

EL LENGUAJE PERFORMATIVO EN LAS DISIDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: UNA PROPUESTA JURILINGÜÍSTICA DE CAMBIO INSPIRADA EN EL *COMMON LAW* DE LOS ESTADOS UNIDOS¹

Mariano Vitetta²

Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina

Contacto: mvitetta@austral.edu.ar

Recibido: 20 de mayo de 2025

Aprobado: 14 de julio de 2025

Para citar este artículo:

Vitetta, Mariano. “El lenguaje performativo en las disidencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: una propuesta jurilingüística de cambio inspirada en el *common law* de los Estados Unidos”. *Prudentia Iuris*, 100 (339-364):

1 Este artículo es una versión traducida al español y adaptada por el autor del artículo que se publicó en inglés como “Performatives in Argentine Supreme Court Dissents: A Jurilinguistic Proposal for Civilian Change Based on the American Common Law”, *Journal of Civil Law Studies* 14 (2021-2022), 35-57. Todas las traducciones al español de fuentes originales en inglés fueron realizadas por el autor.

2 Profesor adjunto y director del Área de Lengua y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

Resumen: En este artículo se analiza un defecto lingüístico en el modo en que se redactan las disidencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Quien lee estas disidencias suele toparse con la dificultad de distinguir entre el voto de la mayoría y las eventuales disidencias, porque las disidencias se escriben “como si” fueran la decisión del caso. La confusión surge por el uso del lenguaje performativo (o realizativo) en las disidencias cuando, en efecto, el apego a la realidad y la adhesión a los principios del lenguaje claro exigen el uso de verbos modales que reflejen sugerencia. Se analizan las diferencias en la manera tradicional en que el derecho continental y el *common law* han abordado el tratamiento de las disidencias; se toman ejemplos tanto de la Corte Suprema de los Estados Unidos como su homóloga argentina; y, finalmente, se recurre al lenguaje claro como argumento sólido para apuntar a la claridad en las disidencias.

Palabras clave: Actos performativos o realizativos; Teoría del acto de habla; Discurso judicial; Lengua y derecho; Jurilingüística; Lenguaje claro; Géneros discursivos; Corte Suprema; Argentina.

Performatives in Argentine Supreme Court Dissents: a jurilinguistic proposal for civilian change based on the American common law

Abstract: This article explores a linguistic defect in how Argentine Supreme Court dissents are written. The reader of these dissents has a hard time distinguishing between a majority opinion and a dissenting opinion, because dissents are written “as if” they were deciding the case. The confusion results from the use of performative language in dissents when adherence to reality and a plain-language approach require modal verbs reflecting the language of suggestion. This is actually the way dissents are expressed in the United States, the jurisdiction from which the Argentine Supreme Court copied its constitutional design. To make the case against the use of alleged performative language in Argentine Supreme Court dissents, the article explores the differences in how the civil law and the common law have traditionally treated dissents, introduces the basic elements of British philosopher J. L. Austin’s speech act theory, applies Austin’s concept of performatives to dissents, shows examples from the supreme courts of both Argentina and the United States, and finally makes the plain-language case as another compelling argument for clarity in dissents to propose the abandonment of a practice that is not truthful to reality and seriously limits the understanding of the Argentine Supreme Court decisions. The whole discussion is presented as a jurilinguistic exercise, combining legal and linguistic analysis.

Keywords: *Performatives; Speech-act theory; Judicial discourse; Law and language; Jurilinguistics; Plain language; Genre analysis; Supreme Court; Argentina.*

Performativi nei dissensi della Corte Suprema di Giustizia argentina: una proposta giurilinguistica di cambiamento basata sul common law statunitense

Sommario: Questo articolo analizza un difetto linguistico nella scrittura dei dissensi della Corte Suprema di Giustizia argentina. I lettori di questi dissensi trovano spesso difficoltà a distinguere tra il voto di maggioranza e possibili disaccordi, poiché i dissensi sono scritti “come se” fossero la decisione del caso. La confusione deriva dall’uso di un linguaggio performativo nei dissensi quando, infatti, l’approccio alla realtà e l’aderenza ai principi del linguaggio chiaro richiede l’uso di verbi modali che riflettono la

suggestione. Di fatto, così vengono redatti i dissensi negli Stati Uniti, la giurisdizione da cui la Corte Suprema argentina ha copiato il suo disegno costituzionale. Per sostenere la tesi contro l'uso di un linguaggio performativo nei dissensi della Corte Suprema di Giustizia argentina, l'articolo esplora le differenze nel modo in cui il diritto continentale e il *common law* hanno affrontato il trattamento dei dissensi; vengono presentati gli elementi fondamentali della teoria degli atti linguistici del filosofo britannico J. L. Austin, e analizza il modo in cui i dissensi vengono espressi. Austin applica il concetto di performativo ai dissensi, mostra esempi tratti dalla Corte Suprema di Giustizia argentina e degli Stati Uniti e, infine, viene utilizzato il linguaggio chiaro come un solido argomento riferito alla chiarezza dei dissensi, proponendo l'abbandono di una pratica che non si adegua alla realtà e limita seriamente la comprensione delle decisioni della Corte Suprema di Giustizia argentina. L'intera discussione è presentata come un esercizio giurilinguistico, che combina diritto e analisi linguistica.

Parole chiave: Atti performativi; Teoria degli atti linguistici; Discorso giudiziario; Linguaggio e diritto; Giurilinguistica; Linguaggio chiaro; Generi discorsivi; Corte Suprema; Argentina.

I. Presentación

La Argentina pertenece a la familia del derecho continental o de base romano-germánica, pero ha importado una parte considerable de su diseño constitucional y algunas de sus doctrinas constitucionales de los Estados Unidos³. Esta influencia ha sido tan significativa que la Argentina ha sido descripta como “un país de derecho continental con un toque de *common law*”⁴. Uno de los aspectos en los que la Argentina se distingue del resto de los ordenamientos jurídicos que pertenecen a la familia del derecho continental es en la forma en que su Corte Suprema redacta las sentencias. Si bien las sentencias dictadas por los tribunales supremos de otras jurisdicciones pertenecientes al derecho continental no suelen incluir votos particulares de los jueces y sus nombres⁵, la Argentina ha optado por seguir

3 Véanse, por ejemplo, Manuel José García Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo, *Las fuentes de la Constitución nacional. Los principios fundamentales del derecho argentino* (Buenos Aires: LexisNexis, 2006); y Manuel José García Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo, *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana* (Buenos Aires: Virtudes, 2009).

4 Véanse Santiago Legarre y Christopher R. Handy, “A Civil Law State in a Common Law Nation, a Civil Law Nation with a Common Law Touch: Judicial Review and Precedent in Louisiana and Argentina”, *Tulane Law Review* 95 (2021), 445 y Alberto F. Garay, “A Doctrine of Precedent in the Making: The Case of the Argentine Supreme Court’s Case Law”, *Southwestern Journal of International Law* 25 (2019), 258, 269.

5 Véase John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal*

el modelo del *common law* estadounidense en este punto, de modo tal que se conocen los nombres y votos de cada juez individual. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación indican el nombre de los jueces y sus eventuales votos individuales⁶. Los jueces pueden formar parte de la mayoría o de una pluralidad, pueden concurrir o pueden disentir. Una de las consecuencias de este sistema es que los jueces pueden expresar su desacuerdo con la mayoría redactando una disidencia, que, en la Argentina, toma la forma de una solución alternativa del caso. Las disidencias no están permitidas en los tribunales supremos de muchas otras jurisdicciones del derecho continental, como Francia⁷ o Italia⁸, aunque su redacción es una práctica extendida en otras jurisdicciones continentales como España, Colombia, Brasil o Chile.

Si bien la Argentina importó del *common law* estadounidense la práctica de publicar las eventuales disidencias junto con el voto de la mayoría (o los votos plurales, en tal caso) en las causas decididas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo ha hecho con un defecto. Las disidencias que publica la Corte Suprema de Justicia de la Nación usan lenguaje performativo⁹ como si realmente estuvieran decidiendo el caso, lo cual no es fiel a la

Systems of Western Europe and Latin America, 2^a edición (Stanford: Stanford University Press, 1984), 37:

“[L]a tendencia es que las sentencias de los tribunales superiores de las jurisdicciones continentales sean muy colegiales por naturaleza. Se anuncian como la decisión del tribunal, sin indicación de los votos a favor y en contra entre los jueces. En la mayoría de las jurisdicciones, no se redactan ni se publican votos concurrentes ni disidencias; tampoco se indica la existencia de votos en disidencia. La tendencia es a mirar al tribunal como una unidad sin cara”.

