

"LEONARDO MELO J. - Homicidio simple en grado de tentativa S/ RECURSO DE CASACION" - Legajo Nº 1167/18

SENTENCIA Nº126

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los **cuatro** días del mes de **mayo** de **dos mil veintiuno**, se reunieron quienes componen la Cámara de Casación de Paraná, a saber: Dras. **MARCELA BADANO** y **MARCELA DAVITE**, y Dr. **HUGO PEROTTI**, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la causa caratulada "**LEONARDO MELO J. - Homicidio simple en grado de tentativa S/ RECURSO DE CASACION**" - Legajo Nº 1167/18.

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: Dres. **BADANO, DAVITE y PEROTTI**.

La Sra. Vocal, Dra. MARCELA BADANO dijo:

I- Por sentencia de fecha 25/04/2018 (cfr. fs. 141/227), el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Paraná con asiento en La Paz (integrado unipersonalmente en la oportunidad por la Dra. Cristina Lía Van Dembroucke) resolvió declarar a **J. MELO** autor material y responsable del delito de HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA, y en consecuencia condenarlo a la pena de cinco (05) años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo y accesorias legales, -Arts. 5, 79, 42, 40, 41 y 12 del Cód. Penal-.

Se había imputado al encartado, el siguiente hecho: "*Que en fecha 13 de octubre de 2016, alrededor de la hora 07:00, desde el interior del predio de la vivienda en que habita, sita en calle Tucumán y Dr. Flores del Bº Hipólito Irigoyen de Santa Elena, efectuó un disparo con arma de fuego, hechiza, adaptada al calibre .22 tipo rifle, desde una distancia menor a dos (2) metros, directamente a Juan Emanuel Gimenez quien se encontraba en la vereda; impactando el proyectil en zona media de cara anterior del cuello de la víctima, quien fue trasladado por un vecino al hospital de la ciudad de Santa Elena donde lograron compensarlo y trasladarlo a la capital provincial*

salvándole la vida".

II) Recurrió en Casación, la Defensora Técnica del encartado, Dra. María Sol Alvarez (recurso de fecha 29/05/18 -fs. 236/251-).

Expresó que el imputado en esta causa resulta ser J L un varón trans oriundo de la localidad de Santa Elena, Provincia de Entre Ríos, quien a lo largo del debate puso de manifiesto distintas agresiones discriminatorias y amenazas de carácter violento basadas en su condición de género, sufridas durante gran parte de su vida por parte de quien en esta causa fue ubicado en el lugar de víctima: J E G.

Refirió que la sentencia dictada, en la que se condenó al encartado, resulta arbitraria, por apartamiento de los criterios mínimos de la argumentación jurídica. En este marco, entendió que aquí se configura un supuesto de esta especie, pues lo resuelto por el tribunal se apartó de las constancias de la causa, y en particular de la Ley de Identidad de Género, omitiendo considerar toda perspectiva de género y de identidad de género para el adecuado análisis del caso, dadas sus características; por otra parte, hizo prevalecer los dichos de los agresores del imputado -que actuó en legítima defensa- por sobre los de éste, desestimando prueba que respaldaba la veracidad del relato de Joe Lemonge.

Entendió que a lo largo de todo el desarrollo del debate e incluso en la sentencia, Joe Lemonge fue privado del reconocimiento de su identidad de género y del trato digno que la Ley 26.743 -Ley de Identidad de Género- procuró garantizar. En el caso bajo examen, afirmó que la ausencia de perspectiva de género en la decisión se traduce en una estigmatización a una persona trans que recurre al servicio de justicia a fin de recibir amparo frente a la violencia, brindándole como respuesta una culpabilización infundada e inaceptable por los hechos que la damnifican. Destacó también, que esto se tradujo en que se obvió considerar el escenario de violencia transfóbica previo a los hechos investigados y que lo tuvo como víctima, se descalificó de modo automático su relato y el relato de su madre, y se dictó sentencia en ausencia absoluta de perspectiva de género y haciendo caso omiso de estándares delineados tanto por la CSJN como por la CIDH.

Planteó que en la causa, se omitió valorar adecuadamente la prueba que da cuenta del contexto de violencia y discriminación por parte de J[REDACTED] G[REDACTED] hacia J[REDACTED] L[REDACTED] quien es un varón trans que padeció, de modo cada vez más frecuente y sistemático, ataques y humillaciones contra su persona, debido a su identidad de género. Uno de sus atacantes habituales, y quizás el más virulento, fue justamente J[REDACTED] E[REDACTED] G[REDACTED] quien en este proceso reviste el carácter de víctima.

En cuanto al hecho, explicó que Joe Lemonge dormía la madrugada de los hechos que aquí se investigan, en su casa particular. Esa madrugada, J[REDACTED] E[REDACTED] G[REDACTED] luego de haber estado bebiendo y consumiendo estupefacientes con sus amigos, decidió concluir su velada hostigando a L[REDACTED]. Es así como se presentó alrededor de las 6:30 de la mañana en el domicilio de la familia L[REDACTED] a exigir a J[REDACTED] que se despertara para atenderlo. Sin embargo, J[REDACTED] se negó y le pidió que se fuera. G[REDACTED] insistió en su postura de modo hostil y violento. Incluso violó la propiedad privada de L[REDACTED] e ingresó al patio de la casa. Forcejearon con L[REDACTED] a quien hirió en la mano. Joe trató de repeler esa agresión y defenderse, en ese contexto y de modo absolutamente inesperado, disparó un tiro contra G[REDACTED] cuya vida estuvo fuera de peligro en todo momento.

Destacó que, a lo largo de la causa, fueron probadas estas circunstancias; sin embargo, J[REDACTED] Lemonge fue condenado a cinco años y seis meses de prisión por el delito de tentativa de homicidio simple. Para decidir de ese modo, la señora jueza omitió valorar aspectos conducentes y prueba obrante en la causa que fueron descartados de modo arbitrario, arribando así a una sentencia de fundamentos aparentes, y, por tanto, descalificable como acto jurisdiccional válido.

Explicitó que cuantiosas constancias dan cuenta de la situación de violencia permanente de que fue víctima J[REDACTED] L[REDACTED] también, que se acreditó el riesgo que significaba, en el caso particular, estar solo y al amanecer en su vivienda con tres hombres afuera, uno de ellos ingresando al patio de la casa, alcoholizados, presionándolo para que saliera mientras lo agredían, humillaban y amenazaban. Por otra parte, se acreditaron también las

lesiones que Giménez le provocó a L[REDACTED] en su mano izquierda. Sin embargo, la jueza consideró que J[REDACTED] L[REDACTED] no se encontraba bajo ningún riesgo, pese a que -como advirtiera la CIDH- *"la sola percepción de la homosexualidad o identidad transgénero pone a las personas en situación de riesgo"*.

Expresó que, en su descargo, J[REDACTED] L[REDACTED] relató lo arduo y penoso que ha sido expresar su identidad de varón trans, tal como se identifica, las burlas y agresiones de las que ha sido objeto por un sinnúmero de personas, destacando entre ellas a J[REDACTED] G[REDACTED] y su grupo de amigos. Preciso que, lo que pareció primero solamente un acto de discriminación, luego se transformó ya en un acto de odio puro, llegándole a decir que si lo veía en algún lugar *con alguna de sus hembras* lo iba a cagar a tiros o lo iba a matar, que lo amenazaba con *atacarlo de a muchos*, que iban *a caerle y reventarle todo*. Que esta situación se incrementó profundamente desde el mes de mayo de 2016 hasta el día del hecho.

Refirió que, ya en la IPP, el encartado había declarado que no era la primera vez que G[REDACTED] intentaba ingresar a su casa, sino la cuarta; que tenía un miedo tremendo hacia esa persona, que en ningún momento intentó ponerle fin a su vida sino preservar la propia, dado que esas personas tienen antecedentes penales y están acostumbradas a este tipo de agresiones.

Ese contexto, sostiene, no fue considerado en la sentencia como factores previos a una conducta conteste con la legítima defensa, cuando existen en el expediente -además de los testimonios- sobradas constancias probatorias que corroboran esa hipótesis -lesión defensiva en mano izquierda del imputado, los testimonios de los vecinos L[REDACTED] y G[REDACTED] de la madre del imputado, el Parte de novedad, y hasta los mismos dichos de G[REDACTED] además del informe policial y la denuncia por el incendio que sufrió el encartado de su domicilio después del hecho-.

Entendió que, del pormenorizado análisis de las pruebas colectadas durante este proceso, no cabe sino concluir que el contexto de violencia previa de J[REDACTED] E[REDACTED] G[REDACTED] hacia Joe Lemonge se halla sobradamente verificado en autos. La referencia a la venta de estupefacientes es, sencillamente, una

estrategia de G[REDACTED] para brindar una razón que justifique su presencia, de madrugada, en la casa de L[REDACTED]. Aun suponiendo que efectivamente G[REDACTED] fue a comprar algo al domicilio de L[REDACTED] no resulta razonable ni se puede justificar de ningún modo la insistencia violenta, agresiva y humillante de G[REDACTED] frente a la respuesta negativa a ser atendido.

Trajo a colación informes internacionales (ONU, CIDH) respecto de las agresiones que sufren las personas LGBTI, los altos índices de violencia que se ejercen contra el colectivo de la diversidad sexual en el continente, y la ausencia de una respuesta estatal eficiente frente a dicha problemática. La CIDH se enfoca en la violencia contra las personas LGBT como una violencia social contextualizada en la que la motivación del perpetrador debe ser comprendida como un fenómeno complejo y multifacético, y no sólo como un acto individual. La CSJN, en el fallo "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia" del 21 de noviembre de 2006, advirtió no sólo sobre el alto grado de discriminación que sufre esta población, sino también sobre la gravísima victimización a las que son expuestas a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones e, inclusive, homicidios.

Entendió de fundamental importancia la aplicación de estos estándares específicos, para dejar en claro que la existencia de un contexto previo debe ser considerada, puesto que explica una motivación basada en el prejuicio, en este caso, un móvil transfóbico de agresión hacia J[REDACTED] L[REDACTED] quien en definitiva se condujo en legítima defensa. No existen en la causa elementos de prueba objetivos que permitieran dudar de que los hechos hubieran ocurrido tal como los relataran J[REDACTED] L[REDACTED] su madre Ge[REDACTED] M[REDACTED] y su vecina Ca[REDACTED] Lu[REDACTED] a cuyos dichos sólo enfrentaron las explicaciones parciales brindadas por G[REDACTED] y su grupo de amigos, quienes, además, reconocieron explícitamente una serie de agresiones hacia L[REDACTED].

