

## UN FALLO TESTIMONIAL\*

### A TESTIMONIAL JUDGMENT

*María de las Mercedes Suarez \*\**

**Resumen:** Es función natural de la jurisprudencia establecer el significado de los términos de la ley. Por tanto la jurisprudencia es a la ley, lo que el habla es a la lengua. El ejercicio de la jurisdicción es un mecanismo habitual de manipulación, de autoridad en el uso de la palabra, manejo compulsivo de las representaciones del mundo, de significaciones en permanente movimiento.

La particularidad legislativa de insertar expresiones anfibológicas, amplía los márgenes de discrecionalidad frente a la eventualidad interpretativa. En tales contingencias la jurisprudencia como especie discursiva, no sólo debe *fixar los alcances del significante*, sino que también debe *crearlo*, -función no natural o impropia- dado a que el sistema genera *conceptos vacíos*, esto es, carentes de significación en el lenguaje natural. En estas circunstancias, el juez asume sin delegación legal (constitucional) la facultad legislativa, que le está republicana-mente prohibida.

Incluir entre las “razones de interés público” los casos “en los que se observa una reiteración de conductas agresivas y se percibe un acusado riesgo de que se produzcan nuevos hechos, de gravedad ascendente”, es extender el significado de la expresión más allá del límite hasta donde es posible la comunicación.

**Palabras-clave:** Violencia familiar - Violencia de género - Interés público - Discurso jurídico.

---

\* Nota al Auto interlocutorio n° 5, año: 2014 Tomo: 1 Folio: 7-9 Expte. 1273079 - Srio. N° 1905/12, U.J. 20 (J. R.).

\*\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, título otorgado por la Facultad de Derecho de la UNC, Docente Derecho Penal I, Facultad de Derecho UNC; Directora de la Diplomatura en Violencia Familiar, Secretaría de Posgrado, Facultad de Derecho UNC, Directora del Seminario de Textos jurídicos, Facultad de Derecho UNC, Funcionario público del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Dirección de contacto suarezmariadelasmercedes@hotmail.com.

**Abstract:** It's natural function of jurisprudence set the significant terms of the law. Therefore jurisprudence is for law, what talk is to speech. Jurisdiction is a common mechanism for handling, authority on the use of the word, compulsive use of representations of the world, meanings in permanent movements.

The legislative peculiarity of insert confused expressions, expands the scope of discretion, in the interpretive event. In such contingencies jurisprudence as a discursive kind, should not only set the scope of the signifier, but must also create it, -no natural or improper function- because the system generates empty concepts, that is, without meaning in natural language. In in this cases judge assumes without legal (constitutional) delegation, legislative power, democratically prohibited.

Include among the "public interest" case "in which it is observed a reiteration of aggressive behavior and a marked risk of occurrence is perceived a marked risk of new facts, of increasing severity", is to extend the meaning of expression beyond the limit to where communication is possible.

**Keywords:** Family violence - GBV - Public interest - Legal discourse.

Desde una perspectiva semiótica del derecho en tanto proceso discursivo, podemos decir que la jurisprudencia -en un sistema republicano- es uno de los lenguajes de lo jurídico, una de sus manifestaciones (junto al lenguaje legislativo y administrativo) y en tal sentido la lengua es al habla, lo que la jurisprudencia es a la ley, vale decir, ésta -la ley-, señala los *significantes* de lo jurídico, mientras que la otra -la jurisprudencia- es la que aporta el *significado* a los términos de la ley.

Significante y significado son los ejes del signo lingüístico soussureano. El *significante* viene dado por convención y sólo por ese medio se puede modificar; en el ámbito de la lengua es tarea de la Real Academia Española; en el sistema jurídico la ley sólo puede ser modificada por otra ley, fruto del trabajo legislativo en sus distintas instancias.

En cambio el *significado* de las palabras, de las expresiones resulta del *uso individual* de la lengua, es el alcance del término que deriva de una singular representación del mundo. En tal sentido los significados se estiran, adecuan, moldean hasta el límite en que es posible la comunicación; más allá de eso sólo hay ruido. Así por ejemplo, cuando alguien dice: "él sabía venir los viernes", entendemos que quiso decir: "él solía venir los viernes", porque por razones de uso, se ha generalizado la sustitución del verbo soler por el de saber. En cambio si decimos: "él supía venir los viernes", la comunicación deja de ser posible porque "supía" es una expresión inexistente y por tal razón no es posible asignarle ningún significado. Otro tanto así sucede con el derecho, según veremos más adelante.

En este orden de ideas resulta de prioritaria importancia destacar que *lo jurídico* es básicamente *un lenguaje*, vale decir, un sistema de comunicación estructurado, para el cual existe un contexto de uso y ciertos principios combinatorios formales.

Luego, un primer *análisis* de corte **jurídico-discursivo** de la Resolución n° 5 de la Excma. Cámara de Acusación -“Srio. N° 1905/12 U.J. 20 (J. R.)”- faculta a decir que, como que es jurisprudencia (el habla del derecho), el fallo tiene el objetivo de establecer el *significado* del inc. 2º, artículo 72 del Código Penal, más concretamente aún, del sintagma “razones de interés público”.

La expresión en cuestión está en la norma que transcribimos a continuación:

“Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1º) Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.

2º) Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público”.

La fuente directa de esta disposición en su versión actual -no la que tenía en el Código de 1921, acorde en parte al art. 141 del Código de 1886 (1)-, proviene de la reforma introducida por la Ley 17.567 (2). Sin embargo, en el mensaje que acompañó la elevación del proyecto al Poder Ejecutivo, nada dicen los autores (Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra, Eduardo Aguirre Obarrio) sobre el concepto de “razones de seguridad o interés público”.

En su obra “Derecho Penal argentino” al respecto Soler señala: “De estas disposiciones es de la mayor importancia práctica la del inc. 3º (actual inciso 2º). En realidad, ésa es tal vez la única manera de resolver el problema práctico que plantea la creciente estadística de los hechos culposos de lesiones. No debe, sin embargo, dejarse de considerar los casos en los cuales concurren en el hecho razones de seguridad o interés públicos, como, por ejemplo, cuando las lesiones son causadas por un agente de la fuerza pública o por un conductor de transporte público” (3).

El autor del proyecto se pronuncia sobre el alcance de la expresión “razones de seguridad o interés público” vinculándola concretamente a tres circunstancias

---

(1) “No se procederá a formar causa por los delitos expresados en el presente Título (Delitos contra la honestidad), sino por acusación o denuncia de la interesada o de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito. Si el delito se cometiere contra una impúber que no tenga padres ni guardador, puede acusar cualquiera del pueblo o procederse de oficio; lo mismo que en el caso de que el delito fuese cometido por su ascendiente, tutor o por cualquiera persona encargada de la guarda de la menor”.

(2) Del 06/12/1967; B.O. 12/01/1968.

(3) SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, actualizado por Guillermo J. Fierro, Ed. Tea, Buenos Aires, República Argentina, 1992, Tomo II, p. 533.

puntuales: a) los hechos culposos; b) las lesiones causadas por un agente de la fuerza pública y/o c) por un conductor de transporte público.

Pero hemos dicho también que en el habla (jurisprudencia) los significados se estiran o modifican hasta el límite en que no es posible la comunicación y que después sólo hay *ruido*. En efecto, el tribunal estiró el significado de las “razones de interés público” al punto de vincularlo con la “Convención de Belém Do Pará”, “que busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”; por eso la resolución que comentamos causó *ruido*, porque interrumpió el proceso comunicativo. El enunciado transmite una representación del mundo que no es compatible con la que, sobre el mismo aspecto, posee la comunidad jurídico-discursiva a la cual pertenecemos.

Pero para comprender el pábulo de estas articulaciones debemos identificar los perfiles del discurso jurídico-jurisdiccional. Éste (para distinguirlo del administrativo y del parlamentario) presenta caracteres bien particularizados; es un discurso *social; absoluto; hegemónico; controlado; ritual; verdadero; escrito, institucionalizado, dialogal y dialógico; narrativo-argumentativo*. El análisis realizado hasta este tramo de la resolución en estudio pone de manifiesto dos de sus rasgos distintivos, esto es, discurso *absoluto* y *verdadero*.

Este fallo responde al rasgo de *discurso absoluto*, porque como toda resolución jurisdiccional, está dotado de efecto ideológico: “Cuando describe su objeto -señala Verón- no hace explícito el hecho de que lo describe desde un punto de vista determinado (vale decir, sometido a determinadas condiciones de producción), sino, por el contrario, su descripción se presenta como la *única posible* [...]. *El efecto ideológico es la condición de producción de la creencia* (4). Refleja una convicción sobre algo, que es presentada como el modo correcto, pertinente, apropiado, adecuado de interpretar o representar ese algo. Determina la significación de los términos de la ley, aportando criterios de valoración y modos de interpretación.

En este orden de ideas Olvera López sostiene: “El juez ha de justificar su decisión para legitimar su posición institucional, así como la de la propia sentencia concreta, pues el Poder Judicial carecería de sentido si la sentencia no fuera correcta, al menos la más correcta dentro de las posibles. Lo que explica el hecho de que las sentencias nunca argumentan con vacilaciones, su texto es o al menos pretende ser congruente, sin reflejar las dudas que todo juez ha tenido inevitablemente antes de la decisión o aún en el proceso de decisión” (5).

El decir jurisdiccional, no es un decir sometible a consideración; es un decir que prescinde del *alter ego* para formular sus definiciones. Por tanto, la dialogicidad que presenta el proceso (procedimiento) como característica, es sólo aparen-

(4) VERON, Eliseo. “Discurso poder, poder del discurso”, en *Anais do Primer Coloquio de Semiótica*. Loyola, Río de Janeiro, Brasil, 1980, pp. 92 y 93.

(5) Ver OLVERA LOPEZ, Juan José. “El lenguaje de las sentencias y el derecho a la información” en [http://www.poder-judicial-bc.gob.mx/admonjus/n23/AJ23\\_008.htm](http://www.poder-judicial-bc.gob.mx/admonjus/n23/AJ23_008.htm)

te, ya que sus definiciones-decisiones, se van convalidando en las distintas instancias por acuerdos previos de *política judicial*.

Angenot lo ha descrito así también como *egocéntrico* y *etnocéntrico* “desde que se erige como enunciador legítimo de una alocución distintiva, identitaria, selectiva, produciendo los medios de discriminación y de distinción, de legitimidad y de ilegitimidad, que vuelve co-pensables diversos ideogramas surgidos de lugares diferentes y que no tienen las mismas funciones: Si para una doxa dada lo que se dice de los criminales, de los alcohólicos, de las mujeres, de los negros, de los obreros y de otros salvajes termina por tomar un aire de familia, es porque esos enunciados se vuelven tanto más eficaces cuando se validan por analogía” (6).

Del discurso jurídico en tanto *lenguaje*, destaca García Marcos comentando a Grewendorf: “se situaría en las antípodas de ese igualitarismo comunicativo que reivindican, desde el momento en que emana del poder político, en que está formulado de manera críptica, en que refleja la ideología dominante y en que, por último, sólo es accesible a un sector profesionalmente especializado. De ese modo, no vacilan en considerarlo uno de los contraejemplos más palmarios a esa comunidad ideal, extensa y uniforme en el uso de una lengua común; más aún, constituiría un exponente indiscutible de recurso lingüístico antidemocrático por excelencia. El problema que plantean es realmente arduo, en la medida en que no estamos abordando solo una actuación lingüística -expresa el citado autor- sino uno de los ejes cardinales de la vida social. De la antidemocracia del lenguaje empleado por el aparato judicial se sigue, de manera inmediata y fulminante, la de su ejercicio y, por consiguiente, se cuestiona seriamente uno de los grandes pilares que sostienen los sistemas democráticos y, en último término, a estos mismos. Las barreras lingüísticas que introduciría el lenguaje jurídico, por tanto, proceden de la disonancia entre su origen, una casta especializada, y su destino social, la sociedad en su conjunto. Desde el momento en que ha de servir al conjunto del cuerpo social, el sesgo tecnocrático de su origen introduce un desequilibrio que supone un ejercicio de poder desde quien lo ejerce y lo conoce” (7).

