).
Barreto, Alberto Damián c. Provincia de Buenos Aires, Fallos: 329:759 (2006).
Batalla, Rufino, Fallos: 341:1768 (2018).
Castillo, Fallos: 340:1795 (2017).
D. José M. Chanfreaux y Cía. contra la Provincia de Corrientes por cobro de pesos, Fallos: 10:59 (1871).
D. Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus, Fallos: 19:241 (1877).
Dengeri, Fallos: 345:482 (2022).
Expte. CIV 6404/201S/1/RHI, Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Duhalde, Eduardo Alberto y otro c/D'Elía, Luis Ángel s/medidas precautorias, 22 de noviembre de 2016.
Expte. CNT 28048/2011/1/RR1, Sánchez, Javier Armando e/Cristem S.A. s/juicio sumarísimo, 7 de marzo de 2017.
Expte. CSJ 4143/2015/RHI, Hagen, Damián Fernando s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 25.053, 29 de noviembre de 2016.

- Farmacy*, Fallos: 344:1557 (2021).
Fayt, Carlos Santiago, Fallos: 322:1616 (1999).
Fernández de Kirchner, Cristina, Fallos: 343:218 (2020).
Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional, Fallos: 344:653 (2021).
Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Córdoba, Fallos: 342:533 (2019).
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina', Fallos: 340:47 (2017).
Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio, Fallos: 340:569 (2017).
Recurso de hecho deducido por la defensa de Rufino Batalla en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor, Fallos: 341:1784 (2018).
Sala, Milagro, Fallos: 340:1775 (2017).
Schiffirin, Leopoldo Héctor c. Ejecutivo Nacional, Fallos: 340:257 (2017).
Sindicato Policial Buenos Aires, Fallos: 340:437 (2017).
Sojo vs. Cámara de Diputados, Fallos: 32:120 (1887).

Otros tribunales

- Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 6, *Highton de Nolasco, Elena Inés c. Estado Nacional*, Expte. Nº 83.656/2016.