En definitiva, al ignorar el escenario de violencia padecido por J[REDACTED] L[REDACTED] por parte de J[REDACTED] Gi[REDACTED] el tribunal puso de manifiesto la ausencia de un enfoque de género para decidir sobre el caso. Además, naturalizó y banalizó la violencia sufrida por una persona trans por parte de un grupo de varones y sostenida en tiempo.

Expresó que la Defensa solicitó la absolución de Joe Lemonge respecto del delito de homicidio en grado de tentativa, por considerar que existió una agresión ilegítima por parte de sus atacantes y que la conducta asumida por el imputado se encontraba justificada en el artículo 34, inciso 6°, del Código Penal. En sustento de esa interpretación, la defensa enfatizó que el empleo del arma no tuvo otra finalidad que la de ser utilizada en defensa propia. Sin embargo, la jueza de grado omitió analizar esa posibilidad. El modo en que la jueza de grado optó por desestimar los dichos de J. L. [REDACTED] y de G. [REDACTED] M. [REDACTED] en cuanto a la existencia de sufrimientos y padecimientos injustos, discriminación, insultos y agresiones altamente reprochables y en particular, el contexto en que ocurrieron los sucesos- resulta a todas luces contrario a la amplitud probatoria que debe regir, indefectiblemente, el análisis de casos como el presente, donde se dilucidan hechos de transfobia que constituyen incidentes de odio.

Había, sostuvo, un contexto de violencia en el cual su defendido se encontraba habilitado para inferir que las acciones de la banda agresora que lideraba G. [REDACTED] tenían como fin atacar contra su integridad física o su vida, o la de su familia que dormía en la finca. En segundo lugar, la valoración efectuada sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los acontecimientos también resulta parcial e infundada: se asignó credibilidad probatoria solo a las manifestaciones efectuadas por G. [REDACTED] y G. [REDACTED] para descartar -con aparente fundamento en la ubicación de las manchas de sangre- los testimonios que ubican a G. [REDACTED] dentro de la vivienda de Lemonge y que señalan una lesión en la mano provocada por G. [REDACTED] a L. [REDACTED]. Se trata de los testimonios vertidos por el propio Joe L. [REDACTED] por su madre y por la vecina C. [REDACTED] L. [REDACTED].

Destacó que las heridas en la mano izquierda de Joe Lemonge no solo se encuentran corroboradas por declaraciones testimoniales, sino que dos médicos dieron cuenta de esas lesiones. Acerca del ingreso de Giménez a la vivienda de la familia L. [REDACTED] M. [REDACTED], C. [REDACTED] L. [REDACTED] dijo que "vio que G. [REDACTED] agarró el portón y medio que lo abrió". Aclaró durante el debate que no prestó más atención dado que estaba amamantando a su bebé.

No se encuentra bajo discusión que Joe Lemonge disparó esa madrugada a J[REDACTED] L[REDACTED]. El propio L[REDACTED] admitió esa circunstancia, pero también alegó, a lo largo de todo el proceso, un escenario de violencia, discriminación por su identidad de género y humillaciones previo. Dijo haber sentido miedo a raíz de las amenazas vertidas por G[REDACTED] y su grupo de amigos, entre ellas la amenaza con matarlo e incendiar su vivienda -lo que efectivamente aconteció: su casa fue incendiada íntegra-. Esas humillaciones y violencias fueron corroboradas por los dichos de [REDACTED] Me[REDACTED] Ca[REDACTED] L[REDACTED] así como por el Informe del 12/12/2016, elaborado por la Dra. Cecilia Al[REDACTED] Al[REDACTED] Psiquiatra del Equipo Interdisciplinario del Fuero de Familia y Menores, quien realizara la evaluación psiquiátrica obligatoria del inculpado. Sin embargo, el Tribunal omitió valorar estas constancias para, por el contrario, asignar fuerza probatoria a los dichos de los agresores: Gi[REDACTED] y G[REDACTED].

Es así como la jueza omitió considerar la actuación del imputado a la luz de aquel contexto previo y de los demás elementos probatorios colectados en la causa, pues ninguna de las circunstancias mencionadas fue debidamente analizada.

En la sentencia en examen, la jueza consideró que no se cumple con el recaudo de agresión ilegítima porque a su criterio no se acreditaron los improprios relatados por Lemonge ni el ingreso a la finca, el forcejeo con Lemonge y las lesiones. En este punto, constituye materia de agravio que el Tribunal a-quo ha omitido valorar aspectos relevantes de las declaraciones prestadas por la vecina y por la madre del encausado, quienes fueron testigos de las agresiones, humillaciones y amenazas proferidas por J[REDACTED] E[REDACTED] G[REDACTED] a aquél el día del hecho, quien incluso ingresó a la vivienda de J[REDACTED] L[REDACTED]. Tampoco se valoraron los informes médicos que dan cuenta de las lesiones que presentaba Joe Lemonge en su mano izquierda el día de los hechos. La jueza centró el examen de las declaraciones de G[REDACTED] y G[REDACTED] solo en el momento en que J[REDACTED] E[REDACTED] G[REDACTED] es herido por el encausado, y les restó valor probatorio a los informes médicos que constataron las lesiones, así como a los dichos de C[REDACTED] L[REDACTED] G[REDACTED] Me[REDACTED] y el propio L[REDACTED] sin dar ninguna razón para ello.

En cuanto a la racionalidad del medio empleado, con cita a reconocida doctrina y jurisprudencia, la recurrente concluyó que en el caso concreto, la jueza omitió efectuar ese test de proporcionalidad basado en la perspectiva de género que el hecho investigado ameritaba. Sin embargo, se comprueba la racionalidad de la necesidad del medio empleado atento las circunstancias de tiempo, lugar, secuencia de las agresiones de acuerdo con su contexto previo, la presencia de G. al amanecer en la casa de L. la negativa de irse, la insistencia en que J. Le. saliera de madrugada para atenderlo, los insultos descalificantes, las amenazas, e incluso, el ingreso al patio de la familia L. M. y las heridas provocadas en la mano izquierda de L.

Con respecto al presupuesto de falta de provocación por parte del que se defiende -para tener por verificada la legítima defensa-, se encuentra fuera de toda discusión que no existió provocación alguna por parte de y por tanto, se da cumplimiento con este requerimiento negativo.

En consecuencia, encontrándose cumplidos los requisitos previstos en el inciso 6° del artículo 34 del C. Penal, se ha demostrado una causa de justificación que borra la antijuridicidad del hecho atribuido a J. Le. porque actuó en respuesta a las agresiones recibidas por parte de Juan E. G. en legítima defensa de sí mismo. En tales condiciones, estas consideraciones resultan suficientes para la absolución de J. Le. en estas actuaciones.

La defensa también se agravia del *modo automático* en que se consideró acreditado el dolo en el caso de marras. La sentencia apelada contiene un error severo para nuestra tradición jurídica, en tanto afirma que la existencia de dolo no debe probarse. De ese modo, saltea toda discusión posible acerca de la voluntad y conocimiento de J. Le. acerca de la puesta en marcha de la conducta que se le reprocha. En el caso que nos ocupa, para valorar si existió o no el dolo homicida, resulta central ponderar la conducta adoptada por Joe Lemonge primero, en su contexto, y en segundo término, de acuerdo a lo ocurrido luego de haber herido a J. G. Este accionar -que es relevante- tampoco ha sido meritado por el tribunal a quo. Lemonge se

presentó de forma espontánea ante las autoridades policiales tras haber efectuado el disparo; dijo en su declaración durante el debate que no fue su intención ni apuntar ni tirarle ni terminar con su vida, quería que se fuera, estaba *"histérico, psicopateado, traumatado, cada ruido que escuchaba, pensaban que iba a venir Ju y sus amigos"*. En definitiva, se exigió a Joe, para el caso en abstracto, el deber de haber asumido una determinada conducta que era imposible de concretar frente a la materialidad de los hechos comprobados en el contexto general de la historia de vida. Tal era ingresar a su domicilio y llamar a la policía, cuando de antemano éste sabía lo inútil que resultaban ese tipo de gestiones. En tales condiciones, cabe concluir que la decisión del tribunal adoleció de vicios en la valoración probatoria, en tanto se hizo un examen parcial y fragmentado de la prueba, limitándose su valoración al cumplimiento de paradigmas procesales que, en la forma que fueron aplicados, sólo impidieron la posibilidad de descubrir la verdad de lo acontecido cuando, precisamente, ése es su objeto. Esa deficiencia adquiere mayor relevancia en el caso, donde se encuentra comprometido el cumplimiento de obligaciones internacionales que han previsto recaudos específicos e imprescindibles para abordar los casos de violencia de género -incluida aquella cometida contra personas trans- previstos principalmente en la Convención de Belem do Pará.

Concluyó que, en la sentencia recurrida, la magistrada se ha pronunciado interpretando erróneamente la ley formal y material, y por consiguiente apartándose de ella. En consecuencia, solicitó que se revoque lo decidido en la resolución impugnada, y se absuelva a J y L.

III- a) Habiéndose dispuesto el traslado a las partes, a los fines del mejoramiento del recurso interpuesto -según art. 4 del Reglamento de Funcionamiento de la Cámara en situación de Emergencia Sanitaria por el Covid-19-, compareció la recurrente; y como representante del Ministerio Público Fiscal, el Dr. Santiago Alfieri Porqueres.

III- b) La Dra. Álvarez expresó que ratificaba en todos sus términos su presentación inicial, no teniendo más que agregar y/o ampliar; reiterando su petitorio, esto es, que se case la sentencia recurrida y, de conformidad con los

motivos expuestos en el escrito inicial, se revoque lo decidido por la Señora Jueza y dicte nueva sentencia de acuerdo con los estándares jurídicos reseñados.

III- c) Al responder agravios, el Dr. Alfieri sostuvo que no se ha dado ni en los términos de la sentencia, ni durante la IPP, ni en la sustanciación del Debate Oral y Público trato discriminatorio hacia Jo● ni hacia ninguna de las personas que participaron de la audiencia y de la producción de prueba. Adujo que la Defensa sostiene que se falló sin perspectiva de género, pero ello se analizó, se valoró en con frente con la prueba producida, y concluyó la sentenciante que no se acreditó actividad discriminatoria achacable directamente a Gi● ni repulsa a una agresión ilegítima de la que se hubiera defendido racionalmente Jo●

La Sra. Jueza despejó esas afirmaciones analizando y valorando las pruebas producidas y sus conclusiones. La defensa, erróneamente, propone la aplicación de la Convención de Belem do Pará, sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, incluyendo a Joe como parte del universo subjetivo protegido por la norma; lo cual no corresponde, ya que Joe es una persona que se autopercibe como un varon trans, y no mujer, tal como lo afirmara durante el debate; por tanto tiene derecho a que se lo trate por el nombre seleccionado y se refiera a él como él se percibe; sin perjuicio de lo cual, lo trascendente es que no se ha dado trato indigno, ni discriminatorio, ni postergación de las garantías de la persona imputada en este caso.