6 La práctica de dar publicidad a las disidencias es de larga data en la Corte Suprema argentina y puede haber influido en ella la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de España, de 1857. Esta ley establecía la posibilidad de salvar votos, pero con la exigencia de que fuera de manera fundada y de que el voto se escribiera a continuación de la sentencia misma. Véase Luis Méndez Calzada, *La función judicial en las primeras épocas de la Independencia. Estudio sobre la formación evolutiva del Poder Judicial argentino* (Buenos Aires: Editorial Losada, 1944), 478-481.

7 Véase David Pollard, *Sourcebook on French Law* (Nueva York: Cavendish Publishing), 1998, *infra* nota 32.

8 Véase Lena y Ugo Mattei, *Introduction to Italian Law* (La Haya: Kluwer, 2002), *infra* nota 33.

9 En este punto, es necesaria una aclaración sobre la terminología en español usada en este artículo. Dentro de la teoría del acto de habla, en español suelen encontrarse dos traducciones para lo que en inglés se denomina *performative language*: “lenguaje performativo” o “lenguaje realizativo”. Si bien fuentes calificadas como la Real Academia Española (véase Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, *Glosario de términos gramaticales* [versión 1.0 en línea]. <https://www.rae.es/gtg/verbo-realizativo> [consultado por última vez el 19 de mayo de 2025]) o la propia traducción al español de la obra de Austin hecha por Genaro R. Carrión y Eduardo A. Rabossi [John L. Austin, *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*. Tr. Genaro R. Carrión y Eduardo A. Rabossi (Buenos Aires: Ediciones Paidós,

realidad. Desde ese punto de vista y estrictamente en términos lingüísticos, los jueces disidentes son “mentirosos”¹⁰. Al fin y al cabo, la disidencia no es más que una visión alternativa de cómo se debería haber resuelto un caso. Por el contrario, los jueces estadounidenses que deciden disentir expresan su oposición a la mayoría con un lenguaje que expresa sugerencia, con verbos modales tales como “would” o “should”, que indican posibilidad y no asertividad.

Esta afirmación puede resultar trivial a primera vista, pero, considerando que la ciudadanía en general suele estar interesada en las sentencias de la Corte Suprema debido a su papel trascendental como el máximo tribunal del país, los jueces deberían desechar esta práctica y ser más claros en la forma de expresarse. Además, lograr una expresión más clara en las disidencias también favorece a los especialistas que leen sentencias de la Corte Suprema diariamente como parte de su trabajo. La redacción de disidencias usando lenguaje performativo como si efectivamente fuera dispositivo solo genera confusión en los lectores. En este artículo se analiza el concepto de disidencia y su lugar en el derecho continental y en el *common law*; se explora qué son los actos performativos en la teoría del filósofo británico J.L. Austin y de qué manera este concepto lingüístico es pertinente para la noción de disidencia; se incluyen ejemplos de partes de disidencias estadounidenses y argentinas para su análisis lingüístico comparado; y, finalmente, se hace una propuesta de cambio que es acorde a la teoría lingüística que subyace a los actos performativos y a los enfoques de lenguaje claro.

II. Las disidencias en el common law y en el derecho continental

Como habitualmente las disidencias se consideran una característica distintiva de la redacción de sentencias en el *common law*, es necesario traer a colación esta familia jurídica y compararla en este punto con la del derecho continental. Este abordaje se centrará en el *common law* de los Estados Unidos de América. Una de las muchas diferencias del abordaje del derecho entre el *common law* y el derecho continental es el tratamiento de las disidencias publicadas. En términos simples: las disidencias publicadas son habituales en el *common law*, pero son una rareza en el derecho conti-

1990] se inclinan por “lenguaje realizativo”, en la bibliografía es preponderante, por mucha diferencia, “lenguaje performativo”, que es la terminología adoptada en este artículo.

10 Martin Shapiro, “Judges As Liars”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 17 (1994), 155 (el epíteto en realidad se usa en este texto en referencia a la reticencia de los jueces por reconocer que crean derecho y no solo lo aplican).

nental, al menos teóricamente. Esta distinción tajante no es tal en todos los casos, ya que en algunos ordenamientos de derecho continental se publican disidencias de manera regular, como es la situación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se analiza en este trabajo¹¹.

Michael Kirby ofrece una buena descripción de las características de las disidencias en el *common law* o, en otras palabras, las razones por las que las disidencias son habituales en las sentencias dictadas por tribunales del *common law*¹². La primera de estas razones es la tradición oral¹³. Habitualmente, los jueces del *common law* escuchaban los casos en la sala de audiencias y decidían en el momento. Tal exposición a la crítica pública llevó a los jueces a expresar sus posiciones ante su audiencia, y esa posición podía implicar adherir a la visión mayoritaria o a una visión disidente. La segunda tiene que ver con el perfil profesional de los jueces¹⁴. En el *common law*, los jueces son designados (y, en los Estados Unidos, a veces electos) después de haberse desempeñado como miembros distinguidos de la profesión jurídica durante varios años. Por ende, un juez tiende a considerar la judicatura como una continuación de su carrera jurídica. Y esa carrera consiste en ejercer un criterio independiente para resolver conflictos jurídicos. La idea es que los jueces llegan a los tribunales con una individualidad intelectual y, precisamente, debido a ella. Los jueces del *common law* rara vez se perciben parte de una burocracia estatal destinada a resolver conflictos. La tercera razón es la noción de cuál es el papel de los tribunales¹⁵. Debido a su formación como abogados, los jueces del *common law* tienen facilidad para construir argumentos sólidos; a veces, incluso pueden llegar a mejorar los argumentos de las partes. Como por aplicación de la doctrina de *stare decisis* sus resoluciones tienen autoridad más allá del caso en cuestión, se esfuerzan por esgrimir los mejores argumentos, de modo tal que su razonamiento pueda perdurar. Además, presentar sus argumentos de la manera más persuasiva es lo que los jueces hacían cuando ejercían la profesión.

Otra característica relevante es el modelo de los tribunales en cuanto al ejercicio del control de constitucionalidad. En los Estados Unidos, como

11 Para acceder a otro ejemplo de jurisdicción del derecho continental cuyo tribunal máximo publica disidencias, véase Stanisław Goźdż-Roszkowski, “Communicating Dissent in Judicial Opinions: A Comparative, Genre-Based Analysis”, *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique* 33 (2020), 381-401 (se tratan las diferencias y similitudes en la manera de expresar las disidencias en la Corte Suprema de los Estados Unidos y el Tribunal Constitucional de Polonia).

12 Michael Kirby, “Judicial Dissent – Common Law and Civil Law Traditions”, *Law Quarterly Review* 123 (2007), 379.

13 *Ibid.*, 384.

14 *Ibid.*, 387.

15 *Ibid.*, 388.

los tribunales tienen la facultad de anular leyes sobre la base de su contradicción con la Constitución, se espera que los jueces sean prudentes en el ejercicio de una facultad tan amplia. La provisión de razones convincentes, basadas en el derecho, ha demostrado ser esencial para el ejercicio de esta facultad. Estos tribunales exigen la exposición de todas las visiones, incluso cuando puedan ser diferentes y aun contradictorias. Otra característica señalada por Kirby es que se espera que los jueces del *common law* firmen disidencias, cuando lo consideren adecuado, como una medida de transparencia en el funcionamiento del Estado¹⁶. Cuando comenzó a recibir y resolver casos y durante la primera década de su existencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos anunciaba sus decisiones siguiendo la práctica del tribunal inglés conocido como *King's Bench*, es decir, mediante votos individuales que se exponían uno detrás del otro, lo que daba lugar a las sentencias conocidas como *seriatim opinions*, en las que los votos aparecían “en serie”¹⁷. Posteriormente, el juez Marshall, que tenía interés en que la Corte hablara con una sola voz para fortalecer la estructura constitucional de la nación, adoptó la práctica de anunciar la decisión de la Corte en un único voto respecto del que consentía la mayoría¹⁸. La Corte Suprema de los Estados Unidos se creó en 1789 y publicó su primera disidencia en 1806¹⁹. Después de esta fecha, la publicación de disidencias se volvió una práctica habitual en ese tribunal.