El fallo que comentamos se identifica también con el rasgo de *discurso verdadero* porque “en general -como señala Frutos- podemos partir de la presunción de que está soportado por una estructura modal veridictiva, es decir, que lo presenta como verdadero, razón por la cual debe ser aceptado. El contrato fiduciario entre locutor y destinatario implica un hacer persuasivo de parte del locutor y un hacer interpretativo de parte del destinatario. Así, el tipo de representación del hacer persuasivo del locutor es tan relevante como los valores en juego. Hay un direccionamiento de un saber (verdad) hacia el destinatario. Porque, además, existe un conjunto de operaciones destinadas al re-envío a un saber reconocido. Lo

(6) ANGENOT, Marc. “El discurso social. Problemática de conjunto” en *Un état du discours social*, traducción Alejandro Gay y Gabriela Weller, Québec, Canadá, 1989, p. 14.

(7) GARCÍA MARCOS, Francisco J. “Lingüística y derecho”, en *Estudios de Lingüística*, nº 18, Alicante, Universidad de Alicante, España, 2004, p. 69.

importante en la descripción que proponemos -orientada al conocimiento de las propiedades específicas del discurso jurídico- no es tanto esta información sino la modalización de esa información, realizada según la modalidad del saber (“...me permito acotar que, como se sabe...”)(8).

“Este manejo de las creencias -sostiene Kozicki- supone una creencia pivote, el *mito fundador*, “... la mítica *encarnación de la ley...*”, la encarnación de la Ley en la persona del Pontífice, sustituto del Ausente, del Gran Otro. Es el mito que hace “...la fuerza atractiva de la lógica...” [...] Y es en nombre del Ausente, y sólo en su nombre, que el Pontífice, Doctor de los doctores, dice el Derecho y los doctores-legistas lo comentan y lo transmiten. Así se aseguran sumisión y censura, amor del Jefe y del Censor. Resulta una clara ilustración de este mito fundador, en tanto ilusión del eje del sistema de creencias, el aforismo *omnia scrinia habet in pectore suo* (él tiene todos los archivos en su pecho); los archivos, la regla escrita, se encuentran incorporados, tragados, almacenados en el pecho del Pontífice, en su corazón (sede del amor en la tradición latina) “antes de ser divinamente promulgados por la boca”. La legalidad del sistema supone una lógica cuya matriz está constituida por esa creencia mayor” (9).

Al respecto destaca Foucault, “uno de los supuestos más inmediatos y radicales de cualquier discurso judicial, político, crítico es que existe una pertenencia esencial entre el enunciado de la verdad y la práctica de la justicia. Ahora bien, resulta que, en el punto en que se encuentran la institución destinada a reglar la justicia, por una parte y las instituciones calificadas para enunciar la verdad, por la otra, en el punto, más brevemente, en que se encuentran el Tribunal y el sabio, donde se cruzan la institución judicial y el saber médico o científicos en general, en ese punto se formulan enunciados que tienen el status de discursos verdaderos, que poseen efectos judiciales considerables y que tienen, sin embargo, la curiosa propiedad de ser ajenos a todas las reglas, aún las más elementales de formación de un discurso científico; de ser ajenos también a las reglas del derecho y [...] grotescos en sentido estricto [...] Creo que existe una categoría precisa, sostiene Foucault, en todo caso, habría que definir una categoría precisa del análisis histórico político que sería la de grotesco o ubuesco. El terror ubuesco, la soberanía grotesca o, en otros términos más austeros la maximización de los efectos de poder a partir de la descalificación de quien los produce: esto, creo, no es un accidente en la historia del poder, no es una avería de la mecánica. Me parece -reflexiona el autor que comentamos- que es uno de los engranajes que forma parte inherente de los mecanismos del poder [...] El grotesco es uno de los procedimientos esenciales de la soberanía arbitraria. Pero como sabrán, también es un procedimiento

(8) FRUTOS, Susana. “Apuntes para el estudio semiótico del discurso jurídico” en *La Trama de la Comunicación*, Vol. 9, Anuario del Departamento de Ciencias de la Comunicación. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario, República Argentina, 2004, p. 5.

(9) KOZICKI, Enrique A. “Discurso jurídico y discurso psicoanalítico - El derecho como texto sin sujeto”, en *El discurso jurídico - Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Ed. Hachette, Buenos Aires, República Argentina, 1982, p. 27.

inherente a la burocracia aplicada. El hecho de que la maquinaria administrativa, con sus efectos de poder insoslayables, pase por el funcionario mediocre, inútil, imbécil, peculiar, ridículo, raído, pobre, impotente, todo eso, fue uno de los rasgos esenciales de las grandes burocracias occidentales del siglo XIX. [...] Me parece -señala el citado autor- que desde la soberanía infame hasta la autoridad ridícula, están todos los grados de lo que podría llamarse “la indignidad del poder” (10).

Para Warat “el pensamiento crítico [del derecho] puede presentarse como una tentativa epistemológica diferente. En esta perspectiva, el saber crítico intenta establecer una nueva formulación epistemológica sobre el saber jurídico institucionalmente sacralizado. Tentativa ésta que se asienta en un tipo de control epistémico, claramente diferenciado de las cuestiones y soluciones dadas por la tradición epistemológica de las ciencias sociales. Esta tradición es difusa y parcialmente denominada por el quehacer teórico del derecho. Creemos que, en principio, la crítica del derecho, vista como un dislocamiento epistémico, puede concretarse a partir del reconocimiento de los límites silenciosos y funciones políticas de la epistemología jurídica oficial (institucionalizada). De ese modo, se intenta ya explicar el sentido político de la normatividad, que la epistemología clásica instaura, cuando juzga sobre la cientificidad de los discursos, que los juristas elaboran en nombre de la verdad. Es importante resaltar -dice Warat- que el dislocamiento epistemológico no debe ser realizado ni por la supremacía de la razón sobre la experiencia, ni tampoco de la experiencia sobre la razón, sino más bien, por el primado de la política sobre ambas. Por lo tanto, el análisis de las verdades jurídicas exige la explicitación de las relaciones de fuerza, que forman dominios de conocimiento y sujetos como efectos del poder y del propio conocimiento. La ortodoxia epistemológica del derecho no realiza el análisis arriba referido, ya que está preocupada -como el resto de la epistemología de las ciencias sociales- con el encuadre lógico referencial de los discursos producidos en nombre de la ciencia. Con eso, aliena el conocimiento científico en su expresión material como acontecimiento significativo, políticamente determinado. Así, la ortodoxia epistemológica reduce las significaciones a conceptos. Se trata de un esfuerzo en el terreno conceptual, que trata de colocar fuera de la política, y en forma indudable, el discurso jurídico. En suma -concluye el citado autor- el paso decisivo para la elaboración de un discurso crítico será dado, primero: por la sustitución del control conceptual por la comprensión del sistema de significaciones; segundo: por la introducción de la temática del poder, como forma de explicación del poder social de las significaciones, proclamadas científicas (11).

Retomando la discursividad emergente de la resolución en análisis, podemos precisar que, de acuerdo a la conceptualización formulada por el enunciador, median razones de interés público y que consecuentemente procede la actuación oficiosa de la ley penal en aquellos casos “*en los que se observa una reiteración*”

(10) FOUCAULT, Michel. *Los anormales, Cours au Collège de France (1974-1975)*, Akal, Madrid, España, 2001, pp. 22/24.

(11) Ver WARAT, Luis Alberto. “El saber crítico del derecho y un punto de partida para una epistemología de las significaciones”, 1990, en <http://www.uaz.edu.mx/vinculo/webrvj/rev2-8.htm>

*de conductas agresivas y se percibe un acusado riesgo de que se produzcan nuevos hechos, de gravedad ascendente”.*

La definición emplea la expresión “*se observa*”. Se trata de una pasiva con *se*. La voz pasiva es una construcción o conjugación verbal por la cual se presenta al sujeto activo como pasivo, mientras que la acción ejecutada por el verbo es desempeñada por un complemento y no por el sujeto agente del verbo en voz activa. Entonces la expresión “*se observa*”, no explicita a cargo de quién queda desarrollar la acción indicada por el verbo. Para ser más concretos ¿quién observa o debe observar, la autoridad jurisdiccional o la autoridad administrativa, que es la primera en tomar conocimiento del hecho? Se ha elidido al sujeto agente.

Luego continúa: “...*una reiteración...*”. Reiteración deviene de la acción o efecto de reiterar. A su vez *reiterar* es un verbo que implica volver a hacer algo. La pregunta es: ¿En qué lapso se debe producir esa reiteración para ser considerado un caso de interés público? ¿Una semana, un mes, un año, dos años? Evidentemente la definición no fija un límite temporal en el cual deba producirse la reiteración para ser considerada *de interés público*.

A continuación el enunciador alude a “...conductas agresivas...” El diccionario de la RAE le asigna tres acepciones al adjetivo:

1. Dicho de una persona o de un animal: Que tiende a la violencia.
2. Propenso a faltar al respeto, a ofender o a provocar a los demás.
3. Que implica provocación o ataque.

De modo que “lo agresivo” puede ser tanto un dicho, como un ataque; espectro muy amplio para individualizar conductas.

Continúa el enunciador diciendo: “...*y se percibe un acusado riesgo de que se produzcan nuevos hechos...*”

Retoma el uso de la voz pasiva para el verbo percibir, de modo que no individualiza al titular de la acción.

Luego, “acusado” es un adjetivo al cual la RAE concede tres acepciones, de las cuales en este caso corresponde la primera: “Dicho de una cosa: Cuya condición destaca de lo normal y se hace manifiestamente perceptible”.

Asimismo la eventualidad de la producción de nuevos hechos, es algo sujeto a cualquier contingencia y por lo tanto impredecible. Por lo tanto con el agregado de la condición de que sean “...*de gravedad ascendente*”, no gana en claridad la definición, porque sea cual fuere la entidad de los hechos que pueden eventualmente acontecer, no cambia su calidad de contingentes.

Entonces, de acuerdo a la definición, median razones de interés público *cuan-*  
*do alguien observa la reiteración a lo largo de un tiempo no determinado, de ac-*

*ciones que varían de un dicho a un ataque y perciba un riesgo perceptible de que se produzcan nuevos hechos de gravedad ascendente.*

Como podemos observar, el significado asignado por el enunciador, transformó la expresión “razones de interés público”, en un término vago e impreciso. Forzoso es destacar al mismo tiempo, que este no es un hecho aislado y poco frecuente. Se trata contrariamente, es un mecanismo habitual de manipulación, de autoridad en el ejercicio del uso de la palabra, de un manejo compulsivo de las representaciones del mundo. Por la naturaleza singular de su proceso discursivo, de movilización permanente de significados, el discurso jurídico está sobrepoblado de modos de expresión que caracterizan al argot forense, como constituyente de las prácticas de la comunidad jurídico-discursiva. Instituye la glosolalia de una elite que administra las significaciones, que regla las condiciones de aplicación y sanciona sus inobservancias (nomofilaquia).