Ingresando a la contestación de los agravios planteados por la Defensa, afirmó que se agravió por arbitrariedad en el razonamiento legal, pero sólo a partir de referencias inexactas a la construcción del decisorio, con un alarmante mecanismo de referir prueba que no existió en este proceso, y torciendo los dichos de testigos en un sentido que ni a jirones del relato podría atribuírsele. Ello, afirma el representante de la Fiscalía, evidencia una mera disconformidad con el decisorio; tanto es así, que refiere a supuestas fisuras en el razonamiento y en la valoración de la prueba, pero sin indicar los pasajes en los que existirían esas omisiones o déficits.

Explicó que la sentencia descarta que estemos ante un hecho ocurrido en

circunstancias de una concreta situación de discriminación transfóbica, analizando profundamente las pruebas producidas, a través de las cuales se evidenció que ningún elemento externo al relato de Joe y las afirmaciones de la defensa sostiene lo planteado. En cambio, se terminó teniendo en claro, agregando evidencia objetiva relevada durante la requisa domiciliaria, que el contexto que vincula a J● con Ju● G●●●● es la compra y venta de estupefacientes.

En relación al contexto de violencia y discriminación por parte de J● G●●●● hacia Jo● L●●●● la sentencia concluyó que no hay elementos externos a los dichos de J● y parcialmente de su madre, que permitan sostener que haya existido hostigamiento -por cualquier motivo- por parte de G●●●● ni que específicamente haya sido por motivos de su orientación sexual; ni que haya sido habitual, histórico, ni que se haya verificado específicamente en la mañana del hecho alguna agresión a J● más allá de la exigencia e insistencia a que le venda a G●●●● una vez más. Objetivamente, se acreditó que las manchas de sangre iniciaron en la vereda, que la trayectoria del disparo es levemente descendente, lo que es conteste con la planimetría y la versión de G●●●● Lu●●●● y G●●●●. A contrario de lo sostenido por la recurrente, de la lectura de la sentencia se deriva un análisis integral de la prueba y conclusiones derivadas de explicaciones y motivaciones razonadas.

En cuanto a las lesiones que G●●●● le provocó a Lemonge en su mano izquierda, debe recordarse el deber de buena fe procesal, ya que verdaderamente no se ha acreditado siquiera la lesión referida: la Vocal refiere que no se aportaron informes médicos al respecto, más que una referencia del médico policial Be●●●● a la existencia de unas lesiones no sangrantes, pero ni siquiera esas fueron informadas, ni se presentaron como pruebas las prendas de vestir que dijo Joe le estiraron en el supuesto enfrentamiento. El punto máximo de descrédito a la versión del enfrentamiento son las inconsistencias marcadas en el testimonio de G●●●● Me●●●● quien ubica a su hijo a tres metros de G●●●● pero achaca a este último las supuestas lesiones en la mano de Jo●

Destacó que la supuesta situación de hostigamiento histórico, es una situación atribuible a la comunidad santaelenense, a las personas que compartían actividades con J● desde adolescente hasta adulto; esa situación, de darse, se daba como un problema cultural, general y repudiable, pero de ninguna manera atribuible con individualización a G●. No hubo un solo elemento de prueba ajeno al relato de J● que lo sostuviera. La situación de discriminación general, fue valorada en la mensuración de la pena, tanto por parte de la Fiscalía como por la sentenciante.

Recordó que no se trata en esta instancia de reeditar argumentos, sin marcar concretamente cuáles fueron las parcialidades, los datos existentes que no se hayan valorado o los pasajes en que se haya hecho un análisis fragmentario de la prueba; y la parte impugnante no lo hace, pues en la sentencia se abordaron y analizaron cabalmente cada una de las proposiciones fácticas de las partes, sus teorías -las de la defensa y la de la Fiscalía- en confronte con los elementos de prueba.

En relación a los instrumentos internacionales citado en apoyo por la Defensa, afirmó que no ha mediado aquí situación de violencia de género, ni de transfobia; no se ha extirpado de ese contexto un disparo de arma de fuego; sino que el disparo de arma de fuego por el que un proyectil de punta hueca impacto en la zona II del cuello de Giménez se dio en un contexto del final de una noche, de un consumidor insistente y de un vendedor que empleó un arma de fuego de uso prohibido para terminar con las molestias que el llamado de ese comprador le generaba pasadas las 06:00 de la mañana; en ese contexto J● disparó desde la distancia de 1.88 metros un proyectil calibre .22 a una zona vital del cuerpo de G● quien estaba en la vereda, junto al cerco perimetral, donde se mantuvo insistiendo que le vendieran una vez más. Así lo expuso la Fiscalía, así lo probó, y así lo valoró la Sra. Vocal.

Se planteó también, como agravio, que se omitió dar adecuado tratamiento al planteo de Legítima Defensa. La recurrente incurre en una nueva contradicción al hablar de "atacantes", siendo que el propio Joe refirió que fue G● el que ingresó al predio, atribuyendo una actitud pasiva a P● C●, aunque cierto es que durante la IPP describió un ataque de

tres personas, que luego en debate fue una. Renueva la impugnante los argumentos volcados en la discusión final en la instancia de debate, no aporta un solo elemento nuevo, y refiere a prueba que no se ha presentado en este caso, específicamente al referir a informes médicos (de Be [REDACTED] y Ce [REDACTED] y legajos de investigación que no fueron propuestos como prueba y son desconocidos en su contenido e incumbencia.

Omite la Defensa, que se descartó que el portón haya sido dañado; que se comprobó pericialmente que el mecanismo de disparo se acciona con 1,200 kg de presión en la cola del gatillo; que el arma pesa 2,600 Kg y que el centro de gravedad del rifle es hacia adelante, con lo cual podría dispararse con una sola mano, pero acomodándolo previamente con esfuerzo; se descartó por la fuerza necesaria y la existencia del guardamontes la posibilidad de un disparo accidental.

Entendió que no son aplicables los precedentes citados por la recurrente, por cuanto no hay un solo elemento que permita sostener que éste es un caso con características o componentes de violencia de género; sin embargo, en la sentencia se analiza la presencia de los presupuestos de la Legítima Defensa en el caso, y la posibilidad de justificar la conducta de J [REDACTED] descartando tal extremo en base a las pautas de valoración y adecuada motivación de la decisión con las que se abordaron los elementos de prueba subjetivos y objetivos. Se descartó, así, tanto la agresión previa de Giménez, como la posibilidad de un disparo accidental, considerando las características del arma.

Concluyó que, pese a las afirmaciones de la Defensa, en la sentencia se atendió a cada uno de los puntos planteados con controversia por las partes, como así también, las propuestas explicativas de la Defensa, aún el análisis del tipo subjetivo. Expresó que los puntos que para la Defensa constituyen agravios fueron pormenorizadamente desarrollados en la sentencia que se pretende cuestionar con el recurso, lo que evidencia que no se trata aquí de una crítica contra el pronunciamiento en sí mismo dictado, sino de una reiteración del planteo ante una tercera instancia. Sostener que la sentencia es inmotivada o arbitraria, en los términos en los que se encuentra expresado, se vislumbra como un vano intento defensivo de evitar la firmeza de la decisión y

sus consecuencias penales.

Finalmente, solicitó la imposición de la prisión preventiva al imputado, por entender verificado el riesgo procesal de peligro de fuga. Fundó su petición, en que Le [REDACTED] ha variado su domicilio con posterioridad a la audiencia de Debate Oral y Público, hoy residiendo en Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Además, se observa interjurisdiccionalidad de sus actividades, habiendo tenido tareas en Paraná, en Santa Elena, en La Paz, y en ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que verifica la existencia del peligro de fuga, riesgo que se está a tiempo de conjurar imponiendo la prisión preventiva, a partir de la ratificación de la sentencia de 2018, habido el doble conforme, y debiendo comenzar a ejecutar el cumplimiento efectivo de la condena.

IV- a) Reseñadas las posturas de las partes, y tomando en cuenta el alcance de la revisión en casación, deberé analizar si es correcta la conclusión a la que arribó el Tribunal, y si, en su caso, se llegó a la misma a partir de ponderar toda la prueba que ha pasado ante el juicio, de manera completa; además, si se dio fundamentación a la prescindencia de los elementos que no se analizan, y si se tuvo en cuenta el contexto en que los hechos sucedieron.

Así, deberán examinarse los giros inferenciales que surgen, lo que es fundamental, a la hora de analizar la corrección argumental y la justicia de una sentencia, pues el juez deberá valorar completamente las pruebas practicadas.

Jordi Ferrer Beltrán (cfr. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2007), al explicar los elementos que integran el derecho a la prueba, los divide en tres: 1- derecho a utilizar todas las pruebas de las que se dispone, 2- a que las pruebas sean practicadas en el proceso, y 3- derecho a que las pruebas sean racionalmente valoradas. Detalla respecto de este último elemento, que la exigencia de valoración racional de las pruebas puede descomponerse, a su vez, en dos elementos: que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte y que la valoración de las pruebas sea racional. La primera exigencia es a menudo incumplida, dice, con el recurso a la "valoración conjunta": ésta, si bien es indispensable, no puede usarse para evitar la valoración concreta de las pruebas que se aportan. La segunda

exigencia es que esa valoración sea racional: *"sólo así podrá entenderse que se respeta el derecho de las partes a probar, a producir un determinado resultado probatorio que sirva de fundamento a sus pretensiones"*, y solo así, si se garantiza que los hechos probados a los que se aplicará el derecho fueron obtenidos racionalmente a partir de los elementos de juicio aportados al proceso, puede garantizarse también un nivel mínimamente aceptable de seguridad jurídica.

El alcance debido, además, del derecho a la prueba, es, señala el autor, la obligación de motivar las decisiones judiciales. Cita a Taruffo, en tanto existe un derecho a obtener una decisión suficiente y expresamente justificada. *"En el ámbito del razonamiento sobre los hechos, esa justificación deberá versar tanto sobre los hechos que el juez declare probados como sobre los hechos que declare no probados"*. -Ídem, pps. 56 y ss.-

IV- b) Si, como hemos dicho en otros precedentes, el examen de una sentencia debe principiar por la pregunta sobre si la misma está suficientemente fundamentada, en orden a alejarse del acto de puro poder, y así traslucir que la decisión judicial es un acto que implica una operación racional conforme a la prueba que pasa ante el juez, y no una conclusión derivada de una mejor o menor persuasión, o de determinado estado psicológico del juez, este será nuestro primer análisis.

Dicha suficiencia en la fundamentación estará dada por corresponder a una conclusión a la que se llegue luego de valorar las pruebas conforme las reglas vigentes, y respetando el derecho a la prueba que tienen las partes.