Los jueces del *common law*, según Kirby²⁰, también tienden a disentir cuando lo consideran adecuado porque esperan que las disidencias aclaren algún tema que se decidirá correctamente en el futuro. No es infrecuente que la posición reflejada en una disidencia en última instancia se refleje en una ley o en un voto de mayoría posteriores. Los tribunales tienen una importante función pedagógica en el *common law*: los profesores de derecho enseñan a partir de los casos judiciales. Los jueces conocen esta realidad y

16 *Ibid.*, 392 (se hace una comparación con el derecho continental: “El estilo de razonamiento judicial assertivo, aparentemente dogmático, de los países tradicionales del derecho continental es bastante poco satisfactorio, incluso desalentador, para quienes han sido criados en el enfoque más transparente y discursivo del razonamiento de los tribunales del *common law*”).

17 Karl M. ZoBell, “Division of Opinion in the Supreme Court: A History of Judicial Disintegration”, *Cornell Law Quarterly* 44 (1958-1959), 186 (contiene un análisis detallado de la evolución de la práctica de redacción de sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Las *seriatim opinions* son votos individuales de los jueces que versan sobre el mismo asunto, en vez de un único voto para todo el tribunal.

18 *Ibid.*, 193.

19 Véase *Simms & Wise v. Slacum*, 3 Cranch 300, 2 L.Ed. 446 (1806). Véase también ZoBell, “Division of Opinion...”, *supra* nota 16, 195.

20 Kirby, “Judicial Dissent...”, *supra* nota 11.

muchas disidencias son consecuencia del sentimiento de un juez que creyó que los estudiantes de derecho (y la comunidad académica en general) deberían prestar atención a un asunto en particular desde una perspectiva diferente²¹.

Otros autores han dicho que las disidencias tienen una influencia importante y duradera después de decidido el caso, “al dar forma y a veces alterar el curso del derecho”²², que son “una apelación al intelecto del mañana”²³ y que demuestran “que el caso fue bien considerado”²⁴. De hecho, las disidencias luego pueden adquirir fuerza vinculante después de un *overruling*²⁵. En el *common law*, las disidencias desempeñan la función muy importante de sujetar las reglas establecidas al proceso de evolución²⁶. Como el *common law* es, en esencia, derecho de creación judicial, la manera en que un juez disiente en un caso puede ser un buen fundamento para la decisión de la mayoría en un futuro y el borrador de la disidencia podría incluso usarse para lograr consenso en un tribunal²⁷. La existencia de tribunales colegiados con una cantidad de miembros impar es señal de que se espera que los jueces estén en desacuerdo²⁸. Aunque se han expresado algunas posturas negativas²⁹, las disidencias son una realidad en la prá-

21 El juez Antonin Scalia, reconocido autor de disidencias, era conocido por decir que escribía sus disidencias para los estudiantes de derecho. Véase Christopher J. Scalia y Edward Whelan (eds.), *Scalia Speaks: Reflections on Law, Faith, and Life Well Lived* (Nueva York: Crown Forum, 2017), 271.

22 Harlan F. Stone, “Dissenting Opinions Are Not Without Value”, *Journal of the American Judicature* 26 (1942), 78.

23 Robert G. Simmons, “The Use and Abuse of Dissenting Opinions”, *Louisiana Law Review* 16 (1956), 497.

24 *Miami Corp. v. State*, 186 La. 784, 173 So. 315, 333 (1936).

25 Pintip Hompluem Dunn, “How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis”, *Yale Law Journal* 113 (2003), 523-524: “El acto de *overruling* puede transformar las declaraciones contenidas en una disidencia en una fuente de autoridad.[...]Al citar la disidencia, la Corte incorpora el lenguaje de la disidencia en el voto de la mayoría. El propio acto de escribir estas palabras, en el contexto adecuado y con la autoridad adecuada, transforma las palabras en fuente autorizada en la que se pueden basar los futuros jueces”.

26 Simmons, “The Use and Abuse...”, *supra* nota 22, 498.

27 Véase Ruth Bader Ginsburg, “The Role of Dissenting Opinions”, *Minnesota Law Review* 95 (2010), 1 (se trata la práctica del juez Brandeis, que solía escribir disidencias y dejarlas a un lado “si la mayoría hacía cambios que mejoraran el voto original, si pensaba que el voto de la Corte era de aplicación limitada y probablemente no causaría daños reales en casos futuros”). Hasta se llegó a publicar un libro con todas las disidencias que el juez Brandeis no quiso publicar: Alexander M. Bickel, *Unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis: The Supreme Court at Work* (Cambridge: Harvard University Press, 1957).

28 Joe W. Sanders, “The Role of Dissenting Opinions in Louisiana”, *Louisiana Law Review* 23 (1963), 673.

29 Véase William A. Bowen, citado en Joe W. Sanders, “The Role of Dissenting Opinions in Louisiana”, *Louisiana Law Review* 23 (1963), 673 (“el voto en disidencia es de todos

tica jurídica. Además, en la práctica, “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”³⁰.

En Europa, el enfoque respecto de las disidencias llama la atención. Si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no permite las disidencias³¹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí lo hace. Los jueces designados en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienden a demostrar su independencia e integridad, y habitualmente sus opiniones son contrarias a los países de su nacionalidad³². Al mismo tiempo, coexisten dos estilos de redacción de sentencias en los diferentes países que forman parte de la Unión Europea: Francia³³ e Italia³⁴ siguen el modelo tradicional del derecho continental y no publican disidencias, mientras que países como Alemania y España se han basado en el modelo estadounidense y sí publican votos y disidencias individuales. Estos diferentes abordajes de la redacción de sentencias también se reflejan en otras características: las sentencias francesas e italianas son relativamente cortas y declaran el derecho, mientras que las sentencias alemanas y españolas son más largas, más abarcadoras e incluso tienen un dejo literario³⁵.

Tradicionalmente, las disidencias se han considerado una rareza en el derecho continental, especialmente en razón de las prácticas judiciales fran-

los errores judiciales el más nocivo”). Véase también el artículo 19, *Canons of Judicial Ethics*, American Bar Association (“Excepto en los casos de diferencia de opinión razonada, se debe desalentar la publicación de disidencias en los tribunales de última instancia”). Discurso pronunciado por el juez Learned Hand en Harvard Law School el 6 de febrero de 1958, citado en Michael A. Musmanno, “The Value of Dissenting Opinions”, *Pennsylvania Bar Association Quarterly* 29 (1958), 268 (la disidencia “cancela la solidaridad monolítica de la que depende tanto la autoridad de un tribunal colegiado”).

30 Jerónimo Lau Alberdi, “El disidente: a seis años de la llegada de Carlos Rosenkrantz a la Corte Suprema”, *Revista Jurídica Austral* 4 (2023), 161.

31 Véase Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, art. 35 (“Las deliberaciones del Tribunal de Justicia serán y permanecerán secretas”) y el art. 36 (“Las sentencias serán motivadas. Mencionarán los nombres de los Jueces que participaron en las deliberaciones”).

32 Michael Kirby, “Judicial Dissent...”, *supra* nota 11, 33.

33 David Pollard, *Sourcebook on French Law* (Nueva York: Cavendish Publishing, 1998), xxvii: “En Francia, la decisión es del tribunal, y no una decisión colectiva de jueces individuales. El tribunal es un órgano colegiado y no hay lugar para disidencias”.

34 Jeffrey S. Lena y Ugo Mattei, *Introduction to Italian Law* (La Haya: Kluwer 2002), 111 (“[A] diferencia de la práctica de los países del *common law*, los votos particulares –ya sean en disidencia o en concurrencia– no se comunican. En otras palabras, las sentencias de segunda instancia se muestran como decisiones unánimes y anónimas del Tribunal”).

35 Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford University Press, 2000), 145.

cesas, que estaban vigentes antes del movimiento codificadorio³⁶. En muchas jurisdicciones del derecho continental, las sentencias de los tribunales superiores se publican sin indicar cómo votó cada juez individual. Suele alegarse que hay un sentido más profundo de colegialidad y que el objetivo es intentar enviar el mensaje de que lo importante es la decisión final del tribunal en sí, independientemente de las particularidades de los jueces individuales. Como sostenía Merryman, “la tendencia es a pensar en el tribunal como una unidad sin cara”³⁷. Algunos hasta han llegado a decir que las disidencias son incompatibles con la tradición jurídica continental de Europa, que equivalen a adoptar derecho extranjero y que pueden derivar en un ejercicio académico sin consecuencias jurídicas³⁸.