Esa particularidad legislativa, vale decir, la de insertar en la ley de expresiones anfibológicas amplía los márgenes de discrecionalidad frente a la eventualidad interpretativa. En tales contingencias la jurisprudencia como especie discursiva, no sólo debe *fixar los alcances del significante* mediante el proceso de adecuación de la norma al caso concreto -respondiendo a la función que le es natural o propia-, sino que debe también *crear el significante*, -función no natural o impropia- dado a que el sistema genera *conceptos vacíos*, esto es, carentes de significación en el lenguaje natural. En esas ocasiones el juez no puede aplicar el derecho sin previamente crearlo; asume sin delegación legal (constitucional) la facultad legislativa, que le está republicanamente prohibida. Si a ello sumamos que un volumen significativo de los términos del sistema jurídico no es trasladable, trocable, mutable de manera directa al lenguaje natural, podemos concluir que el principio de separación de poderes, tal como idealizó Montesquieu, está seriamente comprometido.

Al respecto señala Ducrot: “Si nos atenemos a la última etapa de la teoría de las gramáticas generativas, la descripción de una lengua debe ser concebida como una especie de máquina que debería ser capaz, entre otras competencias, de hacer corresponder una interpretación, es decir, una descripción semántica, a cada enunciado de la lengua objeto de descripción” (12).

Ese potencial *-debería-* al que alude Ducrot, le viene de perlas al derecho, porque parece haber encontrado en esa deficiencia, su mecanismo de autoregulación, autoreferenciación.

En este sentido, la descripción jurisdiccional del término que estamos tratando, al igual que el de la sana crítica racional y el de muchas otras expresiones frecuentes en el léxico jurídico, carece de las precisiones necesarias, para su específica individualización, razón por la cual es absolutamente imperioso establecer un acuerdo respecto a los niveles de lenguaje, para evitar desajustes técnicos, ambi-

---

(12) DUCROT, Oswald. *El decir y lo dicho*, versión castellana de Sara Vasallo, Ed. Hachette, Buenos Aires, República Argentina, 1984, p. 11.

güedades y fundamentalmente para evitar que el sintagma del que se trate, adopte el *valor discursivo* que coyunturalmente el enunciador necesite para fundar su resolución, sin sujeción a reglas o pautas regulares, ni regulables.

A su vez, la resolución inmediatamente antes de conceptualizar las condiciones que transforman un hecho de violencia familiar, en una cuestión de interés público, establece su propia reconvencción cuando previene: “*no todo caso de lesiones leves en un marco de violencia familiar, habilita la actuación de oficio*”. Sin embargo tal limitación no tiene posibilidad de lograr el objetivo que se propone, dada la ambigüedad de la definición formulada. Esto es así porque la resolución crea puntos de tensión entre dos aspectos cardinales del sistema penal: por un lado la facultad de disponer del ejercicio de la acción y por el otro, el interés del estado. De ello resulta que frente a futuras y eventuales interpretaciones, *cualquier conducta* podrá ser considerada “de interés público” (13), porque en la contingencia, la autoridad administrativa deberá actuar de oficio *en todos los casos*, quedando a la vigilia de una decisión en sentido contrario. En efecto, este precedente, jalona el modo de interpretar y aplicar la ley, precisamente por el carácter *controlado* del discurso jurídico, rasgo que deriva de su mecanismo discursivo: La aplicación concreta de una ley, genera la formulación de *casos*. Los *casos* son los *hechos* (sucesos, acontecimientos) de la realidad material sometidos a la aplicación de una norma jurídica particular. Cuando el caso ha quedado subsumido a la norma -interpretación mediante- tenemos el *exemplum*, es decir la *sentencia*, el fallo, que expone la norma o la encarna y busca clausurar el sentido.

Luego, la sistematización pacífica y ordenada de *exemplums* en sentido unidireccional constituye *jurisprudencia*, vale decir, la aplicación de una ley general y abstracta a un caso particular y concreto. De allí entonces que la estabilización de la jurisprudencia respecto de aspectos puntuales, se denomina en el argot judicial *sentar jurisprudencia*, que equivale a dar cuenta de la existencia de decisiones tomadas por un Tribunal y que tornan “innecesaria” su reconsideración. Esto no es más ni menos que otro mecanismo de control en virtud del cual las partes desisten de interponer recursos en contra de ciertas resoluciones jurisdiccionales, por razones de “economía procesal”, ya que se conoce el *criterio* del Tribunal *ad quem* y advierten en consecuencia como habrá de fallar al respecto. Tal principio implica la clausura de vastos campos discursivos, que se solidifican en el espacio social, en atención a ese infranqueable pensamiento encriptado, unificado y estable, también llamado “seguridad jurídica”.

De tal modo, una vez que un Tribunal de Alzada, como es el del caso que nos ocupa, se pronuncia sobre un aspecto concreto *sentando jurisprudencia*, el discurso jurídico jurisdiccional se cristaliza sumándose a la ley como un catálogo jerarquizado de posibilidades con respuestas acotadas; la jurisprudencia se integra a la ley como una casuística mayor, que *completa* las disposiciones normativas. De allí en más las resoluciones subsiguientes toman aire de familia y se reproducen

---

(13) Ya vimos que el rango de posibilidades es bastante amplio y que van desde un dicho a un ataque.

como un juego de espejos. Esa razón justifica nuestro recelo respecto a la factibilidad de que la caución “*no todo caso de lesiones leves en un marco de violencia familiar, habilita la actuación de oficio*”, tenga la eficacia que propicia.

Consideramos asimismo que la atribución de significación a las “razones de interés público” es parte de la *illusio*, es decir, de ese juego de manos por el cual el juez, ejerce violencia simbólica, consistente en *hacer aparecer* como *ajustadas a derecho* expresiones (sintagmas), proposiciones, normas, que dependen en gran parte de la decisión de quienes las enuncian, vale decir y en la mayoría de los casos, de su propia decisión. Este párrafo nos reconduce a otro ámbito de preocupación, el de la **política jurídico-legislativa** que trasluce esta resolución. Un análisis de este corte proporciona aspectos igualmente relevantes. En efecto, el fallo menciona las conductas que se enmarcan en el *ciclo de violencia doméstica*, al que identifica como una de las variables de *violencia de género*, tipo de *violencia estructural* respecto de la cual *el Estado se ha comprometido a erradicar y sancionar*.

Entonces, tratando de prescindir de los compromisos políticos adquiridos por el Estado argentino y de la voluntad política de algunas instituciones de actuar en consecuencia, corresponde verificar si esta resolución cumple la finalidad de recomponer los derechos garantizados por la Convención de Belém Do Pará, *en especial el derecho de la mujer a que se respete su integridad física, psíquica y moral*.

En tal sentido y tomando en consideración prioritariamente la posición de la víctima, en cuyas manos la ley puso la disponibilidad del ejercicio de la acción penal, resulta claro que si alguien a pesar de ser maltratada y lastimada, se niega a denunciar uno o varios hechos, es porque está optando, está protegiendo otros intereses que considera más valiosos, incluso más que su propia integridad y seguridad. En el caso que nos ocupa y según surge de la resolución bajo análisis, una vez trasladada a la Unidad Judicial, la víctima “*se abstuvo de prestar declaración en contra de su actual o pretérito compañero, ‘porque es la única familia que tiene’; retaceó los datos que se le requirieron; no brindó un relato de lo acontecido ni solicitó medidas de exclusión del hogar ni de restricción de contacto, etc. Y por el contrario, afirmó que iba a volver con su bebé a la casa en la que vive con R.*”. Que se negó a concurrir a la Fiscalía, expresando que “*...no había efectuado ninguna denuncia por lo que ella no iba a ir a ningún lado*”.

En tal sentido es clara y coherente la actitud remisa de la señora C., que encuentra fundamento en la defensa de “*la única familia que tiene*”. Resulta por tanto ciertamente paradójica la posición del estado provincial, a través del Ministerio Público Fiscal en este contexto, ya que por una parte asume una actitud preventiva y sancionadora de los casos de *violencia familiar* y por otro, deshace la precaria situación existencial de la víctima, sometiendo a proceso penal a su compañero “*la única familia que tiene*” con todo lo que la tramitación de una causa penal significa y las implicancias (sociales, laborales, económicas, etc.) que tiene. A nivel normativo plantea una avenencia dicotómica insostenible: para prevenir, reprime; lesiona el mismo derecho que dice proteger.

Si a eso sumamos el hecho que, el estado provincial carece<sup>(14)</sup> de un organismo de seguimiento, que verifique si como resultado de la aplicación de un despliegue normativo tan vasto y de la creación de igualmente numerosas instituciones, se cumplen los objetivos pactados y pautados por el estado nacional: “Los Estados Parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia...”, forzoso es concluir que los hechos de violencia familiar, no integran el catálogo de las prioridades políticas del estado provincial, al menos. Por estas razones consideramos que esta resolución responde a dos objetivos puramente formales, que en nada se vinculan con el concepto sensibilizador del fallo, esto es, los hechos de violencia familiar como materia de interés público; uno de sus objetivos es adecuar la resolución del caso, a los lineamientos de la Convención de Belém Do Pará, para demostrar el acatamiento local, de los compromisos políticos asumidos por el estado nacional; el otro objetivo es, demostrar la *presencia* de un estado gendarme y garante de la seguridad individual y el bienestar familiar, aún a costa de violentar el legítimo derecho de reglar la propia intimidad.

Finalmente, un *análisis de la política criminal* de la que se sirve el fallo en estudio, entendida como el conjunto de estrategias o procedimientos por medio de los cuales el Estado y la sociedad organizan sus respuestas al problema de la criminalidad, arroja resultados igualmente significativos. En efecto, el criterio seleccionado para fundar subjetivamente la medida adoptada, queda manifiesto cuando sostiene: “en este caso particular se justifica la actuación de oficio porque existen *luces de alarma* ante la existencia de tres causas en las que resultó víctima la Sra. C., dos de las cuales se le siguen por presumírsele autor de amenazas, daño calificado, desobediencia a la autoridad y lesiones leves y están elevadas a juicio a la Cámara Séptima en lo Criminal (véanse constancias de SAC de fs. 29/31, constancia de fs. 106 y certificado de fs. 107) (15). [...] En otro orden de cosas -agrega el tribunal-, repárese que en anteriores causas a R. se le reprochan hechos calificados como desobediencia a la autoridad (artículo 239 Código Penal), por haber desobedecido órdenes de restricción de contacto en contra de D.V. del C.C., por lo que debería corroborarse la vigencia de las resoluciones respectivas a fin de verificar en el sub-examen, la posible comisión de un ilícito con similar adecuación típica”.

Estos párrafos ponen de manifiesto dos circunstancias jurídicas, externas al hecho objeto de la investigación, que de manera inobjetable tuvieron incidencia en su desenlace: por un lado la existencia de tres causas penales sin resolver, todas en el mismo tribunal, evidencia cierta morosidad judicial y por el otro, el hecho de que la instructora no haya corroborado el tracto de vigencia de las órdenes de restricción de contacto, demuestra insuficiente prolijidad o al menos algún tipo de apresuramiento.

Concordantemente la expresión “*luces de alarma*” es un *subjetivema*, vale decir, una construcción lingüística que manifiesta una valoración por parte del hablante.

(14) En caso de poseerlo no ejercita la función que le compete.

(15) La bastardilla es nuestra.

Si bien ninguna palabra es totalmente objetiva existen algunas palabras o construcciones de palabras que manifiestan un mayor grado de subjetividad del enunciador, porque portan o expresan, en mayor o menor grado, alguna valoración o estado emocional del enunciador respecto de una persona, objeto, hecho o situación. Adoptar la expresión “luces de alarma” es una decisión del enunciador que tiene un sustrato de notoria subjetividad. En efecto, tal inserción resulta coherente con el criterio seleccionado para fundar la revocatoria del auto apelado, esto es, el del *derecho penal de autor*. Según sabemos, goza de singular desprestigio ya que desconoce el principio constitucional de inocencia. Bajo esa postura el tribunal computa negativamente *tres hechos* (causas) elevadas a juicio, sobre las que no ha recaído aún, pronunciamiento jurisdiccional alguno. Esta perspectiva resulta del desarrollo teórico de la idea de culpabilidad sobre la base de considerar el delito como un *síntoma* de la inferioridad moral, biológica o psicológica del delincuente. Para Roxin este se da “*cuando la pena (en este caso la culpabilidad) se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea tal se convierte en objeto de la censura legal*” (16).