Jordi Beltrán Ferrer, en "Derecho a la prueba y a la racionalidad de las decisiones" -en Jueces para la democracia, No 47, 2003, págs. 27/34-, a propósito de definir por qué se ha entendido el derecho a la prueba -"right to proof"- como una especificación del derecho de defensa, indica que debe sostenerse una concepción racionalista de la prueba, que rechace la vinculación entre prueba y convencimiento puramente psicológico del juez, y que la decisión judicial, para ser racional, debe tener como requisito mínimo, que se base en razones que la justifiquen sobre la base de algún criterio intersubjetivo. Sólo de este modo, es posible precisamente el control

intersubjetivo, esto es, de racionalidad.

IV- c) La ocurrencia de los hechos se determinará conforme a la valoración de las pruebas legalmente admitidas en el juicio, de acuerdo a un procedimiento reglado, y sin perder de vista, claro está, las reglas de exclusiones probatorias basadas en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, u otros valores que el Estado crea necesario preservar -por ejemplo, la divulgación de ciertos secretos-.

El mismo autor citado -en *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2007-, al analizar los elementos que integran el derecho a la prueba, nos indica que son tres, que son interdependientes entre sí: el derecho a utilizar todas las pruebas, de las que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso -donde señala que una "concepción robusta" del derecho a la prueba no puede conformarse con cualquier forma de práctica de la prueba en el proceso, debiendo maximizarse la participación de las partes a través del principio de contradicción, dando en todo momento a cada parte la posibilidad de probar lo alegado por la parte contraria-, y tercero, el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas.

Dentro de este tercer elemento, señala con acierto que es habitual considerar que el derecho a la prueba no supone el derecho a un determinado resultado probatorio, y por ello, y por una exagerada devoción a la discrecionalidad del juez en la valoración de la prueba, no es extraño que jurisprudencia y doctrina consideren a menudo que el alcance del derecho a la prueba se agota en los otros dos elementos -a utilizar todas, y a que sean practicadas en el proceso- sin tener en cuenta que la valoración racional de las mismas es un derecho en sí.

Así, señala Beltrán Ferrer, citando a Taruffo, que este autor indica que sería una garantía ilusoria y ritualista, el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas todas las pruebas, si no aseguramos el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión.

Esta exigencia, prosigue el autor, se puede descomponer en dos

elementos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte, y por otro, que la valoración de las pruebas sea racional.

Advierte que, si bien una decisión de los hechos no se puede realizar sin esa valoración conjunta, ésta no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas. Es más, sólo después de valoradas individualmente las pruebas, podrá hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas: *"Por ello, deberían ser considerados como violaciones al derecho a la prueba los supuestos en que algunas de las pruebas admitidas y practicadas no hayan sido tomadas en consideración"*.

Además, eso tampoco basta. Es necesario también que la valoración individual y conjunta, se adecúe a las reglas de la racionalidad.

IV- d) Entiendo que estas reglas no han sido respetadas en la sentencia atacada: no se valoran *in extenso* las pruebas, no se las merita conjuntamente, y se quebrantan las reglas por ello de la racionalidad que debe seguirse en las decisiones jurisdiccionales.

Cabe aquí recordar lo resuelto en "DAYER" (sent. del 05/11/2019), precedente de esta casación, respecto de la incorrecta interpretación que se hace corrientemente sobre el rol del juez en el proceso adversarial. Allí, mencionábamos que *"se repite frecuentemente -en algunos casos, con exceso de copy and paste- recomendaciones realizadas en obras de litigación respecto de determinada organización de las partes, como si fueran los fundamentos últimos del proceso. Así, se piensa en dos teorías del caso, sin más, "como gafas o cristales que se le ofrecen al juez" para que encuentre la solución correcta. Sin embargo, esta idea, que parece trasuntar una concepción persuasiva de los fines del proceso, no es la que en definitiva (felizmente) se impone al resolverse un proceso penal"*.

El juez, no resulta circunscripto al "cristal" con el que le hace mirar la parte, máxime cuando la parte no tiene más interés que la persuasión del Tribunal: el interés del juez será otro, atado a la verdad como verdad correspondencia, verdad procesal porque estará limitada por reglas en cuanto

a su descubrimiento, pero que no renuncia a la aproximación al conocimiento de lo sucedido, a su máximo acercamiento posible a la verdad.

Decíamos en otro precedente ("FERNANDEZ", sent. del 23/08/17), que la preocupación por llegar a la verdad de lo sucedido, se trasluce en la descripción que debe hacerse analizando todas las circunstancias apuntadas. Al respecto, resulta interesante recordar qué es lo que estamos dispuestos a pensar en relación a la verdad, a la prueba y al proceso, y qué, en consecuencia, podemos admitir como válido.

En "Prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva" -en FERRER BELTRÁN, J. y otros (coeds.). Debatiendo con Taruffo, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 273 y ss-, Diego Dei Vecchi señala: "así vista la cuestión, la relación entre prueba y verdad habría de analizarse en diversos niveles. En primer lugar, preguntándose si el proceso judicial debe estar dirigido a pronunciamientos con enunciados fácticos verdaderos.- En este sentido, se han dado buenas razones para mostrar que ello depende del éxito del derecho mismo en su función de dirección de la conducta de los ciudadanos (En la nota: se habla, en este sentido, de la verdad como ideal regulativo y de relación teleológica entre prueba y verdad (cfr. Ferrer Beltrán) ... El que un determinado ordenamiento procesal esté o no interesado en descubrir la verdad, y, en su caso, cuan interesado esté, parece ser función, entre otras cosas, de las exigencias de pruebas epistémicamente relevantes para adoptar la decisión final, de cuanta prueba se exija para considerar que los enunciados fácticos están probados y de quien deba o pueda ofrecer y producir prueba. Estas cuestiones son quizás el centro de discusión actual en "epistemología jurídica". En lo que por el momento importa, cabe decir solamente que si el ordenamiento exige efectivamente que la decisión se base en pruebas genuinas desde el punto de vista epistémico, a lo sumo, quedará por discutirse si la medida en que esa regulación propende a descubrir la verdad es o no satisfactoria, si se tutelan o no suficientemente otros valores, si se distribuye con justicia el riesgo de error, etc.: pero no cabría decir que no le interesa la verdad sin más por el solo hecho de concebirse al proceso como adversarial".

El concebir el proceso como adversarial, no significa que el juez se limite a declarar como ganador al mejor relator de su "teoría del caso". Entiendo el presente es, precisamente, un ejemplo claro del punto.

*En aquella repetición señalada, de manuales que indican mejores recetas para litigar, en cambio, parecería dejarse de lado el fin del proceso, la búsqueda de la verdad, emparentándose las soluciones más con las ideas de que las "historias" que se cuentan en un proceso judicial pueden ser tratadas como "narraciones", que a modo de espejo, y de manera acrítica, deben coincidir con la prueba que se produce (al respecto, es interesante consultar TARUFFO, M. *Simplemente la verdad*. Marcial Pons, Barcelona, 2010; en especial, el Capítulo II, "Narraciones Procesales", citado en numerosos precedentes).*

V- a) La juzgadora principia la sentencia indicando que concuerda con la hipótesis de la acusación y no de la defensa, a la vez que *ab initio* señala que descartará también, la legítima defensa y demás posturas defensistas.

Asimismo, tiene en cuenta la prueba documental, los croquis, fotografías, y los rastros levantados.

Pondera los dichos del oficial Logran en debate, sus apreciaciones sobre el lugar del hecho y el estado de la puerta, a la vez que las manchas de sangre que constató en el lugar, y lo que Gí[REDACTED] le habría dicho cuando lo entrevistó. Si bien señala que no está discutida la autoría del disparo (en tanto, sostiene, no fue tema de controversia por las partes), tiene en cuenta también el allanamiento, la requisa y el secuestro del arma, y la comparación de proyectiles hallados en el lugar donde vivía L[REDACTED]

También valora los dichos del oficial actuante, Gelvez, y lo que explicó sobre el lugar del hecho, lo que se encontró allí, el reguero de sangre y los lugares que se constatan en el informe fotográfico. Analizó, a su vez, el informe y la declaración del médico Osvaldo Benítez, quien examinó a G[REDACTED] y respecto del cual constató herida de bala, que se encontraba bajo los efectos del alcohol (presentando aliento etílico) y -aparentemente- también bajo efecto de drogas. Asimismo, el médico explicó que G[REDACTED] se encontraba estable.

La Jueza también analiza la historia clínica de la víctima y lo que el médico

Eduardo Martín (médico forense) relata sobre las heridas que presentó, el lugar del cuerpo donde se le constataron, y que no presentó riesgo de vida. Y asimismo, el informe del Dr. Martín Gariblogio, en tanto detalla las heridas de Giménez.

La vocal tuvo en cuenta también en extenso, todo lo que el perito en balística, Leones, aportara en el juicio: que el arma era hechiza, la posición en la que se debía poner el tirador para disparar, y la fuerza que es preciso hacer con el gatillo, de un kilo doscientos gramos, para que fuera disparada; y también, que el personal de Criminalística que trabajó en el lugar del hecho, pudo observar en la tierra, hojas de los árboles que contenían manchas de sangre, y que se había hecho un recorrido del sangrado de la víctima, del que surgía una trayectoria que iba del este hacia el oeste en la calzada, y luego iba al sur, casi en la intersección, en forma zigzagueante.

Ponderó especialmente la juzgadora que este testigo explicó que el portón de ingreso estaba inserto en su margen izquierdo, con cierre sobre el margen derecho, en óptimas condiciones, y que el rastro de sangre estaba en la calzada; desde el punto de vista técnico, habló de un goteo vertical, sobre las hojas, goteo que se desplaza al este, y que no hay otra mancha de sangre. Y que respecto de este punto -dónde está la sangre- convergen con esta testimonial del perito, las declaraciones de G[REDACTED] y de G[REDACTED] en la realización del disparo de arma de fuego por el inculpado, como el recorrido de G[REDACTED] hacia el domicilio de la familia L[REDACTED] buscando auxilio, que coincide con el reguero de sangre.

Por ello, entendió que quedó claro que el día del hecho, L[REDACTED] disparó hacia el lugar donde estaba la víctima, ocasionándole heridas en una zona vital, y que, conforme los informes médicos, esas lesiones son graves; que el arma secuestrada fue modificada para realizar disparos calibre 22, y que fue disparada, según señala el perito informante.