Ahora bien, independientemente de que uno esté a favor o en contra de las disidencias, la realidad es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha apartado de la convención general del derecho continental³⁹, y no es inusual que todas las sentencias sobre temas importantes en los que uno o más jueces estén en desacuerdo contengan algo más que solo una decisión colegiada por mayoría. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dicta a) sentencias unánimes, b) sentencias por mayoría, c) sentencias por pluralidad, d) sentencias concurrentes y e) sentencias en disidencia⁴⁰. En este

36 Andrew West *et al.*, *The French Legal System*, 2^a edición (Butterworths, 1998), 59: “

A pesar de que en todos los tribunales superiores hay una pluralidad de jueces, solo hay una sentencia, y no se expresan votos en disidencia. Este enfoque es una consecuencia de la teoría de la unidad; sobre la base de que la ley escrita es una (*la loi est une*), una sentencia dictada aplicando el derecho solo puede expresarse en la forma de una sentencia votada por la mayoría. La práctica se originó en el *Ancien Régime*, en el que la ley escrita era una, como expresión del rey como único legislador; las sentencias de los *Parlements* se expresaban, entonces, de la misma forma”.

37 Merryman, *The Civil Law Tradition...*, supra nota 4, 38.

38 Julia Laffranque, “Dissenting Opinion and Judicial Independence”, *Juridica International* 8 (2003), 163.

39 La Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó a entender en causas en 1863 y la primera disidencia expresamente titulada como tal publicada se remonta a 1877, escrita por el juez Saturnino M. Laspur en la causa XL “D. Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus”, *Fallos*: 10:231 (1877). Sin embargo, seis años antes, en 1871, Salvador María del Carril y Marcelino Ugarte publicaron el primer voto separado en la causa XI “D. José M. Chanfreau y C^a. contra la Provincia de Corrientes, por cobro de pesos”. Aunque el título desorienta, el contenido del voto es una disidencia, así que esta disidencia es anterior a la escrita por Laspur en el caso anterior. Agradezco a Alberto F. Garay por hacerme llegar este comentario. En el artículo original, simplemente había una referencia a la causa XL. Véase, también, Jerónimo Lau Alberdi, “El disidente: a seis años...”, 158.

40 Para acceder a una explicación sobre cómo se distribuyen los casos para su decisión entre los ministros de la Corte, véase Genaro R. Carrió, “Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas)”, *La Ley* (1989).

trabajo solo se analiza y critica la manera en que se redactan las disidencias del máximo tribunal de la República Argentina.

III. Hacer cosas con palabras: el uso performativo del lenguaje

La tesis de este trabajo es una idea muy simple: las disidencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no deberían redactarse con lenguaje performativo. Para llegar a esa conclusión, primero es necesario repasar el concepto de “enunciado performativo” o “performativo” a secas. Debe reconocerse al filósofo británico J.L.Austin el haber acuñado estos términos y describir lo que subyace en ellos⁴¹. Austin estaba convencido de que el fenómeno que describía era extendido y obvio, aunque no se le había prestado mucha atención. Este marco teórico para comprender cómo se usa el lenguaje pasó a conocerse como “teoría del acto de habla”⁴².

Hasta entonces, los filósofos habían asumido que las manifestaciones solo podían *describir* un estado de cosas o *declarar* un hecho, y toda declaración podía ser verdadera o falsa. Pero, decía Austin, hay enunciados que no son verificables y son, en cambio, parte de la realización de una acción⁴³. Por ejemplo, decir “Nombro a este barco *Presidente Frondizi*”, al tiempo que se estrella una botella contra el casco del buque, o decir “Te apuesto cien mil pesos que la Argentina va a ganar la final”. Ninguno de estos enunciados es verdadero o falso, ni describe nada; estos enunciados realizan lo que predicen. Como realizan una acción, Austin propuso el término “performatives” (“performativos”, del inglés *to perform*, es decir, “realizar” o “hacer”)⁴⁴.

Sin embargo, enunciar palabras que generen un cambio en la realidad no es un truco de magia. Siempre es necesario que las circunstancias en torno a las palabras enunciadas sean correctas. Es necesario que el enunciador u otro sujeto también realice otras acciones o incluso enuncie otras palabras. En el ejemplo usado antes, la persona que da nombre al buque

41 John L. Austin, “How to Do Things With Words”, 2^a edición (Cambridge: Harvard University Press, 1975), 1.

42 Para acceder a una explicación de la teoría aplicada a las sentencias judiciales, en especial a los *overrulings*, véase Dunn, “How Judges Overrule...”, *supra* nota 24.

43 Austin, “How to Do Things With Words”, *supra* nota 40, 6.

44 *Ibid.*, 7. Austin justificó la elección de este término por ser el más amplio para todos los enunciados que pueden considerarse performativos. Incluso mencionó que H. L. A. Hart le había dicho que los abogados usaban el término “operative” (operativo) para las cláusulas del instrumento que sirven para efectuar la operación; ese es el principal objeto del instrumento, mientras que el resto “recita” el contexto en el que ocurre la operación. Respecto de la terminología por la que se optó en español, véase la nota 8 *supra*.

debe tener la autoridad correspondiente para hacerlo. Supongamos que el directorio de la sociedad dueña del buque hubiera decidido que la persona que tiraría la botella contra el buque para darle nombre sería el presidente de la sociedad, entonces, no sería posible que el director de finanzas de la sociedad llevara adelante la tarea⁴⁵. Como se verá más abajo, esta consideración es de máxima importancia en el derecho. Respecto de la sustancia de este trabajo, si bien un juez disidente tiene la autoridad para emitir una disidencia y expresar su opinión judicial sobre cómo se debería resolver el caso, el voto singular de ese juez no tendrá valor performativo a menos que tenga el apoyo de la cantidad requerida de jueces colegas (y, en ese caso, se deduce que ya no estaríamos hablando de una disidencia).

En términos de Austin, la disidencia que utilice lenguaje performativo sería un ejemplo de enunciado performativo *desafortunado*. Veamos por qué. Austin describió los requisitos necesarios para que un enunciado performativo funcione de manera fluida o *afortunada*. En otras palabras, ¿qué se necesita para que un supuesto enunciado performativo efectivamente lo sea? La respuesta a esta pregunta en el contexto de las disidencias judiciales, como veremos, es el núcleo de este artículo.

Austin establece seis reglas que deben cumplirse para que un enunciado performativo lo sea:

- A.1. Debe existir un procedimiento convencional aceptado que tenga cierto efecto, que debe incluir la enunciación de ciertas palabras por parte de ciertas personas en ciertas circunstancias; y
- A.2. las personas y circunstancias particulares deben ser las adecuadas para invocar el procedimiento correspondiente.
- B.1. El procedimiento debe ser ejecutado por todos los participantes tanto correctamente como
- B.2. completamente.
- C.1. Si el procedimiento está diseñado para personas que tengan ciertos pensamientos o sentimientos, o para que un participante realice una determinada conducta, entonces la persona que participe e invoque el procedimiento debe efectivamente tener esos pensamientos o sentimientos, y los participantes deben pretender comportarse de ese modo, y también
- C.2. deben comportarse efectivamente así en adelante⁴⁶.

⁴⁵ A menos que, por supuesto, exista una autorización del presidente para delegar sus facultades al director de finanzas, pero asumamos que no es este el caso del ejemplo.

⁴⁶ *Ibid.*, 14-15.

No cumplir alguna de las seis reglas hace que el enunciado sea *desafortunado*⁴⁷. En A y B, si no se cumplen los requisitos, no existe enunciado performativo alguno. En el ejemplo del acto de nombrar el buque, si quien rompe la botella contra el casco del buque no es el presidente de la sociedad, sino un marino sin autorización, su acto –incluso después de haber pronunciado las palabras correctas– no produce efecto alguno. Austin denomina este caso de infortunio *desacuerdo*⁴⁸. En los casos de C, los efectos de no cumplir con los requisitos 1 y 2 no implican la anulación del enunciado performativo. En cambio, se realiza el acto, pero en circunstancias insinceras que hacen del acto un abuso del procedimiento. Un buen ejemplo de C es una promesa falsa. Por ejemplo, Pedro promete transferir el derecho real de dominio sobre un campo a Laura a cambio de USD50.000, pero Pedro sabe que lo venderá por USD75.000 a Roberto. Pedro no tiene intención de respetar su promesa; hizo una promesa, pero es falsa. Este tipo de infortunio es un *abuso* en términos de Austin⁴⁹. La consecuencia de un desacuerdo es que el acto producido es nulo y no surte efectos; la consecuencia de un abuso es que el acto es “hueco” o no consumado. El objeto de este trabajo no es un caso de abuso, sino uno de desacuerdo.