Zaffaroni señala al respecto: “El derecho penal de autor imagina que el delito es síntoma de *un estado del autor*, siempre *inferior* al resto de las personas consideradas normales. Este estado de inferioridad puede sostenerse desde el espiritualismo o desde el materialismo mecanicista. Para los espiritualistas tiene naturaleza *moral* y, por ende, se trata de una *versión secularizada de un estado de pecado jurídico*, en tanto que para los otros es de naturaleza *mecánica* y, por ende, se trata de un *estado peligroso*”. [...] En ambos planteos se degrada, por supuesto, a la víctima, que para nada es tenida en cuenta, y se degrada también al criminalizado como ser inferior (inferioridad moral: *estado de pecado*, inferioridad mecánica: *estado peligroso*), pero suele pasarse por alto que también se degrada al juez, pues en un caso se le propone su autopercepción como procurador de una omnipotencia que interviene en las decisiones existenciales de las personas (algo así como un poder divino); y, en el otro, como un leucocito (semejante a un poder impersonal de la naturaleza). En su coherencia completa, *el derecho penal de autor parece ser producto de un desequilibrio del juicio crítico deteriorante de la dignidad humana de quienes lo padecen y también de quienes lo practican*” (17).

Entonces, tal como señalamos párrafos más arriba, el subjetivema “*luces de alarma*” sostiene ideológicamente la decisión adoptada.

Corresponde ahora evocar el título bajo el cual hemos desarrollado estas reflexiones (“Un fallo testimonial”) y a modo de conclusión trataremos de precisar testimonio de qué, es a nuestro modo de ver, esta resolución. En primer lugar y desde el punto de vista jurídico-discursivo decimos que recrea el carácter *absoluto*

(16) ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, 2º Ed., Civitas S.L., España, 1999, Tomo I, p. 176.

(17) ZAFFARONI, Eugenio R. *Manual de Derecho Penal -parte general-*, 2ª Ed. Ediar, Buenos Aires, República Argentina, 2006, pp. 49/50.

del discurso jurídico, en cuanto modifica discrecionalmente los significantes del derecho, en este caso, el del sintagma “razones de interés público”, proporcionando definiciones (significados) anfibológicas. Y que por esta vía testimonia de qué manera el juez asume sin delegación legal (constitucional) la facultad legislativa, que le está republicanamente prohibida, comprometiendo severamente el principio de separación de poderes.

Esta resolución da testimonio también de que el ejercicio de la jurisdicción a veces se apoya en circunstancias coyunturales, -considerar los hechos de violencia familiar como materia de interés público- para poner de resalto *otras cuestiones*, que nada tienen que ver con el concepto sensibilizador del fallo.

Por último, testimonia también que cuando tales objetivos están en la mira, no hay modelo teórico, por desprestigiado que esté, al que no pueda echarse mano para confirmar una vez más, que *el fin justifica los medios*.

## **PRONUNCIAMIENTO**

**Tribunal: Cámara de Acusación**

**Fecha: 7 de febrero de 2014**

**Autos: “Srio. n° 1905/12 U.J. 20 (Jorge Ramirez)”**

CAMARA DE ACUSACION Protocolo de Autos N° Resolución: 5 - Año: 2014  
Tomo: 1 Folio: 7-9

EXPEDIENTE: 1273079 - SRIO. N° 1905/12 U.J. 20 (JORGE RAMIREZ) - CUERPO  
AUTO NÚMERO: CINCO.

Córdoba, siete de febrero de dos mil catorce.

VISTOS: Los presentes autos caratulados “Srio. n° 1905/12 U.J. 20 (Jorge Ramirez)” (Expte. “S”-33/2012, SACM n° 1273079), elevados por el Juzgado de Control n° 3 de esta ciudad, a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 91/93 por la Sra. Fiscal de Instrucción del Distrito III, Turno 3, en contra del a. n° 310 de fecha 28/09/2012, en cuanto resolvió: “I) Declarar nulo, de nulidad absoluta, el decreto mediante el cual el Sr. Fiscal del Distrito I, Turno IV, resolvió imputar a Jorge Ernesto Ramírez el delito de lesiones leves, como así también el decreto de fecha 14 de septiembre del 2012, a través del cual la Sra. Fiscal del Distrito III, Tercer Turno, resolvió transformar la aprehensión en flagrancia del nombrado en detención, debiendo recuperar el mismo inmediatamente su libertad; todo ello conforme a las razones de hecho y de derecho explicitadas en el presente resolutorio (arts. 72, inc. 2°, *a contrario sensu*, del CP; 6, 185, inc. 2° y 272, ambos *a contrario sensu* del CPP). II) Disponer el archivo de las presentes actuaciones y remitir copia de todo lo actuado al Sr. Juez con Competencia en Violencia Familiar que por turno corres-

ponda, a fin de que adopte las medidas que estime pertinente (art. 334 CPP y Ley Provincial de Violencia Familiar n° 9283)...” (v. fs. 75/83).

DE LOS QUE RESULTA: Que los señores vocales de esta Cámara de Acusación, reunidos con el objeto de dictar resolución en estos autos, disponen que emitirán sus votos en el siguiente orden: 1°) Carlos Alberto Salazar y María Susana Beatriz Blanc Gerzicich de Scapellato; 2°) Eduardo Rodolfo Valdés.

Y CONSIDERANDO: Que conforme al orden que antecede: A) Los vocales Carlos Alberto Salazar y María Susana Beatriz Blanc Gerzicich de Scapellato dijeron:

I) Con fecha 14/09/2012 la representante del Ministerio Público Fiscal ordenó la detención de Jorge Ernesto Ramírez por considerarlo supuesto autor del delito de lesiones leves (en los términos de los arts. 45 y 89 CP) conforme lo dispuesto por el art. 272 del CPP (decreto obrante a fs. 57/59); medida de coerción que fue cuestionada por la defensa del acusado (fs. 71/72).

II) En respuesta a tal pedido de control jurisdiccional, el *a-quo* dictó el referido auto n° 310, mediante el cual hizo lugar al planteo, ordenó la recuperación de la libertad por parte del sindicado, y expuso los fundamentos que motivan tal decisión. Así, luego de citar extensa jurisprudencia y normas locales e internacionales en materia de violencia familiar, el magistrado destacó que lo que apunta la Ley contra la Violencia de Género n° 26.485 es evitar que a través de diferentes tipos de violencia (definidos en el artículo 5°), enraizados en modelos androcéntricos y patriarcales, se desplieguen conductas, se tomen decisiones, o se diseñen instituciones, que priven a las mujeres de un trato digno e igualitario con relación al género masculino. Asimismo, hizo hincapié en que la ley prevé un elenco de directivas dirigidas a los órganos del estado, entre las cuales se enfatiza en la necesidad de evitar la judicialización innecesaria de aquellos casos que requieran otro tipo de abordaje. El inferior no negó el interés social que despiertan las conflictivas absorbidas por dichas normas, pero agregó también que esto no importa asimilarlo a las razones de interés o seguridad pública que autorizan la actuación de oficio frente a casos en donde el impulso procesal se encuentra sujeto a la voluntad privada. Finalmente, juez de control concluyó diciendo que si se piensa en el supuesto de una violencia familiar desplegada en el ámbito íntimo de las partes, sin efectos colaterales o repercusión a terceros ajenos, y en donde la eventual agredida mantiene la firme convicción de no accionar, actuar de todos modos promoviendo la investigación importaría, por un lado, judicializar un conflicto a través del recurso más invasivo con que cuenta el Estado y que a la sazón podría diluirse por otras vías, pero además, significaría soslayar el derecho a la víctima a optar frente a situaciones en que el legislador así lo ha permitido, siendo que no puede enarbolarse el género como un emblema de privación de derechos, sino más bien de equidades (v. fs. 75/83).

III) Tal resolución judicial fue impugnada por la representante del Ministerio Público Fiscal. De este modo, la instructora planteó como puntos de agravio que se han inobservado las reglas de la sana crítica racional, en especial el principio lógico de razón suficiente, al incurrirse en fundamentación omisiva cuando delimita

el ámbito de aplicabilidad del concepto “interés público” en forma contradictoria a su propia argumentación precedente, coartando de este modo, las obligaciones y facultades legales del Ministerio Público.

IV) Concedido el recurso (fs. 94), recibidas las actuaciones por este tribunal y en virtud de lo establecido por el art. 464 del CPP, se corrió vista al señor fiscal de cámara, quien mantuvo en tiempo y forma el recurso de apelación fiscal interpuesto (dictamen obrante a fs. 98/99). De tal manera, la representante del Ministerio Público Fiscal destacó como dirimente lo informado por la policía en cuanto a que cuando arribó al domicilio de la pareja, anotició que se encontró con que había un hombre con sangre en la frente y con una mujer con un bebé en brazos que lloraba y tenía sangre en la ropa, escuchando a la mujer decir que su “...pareja no debía estar en la casa, que la había golpeado y que le había cortado la mano con un vaso, que ella atinó a defenderse y lo golpeó en la frente...” Asimismo, la instructora señaló que a pesar de que inicialmente la víctima había manifestado su intención de denunciar al sindicado porque en varias oportunidades la había golpeado, al ser trasladada a las dependencias de la unidad judicial, aquella no instó la acción penal (cfr. fs. 8). De este modo, entendió que dicha manifestación en contrario no puede constituir un dato menor a la hora de analizar si media o no interés por parte del estado en perseguir, investigar y sancionar determinadas conductas que se enmarcan en el ciclo de violencia doméstica, que es una de las variables de la violencia de género, tipo de violencia estructural respecto de la cual el Estado se haya comprometido para su investigación y correlativa sanción si correspondiere. La recurrente reconoció que el obstáculo de procedibilidad de la acción no va a entenderse removido en todos los casos de lesiones leves producidas en un contexto de violencia familiar, pero estimó que cuando en la causa se adviertan *ab initio* serios indicadores de la existencia de una violencia de género de gravedad que trasluzca la existencia de una relación asimétrica entre los involucrados de moto tal que restrinja la posibilidad de efectivo acceso a la justicia de la víctima de tal situación (cfr. informe psicológico de fs. 48/49) deberá entenderse autorizada la intervención de oficio del Estado, lo que será posible merced a la adecuada definición de los límites del concepto de “interés público” de acuerdo a las nuevas reglas constitucionales (fs. 91/93).