V- b) Una vez analizado todo ello, consideró la juzgadora que debían analizarse las causas de esas lesiones en G[REDACTED]. Y así, repitió todo lo que se transcribiera en la sentencia, respecto de lo que dijo G[REDACTED] en juicio, y de lo que dijo P[REDACTED] G[REDACTED] dichos que transcribió nuevamente. Asimismo, reiteró

la transcripción de la declaración de C. L. de R. A. G. de L. y a su vez, transcribió los dichos de L. en su indagatoria en el juicio, y también los dichos de la indagatoria prestada en la investigación penal preparatoria. También se reitera la transcripción actuada de los dichos de la madre de L. G. M., y, luego de ello, concluyó que claramente las declaraciones brindadas por el inculpado están desvirtuadas por las declaraciones de G. G. la prueba objetiva, y la declaración de C. L. A ello le sumó la falta de prueba de las afirmaciones de L. y de los cambios que fue introduciendo luego, también en la reconstrucción del hecho, según señala la juzgadora.

Luego de la transcripción, dedicó unas líneas a la ponderación de estas testimoniales, y señaló que de las pruebas surgía la negativa de G. y de G. de haber ingresado al predio donde se encuentran las viviendas y la construcción de los L. lo que también surgiría, para la juzgadora, de los dichos de C. Esta testigo es ponderada en este párrafo por la Vocal, en tanto señaló que vio que G. y L. discutían, pero estando Lemonge en el interior del predio (cerca del portón), y G. del lado de afuera del mismo, cerca del portón, al que si bien dice haber visto forcejear el portón, no vio que ingresara al lugar, "*más aún también*", dice, ubica a Lemonge cerca del portón de ingreso, y no próximo a su habitación, como él indicó.

Luego de estas consideraciones, la juzgadora señala que estas declaraciones se compadecen con las manchas de sangre que están descriptas en el croquis que ponderara, junto con las declaraciones de L. G. - que no vio en el interior del predio manchas de sangre-, y las fotografías. Además, realiza una comparación del lugar en el que, según Giménez y G. estaba parado G. lo que extrae tanto de las testimoniales de éstos, como de la reconstrucción del hecho, con el lugar donde se constató - según la prueba objetiva- que caen las gotas de sangre, más los relevamientos y el informe de Criminalística.

A la vez, considera que no se constató fuerza o violencia en el portón de ingreso, lo que se podía ver en las fotografías, y se extrae de los dichos del

testigo Leones, según el cual el portón de ingreso estaba sujeto sobre su margen izquierdo, con cierre en el lado derecho.

Le suma a esa consideración, que la agresión que dice haber sufrido Joe Lemonge por parte de Giménez no se constató, ni aportó la Defensa ropa rasgada producto del forcejeo, según el tenor de sus dichos, y tampoco se constató el corte que tenía en su mano; al respecto, tiene en cuenta que el Dr. Be [REDACTED] solo observó escoriaciones superficiales sobre la mano izquierda, no sangrado, que es incompatible con los dichos de Le [REDACTED], sumado a que no se le encontró nada en el hospital a Gi [REDACTED]-la sentencia, en un yerro, dice *el inculpado-*, ni al respecto nada dijo Lo [REDACTED]

A la vez, descarta los dichos de la madre de Le [REDACTED] en ese sentido, porque si no pudo ver un arma en las manos de su hijo, menos pudo haber visto una trincheta en manos de Gi [REDACTED]

V- c) Pondera a su vez la juzgadora, que las versiones que dio el inculpado son inverosímiles, sobre que no sabía que tenía un arma en sus manos, y que además, agregó que estaba R [REDACTED] Gi [REDACTED] en el lugar, y luego dijo que no estaba, en el juicio, luego de receptadas las testimoniales.

En este sentido, vuelve a transcribir parte de la indagatoria de Lemonge, y señala que el perito Leones dijo que el arma debe ser montada para producir un disparo -es decir, debe estar preparada-, y le resulta inverosímil que no se advierta el peso del arma, que es de 2,600 kg, como indicó el perito en la audiencia; señalando la fuerza que debió hacer para disparar, y al respecto, el recorrido que debió hacer, según consta en la reconstrucción del hecho.

A la vez, tiene en cuenta lo que dice el perito Leones sobre la imposibilidad de tomar el arma con una mano y levantarla, para considerar que es incompatible con lo que dijo el acusado, sobre el desconocimiento de poseer un arma en las manos. A ello se suma que el testigo Go [REDACTED] dijo que tenía miedo que le disparara a él, y que sabía que tenía un arma, por conocimiento anterior con el testigo que la imputada no negó.

V- d) Luego de toda esa ponderación, la Vocal señala que si bien no le caben dudas que Le [REDACTED] ha sido objeto de diversos sufrimientos y padecimientos por su orientación sexual, discriminación, insultos, y

probablemente agresiones, dificultades para conseguir empleo y para reinsertarse laboralmente (lo que narró también su madre en el debate), no hay testigos de que los mismos hubieran partido de G[REDACTED] ni que el hecho hubiera acaecido en el marco de ese contexto, lo que *"ni siquiera C[REDACTED] L[REDACTED] lo confirma, sino que más bien el reclamo viene por la provisión de estupefacientes"*, asevera.

La circunstancia de la venta de estupefacientes, la considera la Vocal, a raíz de lo que dicen G[REDACTED] y G[REDACTED] de lo que le dicen a L[REDACTED] y de lo que dice L[REDACTED] transcribiendo parte de la declaración de ésta última: que escuchó que un chico del lado de afuera en el portón, peleando, discutiendo le decía *vendeme, vendeme otra no seas gorda gila, dale vendeme*, y ella le contestaba *no tengo, voy a llamar a la policía, no tengo más, ya está*, en una ponderación de la testigo C[REDACTED] L[REDACTED] que se contradice con el párrafo anterior, en donde señaló que los insultos y la discriminación en el momento, no fueron confirmados por nadie más que la madre, y que ni siquiera C[REDACTED] L[REDACTED] lo confirmaba.

La jueza descarta la existencia de un contexto de causal de justificación porque, explicó, debe haber una agresión ilegítima, actual o inminente que torne necesaria la defensa, la que descarta porque, señala, a excepción de los dichos de L[REDACTED] y de su madre, no se acredita la existencia de improperios hacia L[REDACTED] como provenientes de G[REDACTED] en base a su identificación sexual; ni que éste ingresara al predio forzando el portón y forcejeara con Lemonge.

Finalmente, la vocal pondera que los testigos G[REDACTED] y G[REDACTED] han sido contestes, y que sus relatos han sido mantenidos, representados y detallados en la reconstrucción del hecho, y corroborados por las pruebas en general.

V- e) En la segunda cuestión, la Vocal parte de la conclusión de que el imputado disparó con un arma de fuego al lugar donde se hallaba la víctima, impactándola en una zona vital; subsume la conducta de L[REDACTED] en la figura de Homicidio en grado de tentativa, señalando que no le cabe ninguna duda que la conducta asumida por L[REDACTED] configura la acción típica de la figura de

referencia.

Y desde el punto de vista subjetivo, entiende que claramente el imputado obró con dolo, dado que efectuó un disparo de arma de fuego, que tenía en su poder, que no pudo ser accionada en forma accidental; arma que tenía un indiscutible poder ofensivo, con la que hirió gravemente a G[REDACTED]. Señala además que, aunque se aceptara que no tenía intención de matar a la víctima, teniéndola a la vista a escasa distancia, disparó hacia ella, por lo que era evidente que conocía el peligro que creaba con su obrar, para el bien jurídico vida.

Realiza consideraciones sobre el tipo subjetivo, citando a Bacigalupo, Hrushka, Ragués i Vallés, cita jurisprudencia, y concluye que Lemonge hizo todo lo que tenía que hacer para matar a G[REDACTED] dándose los presupuestos de la tentativa.

Destacó que no había razones que le impidieran concretar positivamente el juicio de antijuridicidad de la conducta del imputado, ya que la presunta agresión que mencionó la Defensa en su alegato final, como sufrida por L[REDACTED] de la cual debiera defenderse, no tiene asidero probatorio. Puntualiza que, de lo reseñado, surge que no se acreditó que la acción desplegada por el imputado fuera una repulsa de agresión ilegítima, actual o inminente; menos aún, entendió, podría considerarse un obrar enmarcado en la necesidad de defensa, ni dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla, porque en el momento del disparo, **"quien se encontraba en situación de vulnerabilidad era justamente la propia víctima, no corriendo ningún riesgo la autora"**.

Desde esta perspectiva, dice que obviamente bajo estas circunstancias, no se puede entender que la acción del imputado fuera de autodefensa, ni que haya estado legitimado para defenderse de ese modo, absolutamente irracional, cuando *"-claro está- que con sólo ingresar a su habitación podía lograr el mismo objetivo"*. Así, le resultó fuera de toda discusión que la conducta de Lemonge pudiera quedar amparada en la legítima defensa, porque aun cuando pudiera considerarse verificada la existencia de una discusión anterior, no se demostró la existencia de una agresión ilegítima,

actual o inminente que impusiera la necesidad de defensa, y el encartado tenía la posibilidad de entrar a su vivienda y, en todo caso, requerir la presencia policial. Por ello, las alegaciones en tal sentido, le parecieron un vano intento defensivo de pretender ampararse en la figura del tipo permisivo del art. 34 inc. 6 CP, que -consideró- no existía.

VI- a) A la hora de analizar la prueba, conforme los conceptos con los que principiamos la presente sentencia (sobre la necesidad del análisis global, y a que se motive lo que se concluye sobre toda la prueba), advierto que la ponderación que encontramos en la sentencia de grado, resulta incompleta.

Así, en primer lugar noto que entre lo que dicen C [REDACTED] y G [REDACTED] y lo que señala L [REDACTED] en sus indagatorias, no existe una relación de oposición o contradicciones, por lo que -ponderado con el resto de la prueba- no puede afirmarse sin más, que los dos primeros sean absolutamente contestes y concordantes -G [REDACTED] omite el tono con el que reclamaba a L [REDACTED] por ejemplo, si lo confrontamos con lo que dice L [REDACTED], y ninguno de los dos da detalles sobre por qué entendieron que debían atenderlos a esa hora de la madrugada y por qué se permitían semejante actitud intrusiva.

En efecto, tanto la acusación fiscal como la sentencia, valoran la actitud de los dos como comportamientos estereotipados, inocuos, asemejándolo a la de clientes de un comercio abierto, a punto de cerrar, que solicitan se les haga una venta de último momento. Pero, además, esta supuesta concordancia entre G [REDACTED] y G [REDACTED] choca con lo que afirma la vecina L [REDACTED] que vio en la ocasión.

Entiendo se omite analizar no sólo el tono en el que G [REDACTED] dice haberse dirigido, sino además, que su explicación resulta poco creíble, confrontado con lo que dice una tercera imparcial, como es la vecina L [REDACTED]. El tono hostil que tenía Giménez, se puede ver, además, en lo que declara L [REDACTED] y puede inferirse del estado en el que se encontraba: afirma haber estado tomando alcohol y drogas, desde hacía nueve horas, sin interrupción.