Tanto en el caso de A.1 como de A.2, Austin detecta la *mala apelación* (*misinvocation*) de un procedimiento, porque a) no hay procedimiento o b) el procedimiento no puede hacerse aplicar en el modo pretendido⁵⁰. Cuando existe el procedimiento, pero no puede aplicarse tal como se pretendía, Austin usa la expresión *mala aplicación* (*misapplication*)⁵¹.

La tesis de este artículo es que el juez que redacta una disidencia usando enunciados performativos incurre en el infortunio descripto por Austin como *mala apelación*. Los enunciados performativos de una disidencia no tienen valor operativo alguno: no producen cambios en la realidad. Esto no quiere decir que la disidencia no haga nada; sin dudas tiene valor argumentativo o pedagógico, pero no produce el acto de resolver un caso.

Un ejemplo adaptado a la situación de asignación de nombre al buque ayudará a aclarar el concepto. Si una persona está caminando por el puerto y se topa con el buque que el presidente debe bautizar, pero en vez de esperar al presidente toma la tarea a su cargo y hace estallar la botella contra el casco del buque pronunciando las palabras “Por el presente acto nombro a este buque Presidente Perón”⁵², todos podremos estar de acuerdo en que

47 *Ibid.*, 15.

48 *Ibid.*, 16.

49 *Ibid.*

50 *Ibid.*, 17.

51 *Ibid.*

52 Ejemplo adaptado de *ibid.*, 23.

el buque no ha sido bautizado mediante ese acto. ¿Cómo puede ser? Bueno, incluso si esa persona pronunció las palabras que típicamente se espera que se usen al bautizar un buque, no tenía facultades para enunciar el acto performativo que cambiaría la realidad en ese contexto y circunstancias específicos, es decir, dar nombre al buque.

El ejemplo anterior es muy similar a lo que sucede cuando una disidencia utiliza lenguaje performativo. El juez que redacta una disidencia usando lenguaje performativo actúa como la persona que camina por el puerto y se atribuye la tarea de bautizar el buque del ejemplo de más arriba. Para profundizar esta cuestión, primero tenemos que explorar la naturaleza del trabajo de los tribunales y de los jueces en general.

Los jueces tienen jurisdicción, es decir, la facultad o la autoridad de decir o declarar el derecho (del latín *iurisdictio*)⁵³. Cuando un juez impone una pena contra un acusado, ya sea por escrito u oralmente, la pronunciación o la redacción en papel de las palabras condenatorias constituyen el acto de imposición de la pena⁵⁴. Estas palabras no describen un acto que ocurrió antes; en cambio, modifican la realidad y crean un nuevo estado de cosas. El hombre libre condenado a pena de prisión cambia su estado inmediatamente después de que se pronuncia la pena. Sin embargo, la jurisdicción tiene límites. Los tribunales no pueden entender en cualquier caso; generalmente, un tribunal verá su jurisdicción limitada por la competencia en razón de las personas y la competencia de la materia, entre otras posibles limitaciones.

En los tribunales colegiados, el proyecto de sentencia que tenga la mayor cantidad de votos es el que decide el caso. Si el caso fue decidido por una mayoría absoluta, la sentencia resultante es una sentencia por mayoría. Por ejemplo, si un caso que tramita ante la Corte Suprema de los Estados Unidos desemboca en una división de los jueces en dos lados, y cinco de ellos votan de una determinada manera, y los otros cuatro no están de acuerdo, la visión que prevalecerá será la de la mayoría, es decir, la sentencia escrita por los cinco jueces. Sin embargo, si un voto tiene el apoyo de cuatro jueces y dos redactan un voto concurrente en un determinado sentido, y los restantes tres redactan otro voto concurrente, el voto que prevalece es el que tiene el apoyo de los cuatro jueces iniciales. Aunque el voto por pluralidad será el que decidirá el caso, la fuerza de la sentencia se ve reducida de algún modo, porque no tendría el apoyo de la mayoría absoluta del tribunal. Ya sea que el voto tenga el apoyo de la mayoría o de una pluralidad, esa decisión

53 “Jurisdicción”, *Diccionario de la lengua española*, 3^a ed. [versión 23.8 en línea], <https://dle.rae.es> [Consultado el 19 de mayo de 2025].

54 Decir o escribir “Considero culpable al acusado” es un tipo de performativo denominado “declaración judicativa” (*verdictive*) para Austin. Véase Austin, “How to Do...”, *supra* nota 40, 42-43; véase también Dunn, “How Judges Overrule...”, *supra* nota 24, 502.

será la que decida el caso. Los votos concurrentes se unen a la mayoría o la pluralidad, pero con diferentes argumentos. Podemos decir que en todos estos casos el lenguaje de los jueces es performativo. Cuando una mayoría declara “se revoca la sentencia del tribunal inferior”, por ejemplo, mediante ese mismo enunciado se revoca la sentencia de primera instancia.

Sin embargo, el lenguaje de las disidencias es diferente⁵⁵. Las disidencias no deciden los casos. Como las disidencias no tienen el respaldo de la cantidad necesaria de jueces, no tienen autoridad para decidir un caso. El juez que redacte una disidencia solo puede expresar su opinión sobre cómo debería o podría decidirse el caso, con sus argumentos. Por definición, el lenguaje de las disidencias no puede ser performativo. Como veremos más adelante, las disidencias incluidas en las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos dejan en claro que no resuelven el caso, pero esto no es lo que sucede con las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV. Aplicación práctica

Ahora es momento de aplicar todos los conceptos tratados en este trabajo y ver ejemplos del modo en que se redactan las disidencias en los tribunales de última instancia en la Argentina y en los Estados Unidos. A estos fines, me centraré solo en la parte dispositiva de las sentencias, sin analizar los hechos o asuntos involucrados en cada uno de los casos en cuestión.

Esta es la parte dispositiva de una causa decidida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2018:

55 Otro caso peculiar es el de las “sentencias exhortativas”. En los primeros años del siglo XX, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha incluido exhortaciones a otros poderes del Estado para que tomen medidas a fin de concretizar lo que exige la Constitución, conforme a la interpretación de la propia Corte. Estas exhortaciones a actuar son una relativa innovación en la práctica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto la Corte tradicionalmente ha limitado su papel a decidir el caso en cuestión. Estas exhortaciones pueden percibirse como un exceso en la facultad de resolver casos. Su eficacia como actos de habla se concreta con la exhortación misma, pero su eficacia jurídica depende de la efectiva reacción de los poderes exhortados: pueden hacer caso omiso de la exhortación u observarla. Véase Martín Böhmer, “Una aproximación retórica a las sentencias exhortativas”, *Jurisprudencia Argentina II* (2012), 285 (en que se analiza la sentencia de “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, en la que la Corte “exhortó” al Poder Ejecutivo a que implementara y ejecutara protocolos médicos para abortos autorizados legalmente y al Poder Judicial a que se negara a entender en causas relativas a abortos autorizados legalmente). Véase también Néstor P. Sagüés, “Las sentencias constitucionales exhortativas (‘apelativas’ o ‘con aviso’), y su recepción en Argentina”, *La Ley* (2005), 1461 (en la que se expone una clasificación exhaustiva sobre los tipos de sentencias que dictan los tribunales).

“Por ello, habiendo dictaminado la Procuración General de la Nación, corresponde hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto y, por los fundamentos expuestos, *confirmar la decisión recurrida*. Hágase saber y remítase a los fines de su agregación a los autos principales. Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia). Elena I. Highton de Nolasco. Juan Carlos Maqueda (según su voto). Ricardo Luis Lorenzetti (según su voto). Horacio Rosatti”⁵⁶.

Y así termina la disidencia redactada por el juez Rosenkrantz en el mismo caso:

“Por ello, y oída la señora Procuradora General de la Nación, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, se declara la inconstitucionalidad de los artículos 10, 2º y 3º de la Ley Nº 27.362 y *se revoca la sentencia apelada*. Notifíquese y remítase a fin de que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente”⁵⁷.

El lector que no esté habituado al procedimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se sorprendería al leer este conjunto de disposiciones contradictorias. ¿Cómo es posible que la misma sentencia *confirme* la sentencia de la instancia anterior y, al mismo tiempo, la *revoque*?

Veamos de qué manera lidia con la misma situación una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Este es el encabezado y la parte dispositiva de la sentencia por mayoría de un caso de 1991:

“El JUEZ SCALIA dictó la sentencia de la Corte, a la que adhirieron el presidente de la Corte REHNQUIST y los jueces WHITE, MARSHALL, BLACKMUN, O’CONNOR, KENNEDY y SOUTER. El juez STEVENS dictó una sentencia en disidencia, *post*, p. 500.[...]