V) Entrando de lleno al escudriñamiento de las cuestiones traídas a estudio, analizada la postura asumida por la instructora en contra de la resolución atacada, adelantamos que se debe revocar el auto del juez de control por las razones que se pasan a exponer. En efecto, el núcleo del agravio de la Señora Fiscal de Instrucción reside en examinar si en el caso bajo examen existe una causal de interés público que permita proceder de oficio, soslayando así el obstáculo de procedibilidad de la acción penal emergente del delito de lesiones leves -supuesto comprendido en el inciso 2° del art. 72 del C.P.- La cuestión no debe circunscribirse a un análisis abstracto, sino que debe ceñirse a las concretas circunstancias que habrían rodeado el hecho. En el caso, la policía fue llamada a concurrir al domicilio de la supuesta víctima, alertados porque un vecino observó que una mujer estaba ensangrentada. Constituido personal policial en el lugar, constatan que se trata de un hospedaje; observan que hay un hombre que tenía sangre en la frente y desde el interior de un departamento se escuchaba llo-

rar un bebé. De allí salió una mujer con un bebé en los brazos y con sangre en su ropa; ante ello, la empleada policial actuante le preguntó si le habían hecho algo al bebé, a lo que la mujer le manifestó que *ese hombre era su ex pareja, que no debería estar en la casa, que la había golpeado* y le había cortado la mano con un vaso, que ella había atinado a defenderse y lo golpeó en la frente (fs. 1/vta.). Dijo también la funcionaria, que la mujer le manifestó que *quería denunciar a su pareja* porque en varias oportunidades le había pegado. Una vez trasladada a la Unidad Judicial, la mujer en cuestión (Daniela Vanesa del Carmen Córdoba), mutó abruptamente su actitud: se abstuvo de prestar declaración en contra de su actual o pretérito compañero, *“porque es la única familia que tiene”*; retaceó los datos que se le requirieron; no brindó un relato de lo acontecido ni solicitó medidas de exclusión del hogar ni de restricción de contacto, etc y por el contrario, afirmó que iba a volver con su bebé a la casa en la que vive con Ramírez (v. fs. 8/9). A mayor abundamiento, cuando el policía *Eduardo Fabián Oliva* se hizo presente en el domicilio de la nombrada, se entrevistó con un vecino que le refirió que *desde hace un mes aproximadamente, a toda hora del día se escuchan ruidos, gritos y discusiones de la pareja y que son horarios nocturnos* (fs. 19). Este mismo empleado policial, dijo que el día lunes 10/9/2012, cuando concurrió para trasladar a la joven a la Fiscalía, ésta se negó rotundamente a ello, expresándole que *“...no había efectuado ninguna denuncia por lo que ella no iba a ir a ningún lado”* (fs. 25 vta.). Dijo también que constató que la Sra. Córdoba presentaba numerosas lesiones, a saber: hematoma en la mejilla izquierda y hematoma en el ojo del mismo lado, los labios ensangrentados y las manos también, presentaba varios cortes como de vidrio en los dedos y un gran corte en el dedo pulgar de la mano izquierda, y un hematoma en el pecho izquierdo el que se le asomaba por sobre la remera escotada que vestía, a lo que agregó que desde el interior de la habitación se escuchaba llorar a un bebé. Ante esta situación, el Fiscal que actuaba en ese momento entendió que se daban las condiciones para proceder de oficio, con fundamento en que se trata de un hecho de violencia familiar y que no es el primero sino que hay otros antecedentes de idénticas características -Violencia Familiar, con las mismas partes-, por lo que entendió que media una razón de interés público, en los términos del art. 72 inc. 2 del CP (fs. 13), criterio que sigue manteniendo la Fiscal que continuó con el trámite de la causa. Así planteado el panorama, advertimos que en este caso particular se justifica la actuación de oficio porque existen luces de alarma ante la existencia de tres causas en las que resultó víctima la Sra. Córdoba, dos de las cuales se le siguen por presumírsele autor de amenazas, daño calificado, desobediencia a la autoridad y lesiones leves y están elevadas a juicio a la Cámara Séptima en lo Criminal (véanse constancias de SAC de fs. 29/31, constancia de fs. 106 y certificado de fs. 107). A ello se suma, que desde hacía un mes antes del hecho, se venían sintiendo gritos en ese domicilio (fs. 19) y que la pericia psicológica ha determinado la existencia de una situación de alto riesgo (fs. 48/49 vta.). En tal sentido allí se lee, *“...se advierte en la entrevistada la tendencia a ocultar y modificar información en forma consciente; así como la imposibilidad de advertir adecuadamente situaciones de riesgo para sí misma o sus hijos, con la consecuente dificultad para captar sus necesidades y efectuar los cuidados necesarios para su bienestar, conformando (un) estado actual de gran vulnerabilidad”*. En otro orden de cosas, repárese que en anteriores causas a Ramírez se le reprochan hechos calificados como desobediencia a la au-

toridad (art. 239 CP), por haber desobedecido órdenes de restricción de contacto en contra de Daniela Vanesa del Carmen Córdoba (v. fs. 107), por lo que debería corroborarse la vigencia de las resoluciones respectivas a fin de verificar en el sub-examen, la posible comisión de un ilícito con similar adecuación típica. Sobre el particular, nótese que la Sra. Córdoba, según dichos de la Cabo María del Carmen Rivadero, le dijo que Ramírez era su ex pareja y que no tenía que estar en la casa (fs. 1 vta.), aunque luego a fs. 8 vta, se contradijo pues manifestó que *“va a volver a la casa en la que vive con Ramírez...”* En concordancia con lo sostenido por la apelante, entendemos que no todo caso de lesiones leves en un marco de violencia familiar, habilita la actuación de oficio, pero aquéllos en los que se observa una reiteración de conductas agresivas y se percibe un acusado riesgo de que se produzcan nuevos hechos, de gravedad ascendente, sí reúnen las condiciones para ser considerados causales de “interés público”, pues es un compromiso del Estado procurar el esclarecimiento y represión de hechos de violencia familiar. En efecto, nuestro país a través de la Ley N° 24.632 aprobó la *“Convención de Belém Do Pará”*, que busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (CPEyS la violencia contra la mujer), enunciando los derechos que a ella le asisten, en especial el reconocimiento, goce, ejercicio y protección de los derechos humanos y libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, entre los que se halla el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Entre los *“Deberes de los Estados”*, en el art. 7, se establece que: *“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...) b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (...) d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;...”* Y a esos propósitos propende también la Ley Provincial 9283 que regula esta materia. A todo ello se agrega en el sub-examen el peso que adquiere la presencia de menores en el ámbito del hogar, donde la violencia familiar se habría desarrollado (de la bebé fruto de esa unión y eventualmente de los otros hijos de la Señora Córdoba), lo que aporta un ingrediente adicional a las “razones de interés público” y de ese modo robustece la vigencia de la excepción del art. 72, inc. 2º, CP. En razón de lo expuesto es que consideramos que corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Señora Titular del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia debe revocarse el auto apelado, sin costas.- Así votamos.

B) Que el vocal Eduardo Rodolfo Valdés dijo: Comparto lo sostenido por los Sres. Vocales preopinantes, adhiriendo en consecuencia a ellos y pronunciándome en el mismo sentido. Así voto.

Como consecuencia de la votación que antecede, el tribunal RESUELVE: Revocar el auto apelado en cuanto ha sido materia de apelación. Sin costas (CPP, arts. 552).

Protocolícese, notifíquese y bajen.

## ***IUS VARIANDI EN EL TELETRABAJO \****

### *IUS VARIANDI IN TELEWORKING*

*Carla Saad \*\**

SUMARIO: I. Cuestiones fácticas. - II. *Ius variandi* en el derecho del trabajo. II. 1. *Ius variandi* y la aceptación del trabajador. - III. Interpretación del *ius variandi* en la modalidad de teletrabajo. III.1. El “lugar de trabajo” como modalidad esencial del teletrabajo. - IV. Reflexiones finales.

#### **I. Cuestiones fácticas**

La causa es iniciada por dos trabajadoras de la empresa Directv Argentina S.A., quienes prestan su servicio bajo la modalidad de “teletrabajo”.

La señora Maglione inicia su relación laboral el 1 de marzo de 2008, su tarea consistía en el recupero de equipos y ejercía su trabajo desde el domicilio de la actora, sito en el barrio de Boedo en la Ciudad de Buenos Aires, en el horario de 9 a 15 hs. Transcurrida la relación de trabajo, en el mes de mayo de 2010, la empresa comunica a la señora Maglione que ante la caída del sistema debía trasladarse a trabajar a la central sita en la calle Av. Corrientes 485, 2º piso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El 19 de agosto del 2010 y en forma unilateral, la empresa vuelve a trasladarla a un segundo lugar, Munro, Partido de Vicente López. Relata la actora que ante la necesidad del trabajo se presentó en este segundo traslado, pero -afirma- que la situación se tornó insostenible. Asimismo, el pago de viáticos recién fue ajustado a partir del mes de octubre de 2010.

El 24 de noviembre de 2010, la trabajadora intima a la empleadora a fin se restituyan las condiciones esenciales del contrato. La empresa rechaza la intimación, fundamentando que “como es de su conocimiento existe un severo problema técnico de la empresa que se encarga de la instalación y mantenimiento del sistema para la prestación del teletrabajo que al día de la fecha no ha podido solucionar. Afirmo que cesado el problema técnico de la empresa que presta el servicio co-

---

\*Trabajo recibido para su publicación el 4 de agosto de 2014 y aprobado el 16 de septiembre del mismo año.

\*\* Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Profesora de Teorías del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Resolución de Conflictos, Tutora Académica de Práctica Profesional III, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Directora de proyectos de investigación avalados por SECYT-UNC.

mentado, podrá continuar prestando servicio bajo la modalidad de teletrabajo”. Ante la persistencia de la empleadora, la señora Maglione se considera despedida mediante telegrama laboral de fecha 9 de diciembre de 2010, afirmando que “hace varios meses me viene haciendo promesas incumplidas que el inconveniente del problema técnico se iba a solucionar a fin de volver a la modalidad de teletrabajo, pero en lugar de buscar una alternativa más viable a mis posibilidades ya que, le repito soy mamá de un nene muy pequeño a quien debo llevar al jardín, entre otras actividades, y el tiempo que me insume ida y vuelta a Munro, Provincia de Buenos Aires, más el hecho de que debo estar fuera de mi hogar muchas horas hace que me sea imposible cubrir personalmente distintas tareas máxime que desde septiembre de 2008 me desempeñé con la modalidad de teletrabajo por lo que la situación actual modifica sustancialmente las condiciones de trabajo, en ningún momento consentí expresamente trabajar en Munro lo hice por la necesidad de trabajar y llevar un sustento a mi hogar además de sus promesas de volver al teletrabajo, su conducta resulta un ejercicio irrazonable y abusivo del *ius variandi* por lo tanto y atento perjuicio material y moral me considero gravemente injuriada y despedida por su culpa”, finalizando de esta manera su contrato de trabajo.

La señora Cacciaguerra, inicia su relación de trabajo con la empresa bajo modalidad de teletrabajo, es notificada verbalmente de cambio de su lugar de trabajo la localidad de Munro, por lo que se considera agraviada. Atento ello, envía telegrama laboral el 19 de junio de 2010, donde expresa: “atento haberme comunicado verbalmente el cambio del lugar de trabajo, trasladándose la empresa a la localidad de Munro, cuando mi domicilio está ubicado en el barrio de Caballito ocasionándome un gran perjuicio de razón de mis estudios universitarios y mis actividades en la vida de relación en atención de la mayor distancia, lo que implica una importante pérdida de tiempo que me dificulta realizar otras actividades que vengo desarrollando, intimo plazo 48 horas ratifique o rectifique el cambio de lugar de tareas, bajo apercibimiento de considerar su accionar como un ilegítimo ejercicio del *ius variandi* al modificar unilateralmente el lugar de trabajo, elemento esencial del contrato de trabajo”. Sin cambios, decide finalizar su contrato de trabajo considerándose despedida, así mediante telegrama laboral, el día 1 de julio de 2010 notifica: “persistiendo su conducta de ejercer arbitrariamente el *ius variandi* ocasionándome perjuicios diversos me considero gravemente injuriada y despedida por su culpa”. Así queda rescindida su relación laboral por despido indirecto.