Advierto que las circunstancias en las que G [REDACTED] se presenta al domicilio de L [REDACTED], su posición, el lugar, el estado, la compañía, no son valoradas cuando se descarta la posible actuación en legítima defensa del

imputado, ni siquiera para soslayarlos o minimizarlos.

Es en ese despojo de circunstancias, que la Vocal concluye que las manifestaciones de G[REDACTED] y G[REDACTED] convergen en el lugar donde estaba el damnificado; y concluye también, que L[REDACTED] salió de su habitación con el arma en la mano, y mediando una breve discusión por el tema de la venta de estupefacientes, sin más disparó a una distancia no inferior a los dos metros, al cuello de la víctima.

Sin embargo, el tema de la venta de estupefacientes, y la discusión que se habría generado a raíz de la misma, sólo son referidas por G[REDACTED] y G[REDACTED] sin dar demasiadas explicaciones, a juzgar por lo que se ve y escucha en el soporte fílmico, tanto de la audiencia como de la reconstrucción del hecho. Así, qué es lo que iban a comprar, cuántas veces habían ido, cuánto dinero tenían, con quién más estaban, son circunstancias que harían a su credibilidad, y sin embargo, los mismos no aportan.

En este punto, debo señalar que la indagatoria de L[REDACTED] parece haber sido desnaturalizada, y tomada -de hecho- como una testimonial, por lo que se dice en determinados pasajes de la sentencia, y por las inferencias que, considerando el contenido de la misma, se realizan. Así, por ejemplo, la sentencia valora que L[REDACTED] no habría negado su relación con G[REDACTED] (de lo que se desprendería, que el inculpada L[REDACTED] no podía ignorar que tenía un arma y dónde estaba, porque así lo dijo en su testimonial G[REDACTED], pero se olvida que L[REDACTED] nada dijo respecto de su relación con G[REDACTED] y que de su silencio no se puede inferir la veracidad de ese conocimiento previo, de relación laboral, de intercambio de drogas.

También, la sentencia toma, evidentemente, como indicios de que Lemonge falta a la verdad respecto de lo sucedido esa madrugada en su casa, cuestiones que implícitamente -porque los considerandos son escuetos- marca como contradicciones.

Así, la sentencia señala (fs. 217) que *"las versiones dadas por la inculpada respecto del desconocimiento que poseía un arma en sus manos y que recién lo advirtió al producirse el disparo, no sólo han sido contradictorias sino inverosímiles"*, -detallando las diferencias entre lo que dijo en la

indagatoria en IPP, en la reconstrucción del hecho, y en la declaración en juicio, respecto de la forma en que se produce el disparo-, y agrega, como contradicción, que *"en cuanto a las personas presentes en el lugar, en su primera declaración (I.P.P.) dijo que también se hallaba presente Ru [REDACTED] G [REDACTED] para luego, una vez receptadas las testimoniales en el Juicio, decir que no se hallaba en el lugar"*.

Si bien, la forma en que el imputado en su indagatoria describe el disparo hacia G [REDACTED] ofrece incongruencias y contradicciones, existen otros puntos que no; que sirven para explicar el suceso, y que se descalifican de plano, dándole un sentido de contradicción en la versión -y conclusión-, similar a la de un testigo obligado a decir verdad.

Así, en la enumeración de las contradicciones, se señala la cuestión de quiénes se hallaban presentes, punto sobre el que se habría contradicho el imputado al responderle al fiscal. Sin embargo, del soporte fílmico, podemos apreciar el interrogatorio:

Fiscal: ¿A quiénes describió usted que estaban en el frente de su casa, cuando usted salió? ¿Cuando salió usted, cuando decidió salir de la construcción, a quienes había visto por la ventana?

Le [REDACTED] a G [REDACTED] y a G [REDACTED], y se escuchaban gritos desde lejos o algo por el estilo. Verlos, sí, vi a G [REDACTED] y a G [REDACTED]

F: ¿Recuerda haber dicho en la declaración durante la IPP, haber visto a tres personas, a las tres personas que conocía que eran parte, testigos de este caso?

L: Yo creo que sí, lo dije, voy a hacer de todas maneras la aclaración, de que, si escuché esos gritos, porque yo ya estaba...

F: De haber visto, no de haber escuchado gritos

L: Bueno, pero le estoy diciendo, como escuché gritos, yo estaba intuyendo que el que estaba, el que faltaba ahí, era G [REDACTED] R [REDACTED]. Por eso, en el momento, yo dije que me pareció ver tres personas, pero sí que había visto a G [REDACTED] y a G [REDACTED]. Inclusive, podría haber estado pasando una persona por ahí, me pareció ver, parecían tres.

A esto se suma, que la presencia de Ru [REDACTED] G [REDACTED] en las inmediaciones, no sólo está dicha por el testigo G [REDACTED] sino corroborada por él mismo, que presta declaración en el juicio. Si, por el contrario, nos posicionamos en que Le [REDACTED] miente al respecto, tenemos que pensar que la inclusión de esta tercer persona (Ru [REDACTED] G [REDACTED]) en el escenario de los hechos, la inventó en la IPP, pero justo coincide con los dichos de su madre -que habla de Ru [REDACTED]

como perteneciente a la *bandita* de G[REDACTED]-, y con la admisión del mismo R[REDACTED] G[REDACTED] quien dijo que estuvo en el kiosco con G[REDACTED] y González, y estuvo tomando toda la noche.

Como se advierte, hacer surgir de una supuesta contradicción -que, por el contrario, está suficientemente explicada ante el fiscal- sobre la presencia de las personas en el lugar, la conclusión de que los dichos de L[REDACTED] son inverosímiles, resulta un corte en el razonamiento que es inadmisibile.

VI- b) Asimismo, en la sentencia se extraen consecuencias -por la negativa- que resultan incompletas, y por ello, no pueden conducir a la conclusión a la que se arriba.

Así, de la posición en que quedan las gotas de sangre en el suelo, se infiere dónde se habría producido el disparo; y, con ello, se descarta la apreciación defensiva que hace L[REDACTED] en su indagatoria, y se tienen como absolutamente veraces los dichos de G[REDACTED] y G[REDACTED]. Sin embargo, se observa de la prueba objetiva agregada, que la diferencia -según la planimetría- de las distancias que habría habido entre L[REDACTED] y G[REDACTED] es de menos de 30 cms.

En efecto, tomando la versión de G[REDACTED] el disparo se habría producido a 1,88 mts. de distancia -entre la boca del cañón y el testigo-, y G[REDACTED] y L[REDACTED] habrían estado a una distancia de 2,09 mts.; y tomando la versión de L[REDACTED] el disparo se habría producido a 1,06 mts., estando ambos a una distancia de 2,01.

La sentencia analiza el croquis referencial, la testimonial de L[REDACTED] lo que observa el oficial G[REDACTED] -en tanto no visualizó manchas de sangre dentro del predio-, las fotografías tomadas por L[REDACTED] las manchas de sangre que se observan en las fotografías, caídas sobre unas hojas que están en el cordón Este del frente del domicilio, y el desplazamiento de este goteo, para concluir que el lugar en el que sostienen G[REDACTED] y G[REDACTED] que se hallaba G[REDACTED] en el momento del disparo, es donde caen las gotas de sangre; esto, sumado a lo indicado en la reconstrucción del hecho, es parte de la conclusión de que, como G[REDACTED] no habría ingresado al predio que habitaba L[REDACTED] no habría existido una legítima defensa por parte de éste.

Así, la sentencia afirma "Ahora bien, claramente las declaraciones brindadas por la inculpada, en parte apoyada por su progenitora, se ven desvirtuadas no sólo por las declaraciones concordantes de J. G. y Pa. G. sino también por la prueba objetiva reunida y hasta, la declaración de Ca. L. A ello se suma la carencia probatoria de las afirmaciones de la inculpada y los cambios que fue introduciendo tanto en sus declaraciones como en su versión del hecho al efectuarse la Reconstrucción del mismo. En tal sentido, de las pruebas mencionadas precedentemente surge la enfática negativa de G. y también de G. de ingreso al predio donde se encuentran las viviendas y construcciones de los L. entre ellas la habitación ocupada por la inculpada y depósito lindante. Ello también surge, si bien dijo no haber visto el momento del disparo, de los dichos de C. L., quién vio que L. y G. discutían, pero estando Lemonge en el interior del predio (cerca del portón) y G. fuera del mismo, cerca del portón, al que si bien dice haberlo visto forcejear el portón, no vio que ingresara al lugar, más aún también ubica a L. cerca del portón de ingreso y no próxima a su habitación como indicó ésta".

Como se advierte, el análisis es incompleto, se descontextúa, y no se analiza la totalidad de la prueba, en el sentido que habíamos indicado al comienzo, citando a Jordi Ferrer Beltrán, sobre el derecho a que se concluya respecto de toda la prueba, y se explique -con argumentos claros y completos- qué es lo que la prueba le dice al juzgador.

En efecto, de la declaración de C. L. no surge que desvirtúe lo que dice Lemonge, ni tampoco una ajenidad absoluta del ingreso al predio de Lemonge por parte de Giménez; no se puede afirmar sin más, respecto de ésta, lo que dice la sentencia ("quién vio que L. y G. discutían, pero estando L. en el interior del predio (cerca del portón) y G. fuera del mismo, cerca del portón, al que, si bien dice haberlo visto forcejear el portón, no vio que ingresara al lugar").

Se escucha declarar a Ca. L. vecina de L., hija de quien posteriormente auxilia a G. que dice:

Lu... ella les decía que iba a llamar a la policía

Defensa: ¿cuánto tiempo duró aproximadamente, lo que usted pudo observar?

L: No, no le puedo decir, porque se me despertó el nene y yo no presté más atención, porque eso ya era algo común ahí

D: ¿Cuál era la actitud del señor Gi... estaba parado?

L: Sí, parado

D: ¿No hacía ningún movimiento?

L: Parado, forcejeando el portón

D: Forcejeando el portón... ¿Como queriendo entrar?
(objeción fiscal)

L: estaba parado, del lado de afuera, del portón, del portón a la calle hay un trecho de unos metros, después está la calle, estaba parado sobre el portón, forcejeando así (hace movimiento con ambas manos)

Entonces, aquella conclusión, al menos, sesga lo que se escucha decir a la testigo Lu... y si se determinó, que estaba hablando de otro episodio, ocurrido más temprano que el del momento del disparo, así debió aseverarse. Pero no se puede tomar sus dichos como confirmatorios de las incompletas narraciones de Gi... y Go...