Se *revoca* la sentencia del Tribunal de Apelación, y se remite la causa para un procedimiento conforme a esta sentencia. Así se ordena”⁵⁸.

Y esta es la parte pertinente de la disidencia del juez Stevens:

56 *Fallos*: 341:1768 (2018). Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1º –último párrafo– según Ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1º), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5º), inf. art. 144 ter 1º párrafo –según Ley 14.616–, inf. art. 144 ter 2º párrafo –según ley 14.616–, homicidio agravado con ensañamiento - alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146) – texto original del CP Ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor. La cursiva en la cita me pertenece.

57 *Ibid*. La cursiva en la cita me pertenece.

58 *Owen v. Owen*, 500 U.S. 305, 306 (1991).

“Disidencia del JUEZ STEVENS. [...] Así, la cuestión prioritaria en este caso fue resuelta correctamente por el Tribunal de Apelaciones y su sentencia debe-ría ser confirmada. [...] En consecuencia, yo confirmaría la sentencia del Tribu-nal de Apelaciones”⁵⁹.

La disidencia estadounidense es mucho más clara. Incluso quien no sea abogado puede entender con facilidad que algo se ha decidido mediante un voto por mayoría, lo que representa la solución del caso, y algo más se ha dicho en la disidencia. Esa disidencia, independientemente de su conte-nido, no resuelve el caso. La disidencia estadounidense no utiliza lenguaje performativo, sino el lenguaje de la sugerencia. Los verbos modales “would” y “should” transmiten la idea de quien escribe expresa un deseo sobre cómo deberían ser las cosas. Otras maneras típicas de concluir las disidencias en la Corte Suprema de los Estados Unidos son simplemente “I dissent”⁶⁰ (disi-ento), “With all due respect, I dissent”⁶¹ (con el debido respeto, disiento), “I respectfully dissent”⁶² (respetuosamente disiento) o la novedosa “With fear of our democracy, I dissent”⁶³ (con temor por nuestra democracia, disiento).

El juez que redacta una disidencia no tiene autoridad para decidir el caso por sí solo. En tribunales con varios miembros, como ya se explicó, las decisiones se toman por mayoría o pluralidad. La opinión de los jueces en tribunales colegiados solo tiene autoridad si cuenta con el respaldo de una cantidad de colegas suficiente. Por ende, la disidencia no tiene autoridad para generar cambio alguno en la realidad. Las disidencias se ubican dentro de la argumentación y tienen diferentes fines, como se detalla en la sección II de este artículo.

Redactar una disidencia con lenguaje performativo lleva a confusión, especialmente a los estudiantes, que tienen que leer pilas de casos para su formación jurídica. Al leer una sentencia larga –las sentencias importantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación habitualmente lo son–, uno puede olvidarse con facilidad de lo que se dijo diez páginas más arriba. Des-pués de haber leído varias páginas de una sentencia, uno podría estar per-dido respecto de si lo que está leyendo corresponde a la mayoría, a un voto concurrente o a una disidencia. Llegar al final de una disidencia dictada por un juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación solo empeora las cosas, ya que uno podría leer la parte dispositiva de una disidencia como si fuera el voto de la mayoría, lo que podría llevar a entender el caso al revés. Una

59 *Ibid.*

60 *U.S. v. Stanley*, 483 U.S. 669, 708 (1987) (disidencia del juez Brennan).

61 *Simpson v. Georgia*, 450 U.S. 972, 974 (1981) (disidencia del juez White).

62 *Mack v. Oklahoma*, 459 U.S. 900, 901 (1982) (disidencia de la jueza O’Connor).

63 *Trump v. United States*, 603 U.S. ___, 30 (2024) (disidencia de la jueza Sotomayor).

reescritura del ejemplo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sería así: “Por ello, y oída la señora Procuradora General de la Nación, se *debería* hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario, se *debería* declarar la inconstitucionalidad de los artículos 10, 2º y 3º de la Ley Nº 27.362 y se *debería* revocar la sentencia apelada” (las cursivas son mías).

Actualmente, las disidencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación casi siempre se escriben usando lenguaje performativo. No parece que se trate de una opción personal del estilo de los jueces, sino más bien de una práctica sostenida: tradicionalmente todos han escrito las disidencias usando lenguaje performativo. Esta realidad lleva a uno a pensar que estamos frente a una de esas prácticas cuya única razón de ser es la repetición acrítica en el tiempo⁶⁴. Algunos autores han sugerido que el problema con las disidencias va más allá del nivel lingüístico. La manera en que se escriben las disidencias efectivamente revela que no hay verdadero diálogo entre los jueces o, si lo hay, es inferior a los niveles deseables, ya que las sentencias publicadas no dan cuenta de esa interacción. Cuando hay una disidencia, la mayoría no la menciona, y la disidencia, a la vez, no menciona los fundamentos de la mayoría. Este problema se ha dado en conocer como el “diálogo de sordos”⁶⁵. Otra razón posible por la que las disidencias se escriben con lenguaje performativo es que los secretarios letrados de los jueces redactan proyectos de votos esperando que se conviertan en la mayoría, pero cuando

64 Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación también han sido criticadas por una innecesaria proliferación de votos individuales cuando hay una mayoría fracturada. Véase Santiago Legarre, “Mayoría fracturada y precedente horizontal”, *La Ley Suplemento Penal* (2020) (se analiza la compleja red de votos concurrentes y disidentes de *Ramos v. Louisiana* y se compara el enfoque con la manera en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación aborda situaciones similares. Se resalta el valor del modelo estadounidense por promover las diferencias, mientras que el enfoque argentino se muestra como causante de confusión en el lector. Los jueces argentinos reescriben el voto de la mayoría casi literalmente y solo cambian las secciones con las que no están de acuerdo. Todo el proceso lleva a sentencias extremadamente largas que exigen una concentración excesiva para comprenderlas).

65 Alberto F. Garay, “La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes. Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso ‘Montalvo’”, *Jurisprudencia Argentina II* (1991): 870-892, 879: “De la lectura de muchos fallos de la Corte en los que no ha existido unanimidad, es frecuente advertir que tanto la mayoría cuanto la disidencia no refutan recíprocamente sus argumentos. Unos sostienen una posición y el o los restantes otra diferente, pero ninguno de los dos sectores se propone demostrar el error, la inconveniencia o la falta de fundamentación de la posición contraria. Ambas opiniones pueden ser leídas de modo aislado, como si se trataran de actos independientes entre sí, cuando, en realidad, ambas integran una misma sentencia. Estos casos, que no son pocos, son el arquetipo de lo que, a mi modo de ver, no es un debate racional. [...] [S]i un sector ignora lo que dijo el otro, el producto final se parece más a lo que en lenguaje cotidiano llamaríamos una ‘discusión de sordos’ que a un debate racional acerca de la interpretación de la Constitución Nacional”.

eso no es así y el proyecto de voto no logra las adhesiones necesarias y el juez para el que se redactó el voto pretende mantenerse en su posición, este simplemente firma el proyecto que había propuesto su vocalía. En estos supuestos, una buena práctica sería que el proyecto perdedor volviera a la vocalía y que se hicieran las modificaciones lingüísticas necesarias –especialmente, que se elimine el lenguaje performativo– para que la disidencia indique con claridad que se trata de una solución alternativa del caso que habría sido del agrado del juez que la firma.

V. Los argumentos a favor de la claridad en las disidencias desde el lenguaje claro

Otro argumento a favor de que las disidencias no se escriban con lenguaje performativo es el lenguaje claro⁶⁶. Según la Federación Internacional para el Lenguaje Claro⁶⁷, “Una comunicación está en lenguaje claro si su redacción, estructura y diseño tienen la claridad suficiente para permitir a los destinatarios encontrar con facilidad lo que necesitan, comprender lo que encuentran y usar esa información”⁶⁸. Una sentencia judicial debe considerarse un tipo de “comunicación” en el sentido amplio de la palabra a estos efectos. Si bien en una sentencia judicial no hay comunicación bilateral, ya que el tribunal solo transmite la decisión de cómo se decide el caso, constituye comunicación en el sentido de que la sentencia comunica la decisión a las partes⁶⁹.

66 La referencia básica en este tema es Martin Cutts, *Oxford Guide to Plain English*, 4^a edición (Oxford: Oxford University Press, 2013). Para acceder a un panorama general del nacimiento y el desarrollo del lenguaje claro en los Estados Unidos, véase Karen A. Schriver, “Plain Language in the U.S. Gains Momentum: 1940-2015”, *IEEE Transactions on Professional Communication* 60 (2017), 343.