Las trabajadoras inician reclamo ante señora Juez de Primera Instancia hace lugar al reclamo de las actoras con fundamento en que “no existe elemento de juicio que resulte justificada la actitud asumida por la demandada al trasladar a las actoras al nuevo lugar de trabajo ubicado en la localidad de Munro y, más aun, cuando ello implicó un cambio de modalidad del trabajo, dado que ambas actoras -tal como se ha reconocido por la demandada en el responde- desarrollaban sus tareas de teletrabajo en sus respectivos domicilios particulares ubicados en la Ciudad de Buenos Aires, en el barrio de Caballito y de Boedo”, concluye el *a quo* que “la empleadora Directv Argentina S.A. realizó un ejercicio abusivo del *ius*

*variandi*, puesto que el cambio del lugar de trabajo conllevó una alteración de horarios en la vida de las trabajadoras, quienes tienen hijos menores a su cargo y son estudiantes de una carrera universitaria”. Agregando que “aún en el caso que la demandada no se hubiera mudado, es decir, modificado el lugar de trabajo, lo cierto es que, de todas maneras, a las actoras, en realidad le modificaron sus tareas como de teletrabajo, las cuales eran desarrolladas y prestadas a favor de la demandada, en sus propios domicilios”.

La empresa Directv SA, reconoce la contratación de ambas trabajadoras bajo la modalidad de teletrabajo.

Actoras y demandada apelan el pronunciamiento de grado. Las primeras en disconformidad por la regulación de honorarios y la segunda atento considerar que no se conformó un ejercicio abusivo del *ius variandi* y en disconformidad por la regulación de honorarios realizada. También apela la perito contadora que participa en la causa, en virtud de su disconformidad con la regulación de honorarios aplicada a su labor.

## II. *Ius variandi* en el derecho del trabajo

Interesa a este comentario la fundamentación del *a quo* sobre el análisis de la figura del *ius variandi* y su estudio en la articulación con la “nueva” modalidad de teletrabajo, por lo cual obviaremos los argumentos que las partes y los juzgadores realizaron en torno a la problemática sobre regulación de honorarios.

La facultad unilateral que tiene el empleador de modificar las formas y modalidades del trabajo encuentra su límite en el artículo 66, LCT (1) conocido como *ius variandi*. El límite concebido por el legislador es un ejercicio irrazonable de esa facultad, la alteración de las modalidades esenciales del contrato y el perjuicio material o moral del trabajador.

Es por ello, que resultan condiciones y requisitos para la operatividad del instituto que: a) la potestad sea ejercida razonablemente, o sea en base a motivos objetivos que legitimen la decisión empresarial; b) que no se altere una modalidad esencial y/o estructural de la relación de trabajo y c) respeto al denominado principio de indemnidad, es decir que el cambio impuesto no implique perjuicio

(1) Ley de Contrato de Trabajo (LCT), artículo 66. -Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo. El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador.

Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva.

material y/o moral del subordinado afectado (2). Cabe aclarar que no es pacífica la jurisprudencia en cuanto a decidir si las condiciones de legitimidad del ejercicio del *ius variandi* son de exigencia “acumulativa” o “alternativa” (3), es decir, si es necesario que todas las condiciones y requisitos se cumplieren o con solo uno de ellos se configure el ejercicio abusivo.

La sentenciante fijó como “condiciones esenciales” el cambio de modalidad, dándole carácter relevante al desplazamiento del ejercicio de la prestación de servicios desde el domicilio de las trabajadoras a los establecimientos de la empresa. Los daños sufridos y que las trabajadoras esgrimen como uno de los argumentos del reclamo son \*distancia, \*falta de contacto familiar (cuidado de hijos menores), \*alteración de estudios universitarios y \*alteraciones negativas en la vida de relación.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), Sala VIII consideró, en causas precedentes -aunque no bajo modalidad de teletrabajo- (4), que cuando el cambio de lugar de trabajo se encontraba distanciado del domicilio del trabajador ocasionando un perjuicio para éste, se configuraba el daño exigido para la articulación del artículo 66, LCT.

## II.1 *Ius variandi* y la aceptación del trabajador

Ante una variación en las condiciones de trabajo encuadradas en el artículo 66 (5), LCT el trabajador está facultado a aceptarlas o a rechazarlas y, para este último caso, la ley establece dos vías: considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En el caso, las trabajadoras optan por el despido indirecto.

Se observa que desde el traslado a los establecimientos de la empresa y el reclamo de la señora Maglione para que le sea restituida la modalidad de teletrabajo, transcurre prolongado tiempo, e incluso concurre al primer establecimiento sin oposición de su parte. Así, en el mes de mayo de 2010, la empresa

---

(2) FERNANDEZ MADRID, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, t. II, p. 1012; OJEDA, “Ley de contrato de trabajo”, t. I, p.431; ETALA, “Contrato de trabajo”, t. I, p. 257; en CNAT, Sala IV, “Mussuto, Norma Beatriz c. Obra Social Bancaria Argentina s/despido”, 28 de septiembre de 2012, La Ley Online. Cita online: AR/DOC/1359/2013, búsqueda del 28 de julio de 2014.

(3) Se encuentra un interesante análisis comparativo realizado por Jorgelina Alimenti en nota 49, VAZQUEZ VIALARD, Antonio (Director)- OJEDA, Raúl (Coordinador). *Ley de Contrato de Trabajo, comentada y concordada*, T I, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fé, 2005, p.463.

(4) CNTrab., sala VIII, “Liendro, Alberto Carlos c. Benteler Automotive S.A s/ despido”, 20/12/2013, La Ley Online. Cita online: AR/JUR/101150/2013, 28 de julio de 2014. La situación de despido en que se colocó el actor resultó ajustada a derecho si la empleadora decidió el traslado del lugar en que prestaba servicios hacia un establecimiento más alejado de su domicilio -en el caso, le insumiría una hora más de viaje-, pues, más allá de la razonabilidad de la modificación, ésta afectó un elemento esencial del contrato de trabajo y causó un perjuicio moral al trabajador.

(5) Con las modificaciones introducidas por art. 1º de la Ley N° 26.088, B.O. 24/04/2006.

comunica a la señora Maglione que debía trasladarse a trabajar a la central sita en la calle Av. Corrientes 485, 2º piso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El 19 de agosto del 2010 la empresa vuelve a trasladarla a un segundo lugar, Munro, Partido de Vicente López. Transcurren entre la comunicación y el primer traslado, aproximadamente tres meses sin rechazo epistolar y en el segundo hasta el 9 de diciembre de 2010, cuando recién intima a la empresa la restitución de su modalidad.

Al respecto, atento que no existía inmediatez en la expresión del agravio sufrido por la trabajadora, que podría interpretarse una aceptación de la actora al cambio, la Sala advierte, “..Estimo oportuno señalar, que la circunstancia de que la señora Maglione hubiese aceptado trabajar con las modificaciones dadas -con la condición de volver al estado de origen, esto es, teletrabajo-, no consagra una suerte de imposibilidad de cuestionamiento futuro, pues las circunstancias de vida por las que atraviesa una persona no son siempre las mismas y lo que en un momento puede no ser perjudicial, sí lo que puede ser en otro. Ello, sin obviar que el trabajador siempre puede objetar un cambio que lo perjudique, máxime en el caso, que se domicilia a aproximadamente 25 km de distancia del nuevo lugar de trabajo, lo que indica a las claras, por lo menos, la afectación del tiempo libre y mayor gasto en traslados...”

La manifestación de la voluntad del trabajador de conformidad con la modificación realizada a su relación laboral puede ser expresa o tácita. El problema que se presenta es determinar el tiempo por el cual es válido afirmar una aceptación tácita del trabajador, evidenciada en la actitud asumida por el dependiente de mantener sin reparos la relación durante un lapso lo suficientemente prolongado como para reputar que ha sido admitido el cambio (6). Se encuentra comprometido el derecho protectorio, desde que la aceptación irrestricta de pactos en perjuicio del trabajador, expresos o tácitos, y particularmente atribuirle al silencio del dependiente, como consecuencia, la conformidad con una nueva situación contractual, vuelve a la superficie el debate originario del derecho del trabajo, relativo a la situación de necesidad del trabajador que lo lleva a la aceptación forzosa de determinadas condiciones de trabajo (7).

Compartimos el decisorio ya que el análisis sobre la incidencia del tiempo transcurrido entre el ejercicio de la facultad por el empleador y la expresión del agravio por parte del trabajador debe realizarse en cada caso concreto, conforme las circunstancias acontecidas que justificarán la razonabilidad del acto.

---

(6) CNAT, Sala II, “Danza, Daniel c/ Clínica Bazterrica SA s/ despido”, 24/5/02, Boletín de Temático de Jurisprudencia, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo -IUS VARIANDI -Alteración en las condiciones del contrato de trabajo, p. 5, búsqueda del 6 de agosto de 2014.

(7) Karpiuk, Héctor Horacio. “De nuevo sobre los límites del *ius variandi*”, DT2012 (marzo), LL, p. 543.

### III. Interpretación del *ius variandi* en la modalidad de “Teletrabajo”

El teletrabajo es una diferente modalidad de prestar servicios, cuya definición en doctrina ha sido compleja. Desde nuestra investigación desarrollada en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba construimos una definición, diferenciando el teletrabajo como género y el realizado en relación de dependencia como su especie, así conceptualizamos al *Teletrabajo en relación de dependencia* como “la prestación de actos, ejecución de obras o prestación de servicios de un contrato o relación de trabajo, sea realizada mediante el uso habitual y regular de Tecnología de Información y Comunicación (TIC) y ejecutada total o parcialmente a distancia, ya sea en el domicilio del teletrabajador o en cualquier otro lugar ajeno a establecimientos del empleador (8)”. Se especificó que en el uso de TIC, lo “habitual” podrá ser entendido como *lo que se hace, padece o posee con continuación o por hábito*, y lo “regular” podrá ser entendido como *lo uniforme, sin cambios grandes o bruscos*. Por los inicios del año 2012, la Resolución SRT 1552/2012 (9) define legislativamente lo que se entiende por tal, el artículo 1 enuncia “Se entiende por teletrabajo a la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de Tecnología de la Información y de las Comunicaciones”, sin exigir la “habitualidad” y “regularidad” que nos parecía inherente a la modalidad.

Para la legislación (10) serán características esenciales de la prestación de servicios mediante teletrabajo: \*prestación a tiempo completo o a tiempo parcial, \*lugar de trabajo distinto del establecimiento de la empresa (domicilio del trabajador u otros distintos al de la empresa) y \*la utilización de todo tipo de Tecnología de la Información y de las Comunicaciones.

Si bien es cierto que en el fallo no se define al teletrabajo, la Sala VIII de la CNAT en los autos analizados, comparte el argumento de la Jueza *a quo* quien hizo lugar a la demanda con fundamento en que “no existe elemento de juicio que resulte justificada la actitud asumida por la demandada al trasladar a las actoras al nuevo lugar de trabajo ubicado en la localidad de Munro y, más aun, cuando ello implicó *un cambio de modalidad del trabajo*, dado que *ambas actoras* -tal como se ha reconocido por la demandada en el responde- *desarrollaban sus ta-*

---

(8) Producto de nuestro estudio en el proyecto “Teletrabajo en el Sistema de Riesgos del Trabajo Argentino”, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba con Subsidio SECYT-UNC.

(9) Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), Resolución 1552/2012, Boletín Oficial del 14/11/2012, búsqueda del 15 de diciembre de 2012.

(10) Cabe aclarar que existieron proyectos de ley para regular las particularidades del teletrabajo en relación de dependencia, pero que perdieron estado parlamentario. Ante el crecimiento de la modalidad en el mercado laboral, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo define por primera vez al teletrabajo y regula, por esta Resolución 1552/2012, pautas básicas en higiene y seguridad.