De la totalidad de la testimonial de esta vecina -tercera, absolutamente ajena a la contienda generada entre Gi... y Le... surgen cuestiones que no se tomaron en cuenta en la sentencia y que, por el contrario, al final de la primera cuestión, se desvinculan expresamente del contexto en el que sucedieron los hechos.

Esta testigo, señala que en el barrio se han burlado de Le... indicando que hasta ella misma se ha burlado, por su vestimenta, por traer novias a la casa; indicó que se escuchaban gritos, insultos -*gorda puta, trola, torta*, cosas así-; que en el barrio muchas personas se burlan, e incluso ella reconocía haber estado en la vereda, y reírse. Describió que la veían comprando, y la insultaban, cada vez que ella salía o iba a comprar a los kioscos del barrio; e indicó que era *la barrita del barrio*, no pudo identificar quiénes, que son muchos, que se juntan en las esquinas, a los que no puede identificar porque un día están unos y otros días otros, pero que se juntan de noche, los que siempre se burlan.

Esto coincide con el escenario que describe no sólo Le... en su indagatoria, sino con lo que dice su madre, Ge... Me... que describe un hostigamiento y un asedio hacia su hijo, fundado en su elección sexual y en

una cuestión física; señala a Gi[REDACTED] y a Go[REDACTED] como pertenecientes a ese grupo de agresores, como personas conflictivas, y que agredían a su hijo antes del hecho, incluyendo a Ru[REDACTED] Go[REDACTED]-alias Ru[REDACTED].

Destaco esto, porque la sentencia aclara que no duda de que la identificación sexual del encausado, le trajo aparejados sufrimientos y padecimientos, discriminación, insultos y agresiones, pero lo desvincula totalmente de G[REDACTED] y del hecho -señalando *"lo cierto es, que salvo su madre, no hay otro testigo, actuación o medio probatorio de que los mismos hayan partido de Gi[REDACTED] y menos aún que el hecho acaecido, lo haya sido en el marco de este contexto (ni siquiera Ca[REDACTED] Lu[REDACTED] lo confirma), sino más bien el de reclamo de provisión de estupefacientes"*-.

Si bien la sentencia transcribe (casi) todo lo que dice la testigo C[REDACTED] Lu[REDACTED] no la pondera en su totalidad; y lo que vuelve a valorar, luego de afirmar que la agresión y el contexto discriminatorio nada tuvieron que ver con el hecho del que resultara víctima Gi[REDACTED] parte de lo que dice esta testigo, pero en el sentido de confirmar que el problema era un reclamo de provisión de estupefacientes. Y así, se destaca (a fs. 219) *"un chico del lado de afuera en el portón, peleando discutiendo, le decía vendeme, vendeme otra no seas gorda gila, dale vendeme, y ella le contestaba no tengo, voy a llamar a la policía, no tengo más ya está, que luego la declarante se acuesta... Que, respecto de la discusión, él le pedía que le venda y ella le decía que no tenía más, y discutían, ella le decía que iba a llamar a la policía, no puede precisar el tiempo que duró la discusión porque se despertó el nene y ella se acostó, que no le prestó más atención porque eso ya era algo común ahí..."*.

Todo esto, como confirmatorio de la venta de estupefacientes, junto con el estado de intoxicación constatado médicamente en G[REDACTED] en el Hospital, y los envoltorios de nylon de 2 cms por 2 cms. encontradas horas más tarde, en el allanamiento de la casa, en la habitación de Lemonge.

Entonces, para concluir que no hubo un episodio en el medio de un contexto y de un historial de humillación, discriminación, insultos y agresión hacia Lemonge, se dice que esto sólo lo afirma su madre; pero no se valora lo que al respecto afirma Ca[REDACTED] Lu[REDACTED].

Para decir que el episodio ocurrido entre Gí[REDACTED] y Le[REDACTED] no tenía nada que ver con el contexto discriminatorio, sino con la venta de estupefacientes, se toma lo que dice la prueba objetiva sobre el estado de intoxicación de Gí[REDACTED]—cuando llegó herido al hospital—, y se toma parte de la discusión que dice haber escuchado C[REDACTED] Lu[REDACTED], en la que Gí[REDACTED] le insistía a Le[REDACTED] "*vendeme, vendeme*"; y si bien se transcribe que C[REDACTED] Lu[REDACTED] había indicado el forcejeo de G[REDACTED] para entrar a la casa de Le[REDACTED] y se señala que —al menos— le decía *no seas gorda gila*, y ella le contestaba *no tengo, voy a llamar a la policía*, esto se entiende como parte de la prueba de la supuesta venta de drogas de Le[REDACTED] y se desvincula totalmente del contexto defensivo que expresamente se niega en la sentencia. El indicio de los envoltorios de nylon encontrado en la habitación, vacío, serían prueba coadyuvante de que esto habría sido así.

Como se ve, toda esta valoración violenta las reglas de la sana crítica racional; en primer lugar, porque resulta absurdo que alguien, que es supuesto vendedor de drogas, que tiene una discusión en esa calidad con un consumidor comprador (desplegando el primero una actividad ilícita, sancionada con una muy grave pena), amenace al supuesto comprador con *llamar a la policía*; en segundo lugar, porque no se puede extirpar de la declaración, al menos, el insulto del comprador, al menos el de *gorda gila* que escucha Lu[REDACTED] en tercer lugar, porque lo que afirma Lu[REDACTED] es haber escuchado *vendeme*, sin referencia a objeto alguno; en cuarto lugar, porque los envoltorios de nylon, de 2cms. por 2cms., que por sí solos nada probarían, **no se secuestran en ningún acta respectiva como se dice en la sentencia** —cfr. Acta de procedimiento, parte policial—; **tampoco se aprecia ningún envoltorio en las fotografías del allanamiento**, y sólo surgen de los dichos del oficial G[REDACTED] sobre lo que él visualizó en el lugar. Esta supuesta prueba, equívoca, mal podría coadyuvar a la conclusión tan terminante que se hace en la sentencia, la aseveración de que el entredicho entre Giménez y Le[REDACTED] sólo derivaría de una cuestión de ventas de estupefacientes.

Y, en quinto lugar, porque al menos resulta algo irracional, que se pase a disparar un tiro a alguien que es un cliente, en un pueblo chico, solo porque no

se le quiere vender ese día; la genérica alusión a que se trataba de un "tema de venta de estupefacientes" parece poder incluir en sus entornos y consecuencias, los disparos de arma de fuego; pero en un análisis judicial, no se escapan de tener que seguir una línea argumental.

Esto es que, si se termina expresando que el motivo del disparo a Giménez fue por un tema de venta de drogas y se descarta la versión defensiva del imputado, al menos debería poder asirse la aseveración, en elementos que concuerden y converjan racionalmente.

VI- c) También se advierte, que no se tiene para nada en cuenta lo que dice la madre de Lemonge, quien declara largamente, describiendo el historial de vida de su hijo, en referencia a discriminaciones, asedio y humillaciones. Relató que el lesbianismo le ocasionó miles de problemas, en el barrio, con esos chicos, que no podía hacer mandados porque le gritaban cosas como *gorda tortillera, te gusta comerte otra hembra, sos un macho viejo, das asco*, etc., relatando una vida difícil en la escuela secundaria, y más en su barrio con personas sin conocimiento. Que siempre había una barrita, que cuando la mandaba a hacer algún mandado, le gritaban cosas.

Refirió también, que eran terribles los insultos, hacia su casa, cuando puso el kiosquito; que G[REDACTED] había ido a comprar una cerveza y que ella no le quiso dar fiado y él le gritó de todo; que forcejeaban el portoncito de su casa para entrar; que después de este hecho, le quemaron la casita y que el fuego llegó a su casa; que quería que su hijo se quedara a vivir en Paraná, porque con su marido sufrían de ver todas las cosas que le pasaban en Santa Elena; que le tiraban cascotazos y gomerazos, que les rompieron un vidrio con un gomerazo; que Joe nunca reaccionaba violentamente; que la conducta por parte de G[REDACTED] pretendiendo que le diera fiado, se repitió desde que puso el kiosquito, en mayo, hasta octubre, cuando pasó el hecho; que no podía salir ni a la vereda con su esposo, porque ellos pasaban y les gritaban cosas, estaban bebidos, sacados; que el día del hecho vio al chico dentro de su patiecito, que había forzado su puerta, que tenía un pasador y además estaba soldada; y que G[REDACTED] gritaba *vendeme gorda puta, gorda tortillera, vendeme, dame porrón hija de puta, cómo a otros les vendes y a mí no, vos entonces tenés clientes*

elegidos, hija de puta, son todos hijos de mil putas, a vos te voy a matar, a tus padres les voy a quemar la casa, cosa que después se consumó.

La señora M[REDACTED] también señaló que el grupo que agredía a su hijo antes del hecho, eran los hermanos G[REDACTED] J[REDACTED] M[REDACTED] R[REDACTED] G[REDACTED] G[REDACTED] y los dos hermanos más que tiene J[REDACTED] G[REDACTED] que a todos los veía juntos, son amigos; y que ese grupo, tenía conflictos con varias personas, que agredían hasta físicamente a aquellos que no les daban bebida.

También explicó que en su casa tenían ovejas, pero se cansaron de que se las robaran, y que cuando eso sucedía, su marido disparaba tiros al aire para amedrentar; que en su casa hay dos armas de fuego. También, que el incendio de su casa ocurrió con posterioridad al hecho, y que las situaciones de piedrazos y agresiones sufridas, fueron objeto de exposiciones policiales, no de denuncias. Y respecto del robo de los sillones, punto que también había aportado el inculpado, no hizo denuncia.

Todos estos dichos de la señora M[REDACTED], no son valorados ni para descartarlos. Lo que se toma de ello, en la sentencia, es la imposibilidad de haber visto en la mano de G[REDACTED] en la ocasión, una trincheta, porque - señaló- tampoco vio lo que tenía su hijo en la mano.

Sin embargo, J[REDACTED] L[REDACTED] presentaba escoriaciones en la mano, constatadas por el médico B[REDACTED] lesiones superficiales a las que sólo se las tiene en cuenta en la sentencia para afirmar que (como no está constatado que sangraban cuando las ve el médico) lo sostenido por L[REDACTED] respecto de la agresión de G[REDACTED] en el episodio, no era cierto.

Así, se afirma (a fs. 216/217): "*la agresión que en los momentos previos dice haber sufrido la inculpada por parte de G[REDACTED] no se encuentra corroborada por prueba alguna. No ha aportado la defensa la vestimenta rasgada o rota en su cuello producto del forcejeo a tenor de lo dicho por la inculpada al prestar declaración (que recién introdujo en el Juicio pero a la que no hizo referencia en I.P.P.), tampoco el corte que adujo tenía en su mano, más aún al respecto, al prestar declaración el Dr. B[REDACTED] quien dijo haber examinado a la Srta. L[REDACTED] (no se adjuntó la certificación médica), manifestó que sólo le observó "escoriaciones superficiales sobre la mano*

izquierda, es decir raspones, no tenía sangrado" (del que se ignora tiempo y modo de producción), ello es claramente incompatible con el corte y sangrado relatado por la imputada".