67 Esta federación fue fundada en 2007 y es el resultado de los esfuerzos conjuntos de tres organizaciones preexistentes: Center for Plain Language (Estados Unidos), Clarity International (Reino Unido) y la Plain Language Association International (Canadá). Dado el prestigio de las entidades que forman la Federación y los profesionales que trabajan en ellas, esta definición ha sido muy aceptada como autorizada en los estudios sobre lenguaje claro.

68 Véase International Plain Language Federation, <https://www.iplfederation.org/plain-language/> (visitada por última vez el 20 de mayo de 2025).

69 Véase, por ejemplo, Robert Eagleson, “Judicial decisions: acts of communication”, *Clarity* 71 (2014), 11 (“Al dictar una sentencia comunicamos la ley [...]Dictar una sentencia no es meramente aplicar el derecho a una situación particular, sino también un acto de comunicación para ganar la aceptación de otros”. Véase también Francis Bennion, “Judicial Decisions: a riposte and a retort”, *Clarity* 71 (2014), 14 (se opone al propósito comunicativo de las sentencias judiciales: “El fin es resolver una disputa aplicándole el derecho”). Véase, finalmente, Robert Eagleson, “Judicial Decisions: A Retort”, *Clarity* 71 (2014), 15 (“Como la resolución se basa en el derecho, y no en otro fundamento,

Un abordaje integral desde el punto de vista del lenguaje claro en general y de la redacción de las disidencias en particular exige la adopción de una posición respecto de quiénes son los destinatarios o enunciatarios de las sentencias judiciales. Detectar a los destinatarios en este caso, a su vez, exige recurrir al concepto de géneros discursivos en el derecho. La situación comunicativa no es la misma en todos los textos jurídicos: a estos fines, una ley, un memorando y una sentencia judicial son muy diferentes, por poner solo algunos ejemplos. Cada uno de estos géneros discursivos se inserta en una situación comunicativa específica. La visión que prevalece entre los abogados es que los destinatarios de las sentencias son otros profesionales jurídicos⁷⁰. La estudiosa de la traducción jurídica Susan Šarčević ha sugerido que debería hacerse una diferencia entre los destinatarios directos (funcionarios a cargos de la ejecución de la ley y otros jueces) y los destinatarios indirectos (las partes) de las sentencias judiciales⁷¹. Destaca que el foco puesto en otros jueces como principales destinatarios está vinculado con precedentes que son vinculantes para los mismos tribunales o los inferiores⁷². Otros autores han usado el término “doble voz” para los destinatarios múltiples de las sentencias judiciales y han puesto a las partes al frente⁷³. En todo caso, respecto de las sentencias judiciales, el enfoque de lenguaje claro se centra en las partes o en la ciudadanía en general como principales y últimos destinatarios de estos instrumentos jurídicos⁷⁴. Enfocarse en los

las sentencias declaran el derecho. Los jueces [...] no se limitan a declarar la conclusión, sino que también expresan sus razones, y ven como esencial que la conclusión surja de las razones”.

70 Véase, por ejemplo, Ricardo Lorenzetti, *El arte de hacer justicia* (Buenos Aires: Sudamericana, 2014), 40 (“[E]n la Corte planteamos que las decisiones son un producto profesional, redactado en un lenguaje judicial y dirigidas a abogados”).

71 Susan Šarčević, *New Approach to Legal Translation* (Kluwer Law International, 1997), 60.

72 *Ibid.*

73 Véase John Leubsdorf, “The Structure of Judicial Opinions”, *Minnesota Law Review* 86 (2001), 447: “La doble voz de una sentencia suele dirigirse a audiencias dobles o múltiples. La sentencia se dirige inmediatamente a quienes están interesados en la resolución del caso en cuestión: las partes, sus abogados y los jueces de tribunales inferiores que pueden ser llamados a presidir los procesos. Al mismo tiempo, el juez escribe para quienes usarán la sentencia a fin de determinar y comprender el derecho: abogados cuyos clientes enfrentan problemas jurídicos posiblemente regidos por el precedente, y, más en general, estudiantes, intérpretes y críticos del derecho. Por lo general, las sentencias judiciales no hacen referencia explícita a estas audiencias, de modo que adoptan el tono de una voz desde los cielos, en vez de una voz que habla a los seres humanos. Sin embargo, ocasionalmente un juez se dirigirá más directamente a los abogados, a la comunidad académica o al público en general”.

74 Véase, por ejemplo, Christine Mowat, *A Plain-Language Handbook for Legal Writers*, 2^a edición (Carswell 2015), 28: “Una parte importante de la redacción jurídica se produce solo pensando en los abogados o los tribunales. Un resultado es que las partes del documento se vuelven casi irrelevantes, y se las ignora como si fueran extraños o turistas. Con la redac-

no abogados como principales destinatarios da forma a las estrategias que se usarán para que se comunique con eficacia el mensaje.

Una desventaja adicional de la redacción de las sentencias con lenguaje performativo es la falta de claridad y confusión a la hora de redactar los sumarios, es decir, los resúmenes con las principales disposiciones de la sentencia que suelen publicar las empresas dedicadas a la difusión de sentencias judiciales y otra información jurídica y que se publican en el encabezado de las sentencias. Estos sumarios no suelen ser redactados por los jueces ni sus asistentes, pero muchas veces son usados –incorrectamente– por los profesionales jurídicos cuando invocan un precedente. El error más extremo sería que el profesional del derecho piense que puede extraer la regla de un caso a partir de un sumario y que ese sumario contenga una supuesta regla extraída de una disidencia⁷⁵.

En el mundo del *common law*, el lenguaje claro ha sido considerado un deber para los tribunales en tanto está permitido acudir a ellos sin la obligación de representación letrada⁷⁶. Pero incluso más allá de esta consideración, es posible sostener que, para el lenguaje claro, las decisiones judiciales deben redactarse en términos claros porque los lectores finales son los ciudadanos en general, especialmente las partes que presentaron el caso ante el tribunal.

Sobre la base de la definición de lenguaje claro dada más arriba y suponiendo que es beneficioso que las sentencias judiciales se escriban en términos claros para que puedan comprender hasta quienes no son abogados, uno puede preguntarse si los lectores de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pueden encontrar con facilidad la parte dispositiva de la sentencia mayoritaria y separarla de la disidencia, comprender la disidencia y usar la información correctamente. Es posible asumir que los lectores, incluso los no especialistas, tienen dificultad al tratar de entender el significado de una disidencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la primera vez. Solo después de conocer la práctica de que las disidencias del máximo tribunal de la Argentina se escriben “como si” decidieran el caso pueden comprender cabalmente la naturaleza y el alcance de la disidencia.

ción en lenguaje claro, el nuevo foco en la audiencia permite que los clientes, consumidores o el público lean documentos como participantes activos e informados, o al menos que tengan la opción de hacerlo”.

75 Véase Florencia Ratti Mendaña, “La construcción de una cultura jurídica para el precedente: desafíos y soluciones”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 56 (2023), 185.

76 Véase, por ejemplo, Sean McLernon, “Why Courts Need to Embrace Plain Language”, *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 24 (2017), 381 (se analiza principalmente la pertinencia del lenguaje claro en inglés en los formularios judiciales dirigidos a litigantes sin representación letrada).

Como afirmó Peter Tiersma, “la comprensión puede verse dificultada por rasgos lingüísticos que no sean específicamente jurídicos”⁷⁷. El defecto en la manera de redactar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizado en este trabajo es precisamente un rasgo lingüístico que afecta la comprensión y que no es jurídico por naturaleza.

VI. Conclusión y propuesta

El defecto lingüístico que se estudió en este trabajo puede ser el reflejo de un problema sustantivo más profundo: el hecho de que las disidencias no interactúen con la mayoría revela una falta de diálogo o nivel insuficiente de diálogo entre los jueces. Es muy difícil saber si las disidencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se escriben con lenguaje performativo solo debido a una práctica o porque hay falta de diálogo. Los jueces que redactan disidencias deben poder expresar su desacuerdo con la mayoría y esta expresión debería hacer que los demás jueces revisen sus argumentos. Si no se puede alcanzar un consenso, la disidencia solo servirá para expresar la opinión del disidente, pero también puede ser una herramienta para mejorar los argumentos de la Corte. En todo caso, la disidencia publicada debe reflejar de manera precisa y fiel lo que en verdad realiza: ofrecer una solución alternativa y no vinculante del caso. No hay lugar para el lenguaje performativo en las disidencias.