*reas de teletrabajo en sus respectivos domicilios particulares* ubicados en la Ciudad de Buenos Aires, en el barrio de Caballito y de Boedo..” Así, se altera uno de los elementos esenciales de ese tipo de modalidad: el lugar de trabajo distinto del establecimiento de la empresa (domicilio del trabajador u otros distintos al del empleador), es reconocido -al decir del fallo- como un “elemento estructural de la relación”, por lo que surge como alteración de una de las “condiciones esenciales del contrato de trabajo” que, junto con la demostración del daño producido, justificaron el despido indirecto.

Tampoco debemos olvidar que la otra nota distintiva del teletrabajo es la prestación de servicios “mediante el uso de todo tipo de Tecnología de la Información y de las Comunicaciones”, en el caso, la empleadora justifica el traslado de las actoras a los establecimientos de la empresa, en la “caída del sistema”, términos comunes al lenguaje del trabajo con computadoras por medio de redes de comunicación (internet), por lo que debemos inferir que la prestación que las trabajadoras cumplían lo era mediante la utilización de un sistema, a distancia.

Con relación a la argumentación del daño, la Sra. Maglione manifiesta que el cambio de modalidad de trabajo produjo, entre otras, la alteración de sus “...posibilidades ya que le repito soy mamá de un nene muy pequeño a quien debo llevar al jardín entre otras actividades y el tiempo que me insume ida y vuelta a Munro, Provincia de Buenos Aires, más el hecho de que debo estar fuera de mi hogar muchas horas, hace que me sea imposible cubrir personalmente distintas tareas máxime que desde septiembre de 2008 me desempeñé con la modalidad de teletrabajo por lo que la situación actual modifica sustancialmente las condiciones de trabajo,...” Este planteo encuentra mayor justificación cuando se sostiene (11) entre las ventajas que ofrece el teletrabajo, la posibilidad de articular la vida laboral con la vida personal, circunstancia relevante para las trabajadoras con hijos menores a quienes se les ofrece alterar su espacio personal en favor de la relación familiar.

### **III. 1. El “lugar de trabajo” como modalidad esencial del teletrabajo**

La facultad del empleador sobre el cambio de las condiciones de trabajo están ligadas específicamente al devenir de la actividad de la empresa y como anteriormente expresáramos, una de las condiciones de legitimidad de esa facultad es no modificar las llamadas “modalidades esenciales” del contrato de trabajo. En la

---

(11) Entre otros: “..Las mujeres continúan siendo las principales proveedoras de cuidados y muchas no participan en la fuerza de trabajo a causa de sus responsabilidades familiares, con frecuencia porque no logran conciliar el tener que ir al lugar de trabajo y cuidar de sus hijos o de los familiares ancianos”. MESSENGER, Jon. “Las ventajas del trabajo a distancia”, [www.ilo.org](http://www.ilo.org), búsqueda del 28 de julio de 2014; en el mismo sentido, Lic. GARMENDIA CEDILLO, Xochitl. “Teletrabajo”, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, México, [www.tfjfa.gob.mx](http://www.tfjfa.gob.mx), búsqueda del 28 de julio de 2014; TELLEZ, Julio. *Teletrabajo*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2458/43.pdf>, búsqueda del 28 de julio de 2014.

obra dirigida por Vázquez Vialard (12) a la hora de analizar núcleo de la relación de trabajo, se identifica como parte del mismo al “salario”, la “calificación contractual” y “el tiempo de trabajo”, descartando el “traslado del trabajador de su lugar de trabajo”, aunque sin negar la posibilidad que -ante la prueba del daño y el análisis en cada caso concreto- pueda el trabajador percibir un ejercicio abusivo del *ius variandi*.

Este análisis, realizado bajo la perspectiva de regulación de una modalidad de trabajo ejercida en el establecimiento de la empresa, modalidad común en el mercado de laboral actual, se justifica al pensar en los traslados dentro del mismo establecimiento o ante el cambio de domicilio del mismo o, ante el traslado a otro establecimiento del empleador.

Diferente postura asumimos respecto del teletrabajo. La modalidad esencial de ese tipo de prestación y por lo tanto núcleo central del contrato, es que sea ejercida en el domicilio del trabajador u otro, distinto al del empleador más la utilización de TIC, por eso suponemos que la alteración del lugar de trabajo ya configura por sí, la alteración de una “modalidad esencial” del teletrabajo en relación de dependencia. Por lo tanto, demostrada la vuelta del trabajador al establecimiento del empleador, aunque se conserve las TIC como medio, transformaría la modalidad por lo cual el teletrabajador podría ejercer las facultades legales que le son conferidas por el ejercicio abusivo del *ius variandi*.

Similar razonamiento pareciera seguir el *a quo* cuando argumenta en su fallo “Por último, agregó, que “aún en el caso que la demandada no se hubiera mudado, es decir, modificado el lugar de trabajo, lo cierto es que, de todas maneras, a las actoras, en realidad le modificaron sus tareas como de teletrabajo, las cuales eran desarrolladas y prestadas a favor de la demandada, en sus propios domicilios”, razonamiento que es confirmado por la CNAT, Sala VIII en la apelación al que agrega “A mayor abundamiento, corresponde destacar que el lugar de trabajo es un elemento estructural de la relación laboral porque el trabajador se incorpora al ritmo de producción en un sitio determinado, de acuerdo con el cual organiza su vida personal y familiar en materia de horario de salida y llegada, lugar de compras, colegio de los hijos, posibilidades educativas, deportivas, religiosas, afectivas. En definitiva la medida tomada por el empleador se halla fuera del contenido del *ius variandi*”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en Del Río (13), al momento de discernir si existió un ejercicio razonable del *ius variandi* por parte del em-

---

(12) VAZQUEZ VIALARD, Antonio (Director)- OJEDA, Raúl (Coordinador). Ob.Cit., p.464.

(13) CSJN, “Del Río, Jorge C/Banco de la Nación Argentina s/despido”, 9/10/2012, “.En este sentido el argumento central del banco recurrente se basa en las particularidades de la prestación del servicio de su personal expatriado. Remarca que el traslado a distintos destinos en el exterior resulta ser un elemento insito en la vinculación, ello significa, a su entender, que esa facultad como empleador es relativa a la modalidad esencial del contrato. En tal sentido alega que pese a que el actor prestó servicios durante un extenso período en un destino determinado, ello no modifica la característica esencial de la contratación”, [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), búsqueda del 12 de agosto de 2014.

pleador en el caso del traslado luego de trece años de un trabajador de la sede del Banco Nación en New York a la Argentina, rechaza la acción incoada por el actor en razón que la modalidad de trabajo por la que fue contratado estaba estructurada, desde los comienzos de la misma, con la facultad del empleador de trasladar al trabajador a otra jurisdicción y, en el caso, no se demuestra un ejercicio abusivo de esa facultad. A *contrario sensu* si esta facultad del empleador es considerada parte de los elementos estructurales de la relación, podemos inferir que será facultad de trabajador, considerar un ejercicio abusivo de las facultades del empleador, la afectación de uno de los elementos estructurales del teletrabajo, cual es el lugar de trabajo distinto de los establecimientos del empleador.

#### IV. Reflexiones finales

La relación de trabajo tradicional conformada por un trabajador que prestaba su servicio a las órdenes de un empleador en la sede de la empresa, utilizando las herramientas que este le brindaba para realizar su tarea, constituía la regla general hasta la llegada del teletrabajo. Este, entendido como una forma que cambia los conceptos tradicionales al realizar la prestación mediante el uso TIC en el hogar del trabajador o en otro domicilio que no sea el del empleador, vino a favorecer el mercado laboral en cuanto se sostiene entre sus ventajas que disminuye los índices de desempleo y favorece la inserción laboral de sectores desprotegidos (mujeres, discapacitados, entre otros).

No nos olvidamos del principio de continuidad (14), ni de la voluntad del trabajador de ejercer los derechos conferidos por el artículo 66, LCT, es decir, la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas pero, conforme el análisis que realizáramos sobre el teletrabajo como modalidad, concluimos que la estructura esencial de su conformación es: a) la prestación del servicio en un lugar físico diferente del establecimiento del empleador y b) la utilización de medios TIC como herramienta de ejecución del trabajo. Visto así, creemos que el cambio de lugar de trabajo a un establecimiento del empleador, significa por sí mismo un cambio de modalidad contractual, por lo cual el teletrabajador no debería demostrar daño alguno para ejecutar los derechos que le confiere el ejercicio abusivo del *ius variandi*, ya que el daño debe inferirse por afectarse la estructura esencial de la modalidad de contratación. Ya no podríamos hablar de un teletrabajador, sino tendríamos que decir que se novó la prestación de teletrabajo a trabajo bajo otra modalidad.

Con relación a este razonamiento el fallo analizado justifica la decisión de rescindir la relación de las actoras en el cambio de lugar de trabajo, destacando los daños que sufrieron ambas, pero reconociendo que el cambio de lugar, por sí mismo significa un cambio de modalidad.

---

(14) LCT, artículo 10, "En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato", [www.infoleg.com.ar](http://www.infoleg.com.ar), búsqueda del 10 de Agosto de 2014.

**SENTENCIA:**

**Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), Sala VIII.**

**Fecha: 29 de mayo de 2013**

**Caso: “Cacciaguerra Andrea Noemí y otro c/ Directv S.A.”**

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 29 días del mes de mayo de 2013, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y, de acuerdo con el resultado del sorteo realizado, proceden a votar en el siguiente orden:

El Doctor *Luis Alberto Catardo* dijo:

I.- La sentencia de primera instancia, que hizo lugar a la demanda, viene apelada por la demandada y, disconformes con las regulaciones de sus honorarios, por las representaciones letradas de ambas partes y por la perito contadora.

Del relato de los hechos surge, por parte de la señora Maglione -coactora- que “a partir del 01.03.08 se implementó la modalidad de teletrabajo, que consistía en que la tarea de recupero de equipos se haría desde el domicilio de la actora, en la Ciudad de Buenos Aires en el barrio de Boedo en el horario de 9 a 15 hs”, que “en el mes de mayo de 2010 en que se le comunica a la actuante que ante la caída del sistema debía trasladarse a trabajar a la central sita en la calle Av. Corrientes 485, 2º piso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y posteriormente y en forma unilateral se le informa que la empresa se traslada a Munro, Partido de Vicente López y es así que a partir del 19 de agosto del 2010 que la actora ante la necesidad del trabajo se presentó a trabajar en Munro, pero la situación se tornó insostenible”. Por último, agregó que “los viáticos recién le fueron ajustados a partir del mes de octubre de 2010”. El 24.11.2010 la actora inicia el intercambio telegráfico al que la demandada contestó rechazando la intimación y manifestó que “como es de su conocimiento existe un severo problema técnico de la empresa que se encarga de la instalación y mantenimiento del sistema para la prestación del teletrabajo que al día de la fecha no ha podido solucionar. Afirmo que cesado el problema técnico de la empresa que presta el servicio comentado, podrá continuar prestando servicio bajo la modalidad de teletrabajo”. Finalmente, la pretensora se consideró despedida mediante comunicación de fecha 09.12.2010 en la que expresó “hace varios meses me viene haciendo promesas incumplidas que el inconveniente del problema técnico se iba a solucionar a fin de volver a la modalidad de teletrabajo, pero en lugar de buscar una alternativa más viable a mis posibilidades ya que le repito soy mamá de un nene muy pequeño a quien debo llevar al jardín entre otras actividades y el tiempo que me insume ida y vuelta a Munro, Provincia de Buenos Aires, más el hecho de que debo estar fuera de mi hogar muchas horas, hace que me sea imposible cubrir personalmente distintas tareas máxime que desde septiembre de 2008 me desempeñé con la modalidad de teletrabajo por lo que la situación actual modifica sustancialmente las condiciones de trabajo, en ningún

momento consentí expresamente trabajar en Munro, lo hice por la necesidad de trabajar y llevar un sustento a mi hogar además de sus promesas de volver al teletrabajo, su conducta resulta un ejercicio irrazonable y abusivo del *ius variandi* por lo tanto y atento perjuicio material y moral me considero gravemente injuriada y despedida por su culpa”.

Por su parte, la señora Cacciaguerra remitió el 19 de junio de 2010 el siguiente telegrama laboral: “atento haberme comunicado verbalmente el cambio del lugar de trabajo, trasladándose la empresa a la localidad de Munro, cuando mi domicilio está ubicado en el barrio de Caballito ocasionándome un gran perjuicio de razón de mis estudios universitarios y mis actividades en la vida de relación en atención de la mayor distancia, lo que implica una importante pérdida de tiempo que me dificulta realizar otras actividades que vengo desarrollando, intimo plazo 48 horas ratifique o rectifique el cambio de lugar de tareas, bajo apercibimiento de considerar su accionar como un ilegítimo ejercicio del *ius variandi* al modificar unilateralmente el lugar de trabajo, elemento esencial del contrato de trabajo”. Culmina considerándose despedida mediante comunicación de fecha 01.07.2010 en la que expresó, “persistiendo su conducta de ejercer arbitrariamente el *ius variandi* ocasionándome perjuicios diversos me considero gravemente injuriada y despedida por su culpa” (v. fs. 7/10).

La señora Jueza *a quo* hizo lugar a la demanda con fundamento en que “no existe elemento de juicio que resulte justificada la actitud asumida por la demandada al trasladar a las actoras al nuevo lugar de trabajo ubicado en la localidad de Munro y, más aun, cuando ello implicó un cambio de modalidad del trabajo, dado que ambas actoras -tal como se ha reconocido por la demandada en el responder-desarrollaban sus tareas de teletrabajo en sus respectivos domicilios particulares ubicados en la Ciudad de Buenos Aires, en el barrio de Caballito y de Boedo” y, consecuentemente, concluyó que “la empleadora Directv Argentina S.A. realizó un ejercicio abusivo del *ius variandi*, puesto que el cambio del lugar de trabajo conllevó una alteración de horarios en la vida de las trabajadoras, quienes tienen hijos menores a su cargo y son estudiantes de una carrera universitaria”. Por último, agregó, que “aún en el caso que la demandada no se hubiera mudado, es decir, modificado el lugar de trabajo, lo cierto es que, de todas maneras, a las actoras, en realidad le modificaron sus tareas como de teletrabajo, las cuales eran desarrolladas y prestadas a favor de la demandada, en sus propios domicilios”.

La apelante se queja del pronunciamiento de grado y sostiene que no se encuentra acreditado, en la especie, el ejercicio abusivo de *ius variandi* por su parte.

Conforme lo normado por el artículo 66 de la LCT, el empleador sólo puede introducir modificaciones accidentales de la relación individual que no alteren esencialmente el contrato de trabajo. A mi entender, el cambio de la modalidad de trabajo excedió claramente los límites del *ius variandi* en tanto alteró el horario y lugar de prestación de servicios que también integran la estructura de la relación laboral, por lo que no pueden ser modificados unilateralmente por el empleador,

excepto por circunstancias razonables, que debe acreditar. La legitimidad del ejercicio del *ius variandi*, está subordinada a: la no alteración sustancial del contrato, la ausencia de perjuicio material y moral, debiendo responder a los fines de la empresa y exigencias de la producción, es decir, que medien razones objetivas derivadas de la organización que obliguen a tomar esa medida. Las modificaciones realizadas por el empleador no caben dentro de las facultades que consagra el artículo 66, norma que limita posibilidades de alteración del contrato, a aquellas que no afecten ni moral ni materialmente a las trabajadoras. Cabe señalar que, el cambio sólo puede ser posible cuando exista conformidad expresa del trabajador. Pero si fue unilateralmente dispuesto por parte del empleador, que no retrocedió en su decisión aún ante una intimación del dependiente, cabe hacer lugar al despido indirecto dispuesto por éste. A mayor abundamiento, corresponde destacar que el lugar de trabajo es un elemento estructural de la relación laboral porque el trabajador se incorpora al ritmo de producción en un sitio determinado, de acuerdo con el cual organiza su vida personal y familiar en materia de horario de salida y llegada, lugar de compras, colegio de los hijos, posibilidades educativas, deportivas, religiosas, afectivas. En definitiva la medida tomada por el empleador se halla fuera del contenido del *ius variandi*.

En resumen, el *ius variandi*, en general, sólo es posible cuando se refiere a elementos accidentales de la relación, siempre que la modificación sea funcional y no se cause daño; si, en cambio, se refiere a aspectos estructurales (horarios, jornada, calificación, lugar de trabajo, remuneración, etc.) no es admisible, salvo que exista un motivo real y justificado para la modificación y, repito, en tanto y en cuanto no se causen perjuicios al trabajador.

Estimo oportuno señalar, que la circunstancia de que la señora Maglione hubiese aceptado trabajar con las modificaciones dadas -con la condición de volver al estado de origen, esto es, teletrabajo-, no consagra una suerte de imposibilidad de cuestionamiento futuro, pues las circunstancias de vida por las que atraviesa una persona no son siempre las mismas y lo que en un momento puede no ser perjudicial, sí lo que puede ser en otro. Ello, sin obviar que el trabajador siempre puede objetar un cambio que lo perjudique, máxime en el caso, que se domicilia a aproximadamente 25 km de distancia del nuevo lugar de trabajo, lo que indica a las claras, por lo menos, la afectación del tiempo libre y mayor gasto en traslados. Por todo ello, considero que resultó ajustada a derecho la actitud rescisoria dispuesta por las actoras correspondiendo confirmar el pronunciamiento en este aspecto (artículos 66, 242 y 246 de la LCT).

La queja respecto a la indemnización prevista por el artículo 2° de la Ley 25323, es improcedente. En efecto, producido el distracto, el empleador no abonó las indemnizaciones legales, dando motivo al inicio de la presente acción. Cabe señalar que, la parte final autoriza a reducir parcialmente el importe de la agravación si hubiesen existido causas que justificaren la conducta del empleador. Se debería entender que la justificación podría surgir de la imposibilidad, material o jurídica, de satisfacer los créditos, o de la plausibilidad de la justa causa de despido in-

vocada, judicialmente desechada. Cuando, como en el caso, se ha invocado una postura desestimada en grado, y cuestionada insuficientemente en esta alzada, se aconseja no conceder la franquicia pretendida, por lo que corresponde se confirme la condena al pago de dicho rubro.

Con relación a las partidas SAC proporcional y vacaciones no gozadas ningún comprobante de pago fue arrimado a la causa para demostrar la cancelación, por lo que corresponde se confirme lo resuelto en grado (artículo 138 LCT).

Tiene parcialmente razón respecto del agravio en el que se queja de la base de cálculo que consideró la señora Jueza a quo para la realización de la liquidación final de la señora Cacciaguerra, ya que el rubro “ajuste de sueldo” fue cobrado solo en el mes de agosto 2009, por lo que se entiende que es un pago retroactivo de los meses anteriores. Por otro lado, respecto del rubro “feriado” es una suma que se percibe por haber trabajado en uno de esos días, debe ser tenida en cuenta para el cálculo de la liquidación final, ya que no se trata más que del pago de una jornada de trabajo aunque con recargo. Por ello es improcedente el agravio respecto de la base de cálculo que consideró la a quo para realizar la liquidación de la señora Maglione, correspondiendo confirmar el monto de condena respecto de esta actora -v. fs. 239, \$ 29.032,20-

En definitiva, respecto de Cacciaguerra, la base de cálculo asciende a \$ 2.687,50 (conf. surge del informe contable a fs. 125 vta.; abril 2010).

En consecuencia opino que la señora Cacciaguerra es acreedora a los siguientes conceptos: a) indemnización por antigüedad: \$ 13.437,50; b) indemnización sustitutiva de preaviso más s.a.c.: \$ 2.911,45; c) indemnización integrativa del mes de despido más s.a.c.: \$ 2.817,53; d) vacaciones proporcionales: \$ 812,97; e) indemnización por la multa del artículo 2º de la Ley 25.323: \$ 9.583,24. Total: \$ 29.562,69 nominales.

II.- Respecto de los recursos de fs. 253 y 261, cabe aclarar que la Ley 24635 estableció una instancia obligatoria de conciliación laboral, mediante la formalización de un reclamo ante el SECCLO Esta presentación tiene efectos suspensivos de la prescripción y, en tanto dicho procedimiento apunta a la solución extrajudicial de controversias, cabe encuadrarlo dentro de las labores extrajudiciales a las que alude el artículo 57 de la Ley 21839.

Como dicen Piroló y Musa en “Honorarios profesionales en los procesos que tramitan ante la Justicia Nacional del Trabajo” (J.A. 2005-II-1137), corresponde efectuar una regulación adicional que contemple la actuación profesional en la instancia previa, no siendo obstáculo para ello que el pedido se realice en la etapa de ejecución. Los autores citados señalan que debe existir una lógica relación entre el importe de los honorarios correspondientes a la etapa judicial y aquellos a los que el profesional se hace acreedor por su intervención en sede administrativa, debiendo establecerse los mismos, por aplicación de lo previsto en los artículos 33 y 59 de la Ley 21839 entre el 2% y el 20% de los que corresponden por la actuación en la primera instancia judicial

En el caso que nos ocupa atendiendo a la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la labor profesional -apreciada por la calidad, eficacia y extensión de la labor desarrollada-, la responsabilidad profesional comprendida y la trascendencia jurídica y económica del asunto, estimo razonable y no debe ser objeto de corrección la regulación de honorarios por su actuación en sede administrativa (arg. artículo 49, Ley 21839).

III.- Los cuestionamientos relacionados con las regulaciones de honorarios y costas, tendrán satisfacción en los términos del artículo 279 del CPCCN.

IV.- Por lo expuesto, propongo se confirme la sentencia apelada en cuanto pronuncia condena, y se fije el capital nominal en \$ 58.594,89 de acuerdo a lo discriminado para cada actora y con más los intereses en la forma establecida en la sentencia de grado; se confirme la regulación de honorarios de fs.252; se dejen sin efecto los pronunciamientos en materia de costas y honorarios; se imponga el 15% de las costas a la parte actora, ya que resultó comparativamente -con criterio conceptual, no aritmético- vencedora en lo sustancial de la controversia de fondo, y a la demandada, el 85%, de conformidad al artículo 71 del CPCCN.; se regulen los honorarios de las representaciones letradas de la parte actora y de la demandada, por la totalidad de los trabajos cumplidos en ambas instancias, y los del perito contador, en el 16%, 14% y 8%, respectivamente de la suma del capital más intereses (artículos 68, 71 y 279 CPCCN; 6°, 7°, 14 y 19 de la Ley 21.839; 3° del Decreto-Ley 16638/57).

El Doctor *Victor Arturo Pesino* dijo:

Que, por compartir sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Por ello, el TRIBUNAL RESUELVE:

- 1) Confirmar la sentencia apelada en cuanto pronuncia condena, y fijar el capital nominal en \$ 58.594,89 de acuerdo a lo discriminado para cada actora y con más los intereses en la forma establecida en la sentencia de grado;
- 2) Confirmar la regulación de honorarios de fs. 252;
- 3) Dejar sin efecto los pronunciamientos en materia de costas y honorarios;
- 4) Imponer el 15% de las costas a la parte actora y el 85%, a la demandada;
- 5) Regular los honorarios de las representaciones letradas de la parte actora y de la demandada, por la totalidad de los trabajos cumplidos en ambas instancias, y los del perito contador, en el 16%, 14% y 8%, respectivamente de la suma del capital más intereses.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvanse. - Luis Alberto Catardo (Juez de Cámara). - Victor Arturo Pesino (Juez de Cámara).