Emular buenas prácticas de otras tradiciones jurídicas no es un pecado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sigue la estructura del modelo estadounidense, pero una excepción notoria es la forma de redactar las disidencias. De algún modo, este trabajo propone una vuelta a las bases, a las raíces del modelo constitucional y judicial que decidió seguir la Argentina. La Corte Suprema de Justicia de la Nación necesita seguir el modelo estadounidense en cuanto a la redacción de disidencias y debe desechar los performativos en ellas.

Cambiar la manera en que se redactan las disidencias está en manos de los jueces mismos. El uso del lenguaje performativo en las disidencias no se basa en la lógica, en la lingüística ni en el derecho. El cambio puede empezar con un único juez que decida cambiar el estilo de sus decisiones, lo que puede dar lugar a la formación de una tendencia. Descartar los actos performativos de las disidencias reflejará mejor lo que hacen los jueces y comunicará mejor a todas las partes interesadas en leer las sentencias de la Corte lo que los jueces realizan y no realizan con sus palabras.

⁷⁷ Peter M. Tiersma, *Legal Language* (University of Chicago Press, 1999), 203.

Bibliografía

- Austin, John L. *How to Do Things With Words*. 2^a edición. Cambridge: Harvard University Press, 1975.
- Austin, John L. *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*. Tr. Genaro R. Carrió y Eduardo a Rabossi. Buenos Aires: Ediciones Paidós, 1990.
- Bennion, Francis. “Judicial Decisions: a riposte and a retort”. *Clarity* 71, 2014, 14-15.
- Bickel, Alexander M. *Unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis: The Supreme Court at Work*. Cambridge: Harvard University Press, 1957. Böhmer, Martín. “Una aproximación retórica a las sentencias exhortativas”. *Jurisprudencia Argentina* II, 2012, TR LALEY AP/DOC/2106/2012.
- Canons of Judicial Ethics, American Bar Association.
- Carrió, Genaro R. “Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas)”. *La Ley*, 1989, TR LALEY AR/DOC/12581/2001.
- Cutts, Martin *Oxford Guide to Plain English*. 4^a edición. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Eagleson, Robert. “Judicial Decisions: A Retort”. *Clarity* 71, 2014.
- Eagleson, Robert. “Judicial decisions: acts of communication”. *Clarity* 71, 2014.
- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- Garay, Alberto F. “A Doctrine of Precedent in the Making: The Case of the Argentine Supreme Court’s Case Law”. *Southwestern Journal of International Law* 25, 2019, 258-320.
- García-Mansilla, Manuel José y Ricardo Ramírez Calvo. *Las fuentes de la Constitución nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.
- García-Mansilla, Manuel José y Ricardo Ramírez Calvo. *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*. Buenos Aires: Virtudes, 2009.
- Ginsburg, Ruth Bader. “The Role of Dissenting Opinions”. *Minnesota Law Review* 95, 2010, 1-8.
- Goźdź-Roszkowski, Stanisław. “Communicating Dissent in Judicial Opinions: A Comparative, Genre-Based Analysis”. *International Journal for the Semiotics of Law – Revue internationale de Sémiotique juridique* 33, 2020, 381-401.
- Hompluem Dunn, Pintip. “How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis”. *Yale Law Journal* 113, 2003, 523-524.
- Kirby, Michael. “Judicial Dissent – Common Law and Civil Law Traditions”. *Law Quarterly Review* 123, 2007, 379-420.
- Laffranque, Julia. “Dissenting Opinion and Judicial Independence”. *Jurídica International* 8, 2003, 162-172.
- Lau Alberdi, Jerónimo. “El disidente: a seis años de la llegada de Carlos Rosenkrantz a la Corte Suprema”. *Revista Jurídica Austral* 4, 2023, 147-205.
- Legarre, Santiago. “Mayoría fracturada y precedente horizontal”. *La Ley Suplemento Penal*, 2020, TR LALEY AR/DOC/1942/2020.
- Legarre, Santiago y Christopher R. Handy. “A Civil Law State in a Common Law Nation, a Civil Law Nation with a Common Law Touch: Judicial Review and Precedent in Louisiana and Argentina”. *Tulane Law Review* 95, 2021, 445-486.

- Lena, Jeffrey S. y Ugo Mattei. *Introduction to Italian Law*. La Haya: Kluwer, 2002.
- Leubsdorf, John. "The Structure of Judicial Opinions". *Minnesota Law Review* 86, 2001, 447-496.
- Lorenzetti, Ricardo. *El arte de hacer justicia*. Buenos Aires: Sudamericana, 2014.
- McLernon, Sean. "Why Courts Need to Embrace Plain Language". *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 24, 2017, 381-398.
- Méndez Calzada, Luis. *La función judicial en las primeras épocas de la Independencia. Estudio sobre la formación evolutiva del Poder Judicial argentino*. Buenos Aires, Editorial Losada, 1944.
- Merryman, John Henry. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 2^a edición. Stanford University Press, 1984.
- Mowat, Christine. *A Plain-Language Handbook for Legal Writers*. 2^a edición. Carswell 2015.
- Musmanno, Michael A. "The Value of Dissenting Opinions". *Pennsylvania Bar Association Quarterly* 29, 1958, 268-275.
- Pollard, David. *Sourcebook on French Law*. Nueva York, Cavendish Publishing, 1998.
- Ratti Mendaña, Florencia. "La construcción de una cultura jurídica para el precedente: desafíos y soluciones". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 56, 2023, 177-210.
- Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, *Diccionario de la lengua española* [versión 23.8 en línea]. <https://dle.rae.es>.
- Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, *Glosario de términos gramaticales* [versión 1.0 en línea]. <https://www.rae.es/gtg>.
- Sagüés, Néstor P. "Las sentencias constitucionales exhortativas ('apelativas' o 'con aviso'), y su recepción en Argentina". *La Ley*, 2005, TR LALEY AR/DOC/3252/2005.
- Sanders, Joe W. "The Role of Dissenting Opinions in Louisiana". *Louisiana Law Review* 23, 1963, 673-679.
- Šarčević, Susan. *New Approach to Legal Translation*. Kluwer Law International, 1997.
- Scalia, Christopher J. y Edward Whelan (eds.). *Scalia Speaks: Reflections on Law, Faith, and Life Well Lived*. Nueva York: Crown Forum, 2017.
- Schrivener, Karen A. "Plain Language in the U.S. Gains Momentum: 1940-2015". *IEEE Transactions on Professional Communication* 60, 2017, 343-383.
- Shapiro, Martin. "Judges As Liars". *Harvard Journal of Law & Public Policy* 17, 1994, 155-156.
- Simmons, Robert G. "The Use and Abuse of Dissenting Opinions". *Louisiana Law Review* 16, 1956, 497-499.
- Stone, Harlan F. "Dissenting Opinions Are Not Without Value". *Journal of the American Judicature* 26, 1942, 78.
- Stone Sweet, Alec. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, 2000.
- Tiersma, Peter M. *Legal Language*. University of Chicago Press, 1999.
- West, Andrew, Yvon Desdevives, Alain Fenet, Dominique Gaurier, Marie-Clet Heussaff, Bruno Lévy. *The French Legal System*. 2^a edición. Butterworths, 1998.

ZoBell, Karl M. "Division of Opinion in the Supreme Court: A History of Judicial Disintegration". *Cornell Law Quarterly* 44, 1958-1959, 186-214.

Jurisprudencia

Causa XL "D. Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus", *Fallos*: 10:231 (1877).
Fallos: 19:241 (1877).

Causa XI "D. José M. Chanfreau y Ca. contra la Provincia de Corrientes, por cobro de pesos". *Fallos*: 10:59 (1871).

Fallos: 341:1768 (2018). Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1º –último párrafo– según Ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1º), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5º), inf. art. 144 ter 1º párrafo –según Ley 14.616–, inf. art. 144 ter 2º párrafo –según Ley 14.616–, homicidiogravado con ensañamiento - alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146) – texto original del CP Ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor.

Mack v. Oklahoma, 459 U.S. 900, 901 (1982).

Miami Corp. v. State, 186 La. 784, 173 So. 315, 333 (1936).

Owen v. Owen, 500 U.S. 305, 306 (1991).

U.S. v. Stanley, 483 U.S. 669, 708 (1987).

Simpson v. Georgia, 450 U.S. 972, 974 (1981).

Simms & Wise v. Slacum, 3 Cranch 300, 2 L.Ed. 446 (1806).

Trump v. United States, 603 U.S. ___, 30 (2024).