Se ve entonces, que lo que dice el imputado en su indagatoria, es descartado por falta de corroboración por prueba alguna, en parte por no haberse aportado la ropa rasgada que refiere, y por otra parte, porque se observa incompatible -lo que constata Be [REDACTED] con el corte y el sangrado referido por el imputado.

Sin embargo, se admite que no se adjuntó certificación médica -lo que no permitiría saber cuándo la examinó Be [REDACTED] y cuánto tiempo habría pasado desde la lesión-, y se malinterpretan los dichos de Le [REDACTED] en la indagatoria.

Efectivamente, según lo que transcribe la misma sentencia, que se puede corroborar en el soporte fílmico, con un despliegue de gestualidad, Le [REDACTED] habría dicho que, cuando se descuida, G [REDACTED] tenía el buzo cubriéndole la mano, que hace un movimiento y pensó que la había arañado, y luego ve apenas algo como una púa o algo por el estilo, que no sabe bien decir lo que era, que sintió ardor y observó que su mano se puso roja y brotó sangre, no chorreó, pero recordaba que brotó en su mano la sangre.

En la IPP, a su vez, había relatado la agresión con un objeto cortante, que le produjo heridas en la mano, que comienzan a sangrar inmediatamente, y al sentir el ardor, el dolor más el miedo, siguió forcejeando.

Entonces, no se puede colegir que lo que constata Be [REDACTED] en la mano de Le [REDACTED] no se debió a lo que éste señala que se lo provocó; no hay una incompatibilidad absoluta, como parece concluirse en la sentencia, entre "el corte y el sangrado" -con una representación mucho más grave- y las escoriaciones que confirma el médico que tenía en la mano el hoy imputado.

VI- d) También se observa que la valoración de los extremos de los dichos de los testigos y los del imputado sobre las condiciones -materiales- de ingreso a la casa de Le [REDACTED] se ponderan sin una correcta referencia a la realidad de las mismas. Así, se señala en la sentencia que no hay constatación de violencia o fuerza en el portón de ingreso al predio donde vivía L [REDACTED] porque así lo expuso el testigo oficial Le [REDACTED] y se puede ver en las fotografías del frente del

domicilio; y que el portón estaba sujeto sobre su margen izquierdo con cierre sobre el lado derecho, en condiciones óptimas en ese momento; y en el mismo sentido, el oficial L[REDACTED] no recordaba haber visto daños, y hacía alusión a que tenía una puerta de hierro.

Esto parece representar un portón que obra como defensa de la casa, que presenta cierta fortaleza, que requiere de un despliegue de fuerza importante para sortearlo, o para romper su cerradura. Sin embargo, observamos, tanto en las fotografías como en el video de la reconstrucción del hecho, que lo que se denomina portón es una verja pequeña de no más de 1.20 de altura, sujeto en un extremo a un parante de hierro, teniendo como extremo opuesto un poste donde termina un alambrado. Por tanto, la cerradura o traba, sólo se fijaba en la madera, y era necesariamente débil. La precariedad de la defensa, parece haber estado puesta más para evitar ingreso o escape de animales, que para evitar que entren personas ajenas al domicilio, siendo fácilmente franqueable el ingreso al patio donde está la humilde casita donde pernoctaba el imputado.

De la filmación de la reconstrucción, donde se aprecia a G[REDACTED] explicar dónde estaba, a G[REDACTED] detallar dónde se encontraba él, y al mismo Lemonge explicar dónde se ubicaron ambos, se puede ver claramente la cercanía de los cuerpos y la facilidad de ingreso a la casa de los L[REDACTED] M[REDACTED]

VII- a) Entiendo, le asiste razón a la Defensa en su escrito cuando afirma que en la sentencia se omitió valorar las circunstancias contextuales del inculpado.

Al respecto, recordemos que, si nos posicionamos en un enfoque cognoscitivista de la prueba y no persuasiva, no podemos dejar de ver el contexto que la prueba misma indica.

Así, en otros precedentes (ver "YABRAN", sent. del 12/04/2017, "CANO", sent. del 20/02/2018) señalábamos de qué marco conceptual tomábamos la diferencia entre concepciones de prueba, oponiendo las nociones de *concepción cognoscitiva* de la prueba o *concepción persuasiva* de la prueba, dejando claro que entendíamos que un sistema como el nuestro que obliga a la fundamentación de las sentencias, constitucionalmente, llevaba ínsito una

concepción racional de la prueba, y no retórica.

En esta idea, se describía la concepción cognoscitivista que *"concibe la prueba como un instrumento de conocimiento, como actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos pero, al mismo tiempo, como fuente de un conocimiento ... sólo probable"* y se distinguía de la concepción persuasiva, que entiende que la finalidad de la prueba *"es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable. Por ello, la prueba, en cuanto actividad consistente en comprobar la verdad de los enunciados fácticos, es un sinsentido: ni siquiera puede discutirse si el conocimiento del juez es correcto o equivocado; simplemente está persuadido"*. La diferencia de ambas en torno a la relación verdad-prueba se presenta de este modo: mientras el cognoscitivismo distingue ambos conceptos, la concepción persuasiva los identifica. A partir de ello, para Gascón Abellán, a quien seguimos en aquellos precedentes, *"una concepción racional de la prueba exige distinguir entre los conceptos de verdadero y probado; exige, por tanto, el cognoscitivismo, concepción según la cual el proceso se orienta a la comprobación de la verdad, pero el conocimiento alcanzado es siempre imperfecto o relativo"* -para todo, ver GASCÓN ABELLÁN, M. "Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo" (artículo).

En el presente caso, estimo se advierte especialmente el acercamiento diferente que se hace con los sucesos desde una u otra posición: el historial de vida de L[REDACTED] las circunstancias, la forma en que vive, el modo en que está inserto en su pequeña ciudad, su contexto particular y la relación con el medio social y con su misma franja etaria nos es brindado por él, por su madre, y por la testigo C[REDACTED] L[REDACTED] y no son tenidas en cuenta a la hora de determinar, por ejemplo, si se encontraba en una situación de vulnerabilidad, y en el caso, si ello hacía o no a los presupuestos de defensa que alegaba. Nada de ello se dice, y se afirma, parecería que implicando sólo un grado de convencimiento por la persuasión, que el único involucrado que estaba en situación de vulnerabilidad era J[REDACTED] G[REDACTED]

Todos esos elementos, que surgen de la prueba llevada a juicio, si son analizados desde una perspectiva racional, y se ubica procesalmente su alcance (no se debe olvidar que uno de los elementos centrales de la sentencia es la propia indagatoria de L[REDACTED] confrontada con lo dicho ante el fiscal, descargos como inculpado, a los que parte de la doctrina de los procesalistas le quitan el carácter de prueba), implica un análisis global que contiene la prueba objetiva. Ese análisis debe ser exhaustivo, y a la vez que se confrontan los elementos entre sí, se refuta o confirma y se concluye, debe ser el que funde el convencimiento del juez, que debe ser suficientemente explicado.

Así, junto a las testimoniales y los descargos se debe analizar la prueba objetiva arrimada, en su contexto. Y deben observarse las acciones de inculpado y damnificado, en la dinámica del suceso, conforme a esas múltiples circunstancias: las condiciones materiales de la casa y sus habitantes, la actitud posterior del inculpado, lo sucedido después del hecho, la hora en que sucede, el día de la semana, la situación de su madre, lo que pasa cuando se produce el allanamiento, lo que pasa un mes después en esa misma casa, destruida por un incendio intencional según sus moradores, el por qué estaba allí G[REDACTED] con -al menos- otro sujeto más y un tercero en las inmediaciones, y lo que dicen todos los testigos.

En ese contexto, se debe determinar si lo que señalan los testigos o el inculpado puede ser verdad, es relevante, o es increíble, y señalar si se acepta o se descarta esa prueba.

En la presente sentencia, al contrario, aparecen las explicaciones recortadas, analizadas sólo desde la capacidad persuasiva de las partes, traducidas con ese corte en la comunicación y en la mirada, con el relato escueto de G[REDACTED] y G[REDACTED], a los que tampoco se los contextúa en su accionar. El resto de la prueba objetiva que determina lo que se ha aceptado - G[REDACTED] recibió un disparo por parte de Lemonge y sufrió lesiones graves, en tanto lo inhabilitaron para el trabajo por más de un mes, y no corrió peligro su vida- surge del informe médico y de lo que aceptan las partes, y correctamente así se asume como base indiscutida por la misma sentencia.

Con una concepción persuasiva de la prueba, se tendrá en cuenta por

ejemplo, como contradicción o titubeo, el relato de la madre de L [REDACTED] cuando depone como testigo en el juicio: cuando, después de relatar la discriminación sufrida por su hijo y el hostigamiento que vivió durante años, se le pregunta expresamente, por qué era que había relatado ella misma haber sido objeto de maltrato y prepotencia por parte de G [REDACTED] en otras oportunidades, **si ella misma tenía otra condición sexual (lo que expresamente se le pregunta, a su vez, como si fuera objeto del juicio)**; y al responder ella que también la insultaban por su condición física de obesidad, se entenderá, que cambió los argumentos y que no persuade lo que dice.

Por el contrario, una concepción racional de la prueba, como conocimiento, nos hará tomar su testimonial, en su totalidad, en su contexto social y cultural, nos hará compararla intrínsecamente, para determinar su credibilidad, y nos hará relacionar lo que ella relata con lo que dice su vecina L [REDACTED] respecto de los gritos, los acosos y la discriminación hacia L [REDACTED] no siendo importantes en sí, puntuales y supuestas contradicciones respecto de G [REDACTED] por ejemplo. Y menos aún, por las razones que éste tuviera para discriminar al hijo o a la madre o a ambos juntos. Nos llevará a preguntarnos, necesariamente, si todo lo que relata respecto del comportamiento previo de Giménez es un relato inventado, y nos llevará a comparar esa hipótesis con lo que sucedió en el procedimiento policial y con la destrucción de la casa meses después.

Y en todo ese contexto, según las reglas de la experiencia, y según todo el conocimiento producido sobre el caso, es que se tomará la pregunta sobre la vulnerabilidad de una persona transgénero también para entender la completud de las circunstancias del caso, y confrontándola con el resto de la prueba, decidir en uno u otro sentido.

VII- b) Se debe tener en cuenta la especial vulnerabilidad de las personas transgénero, que está reconocida por la misma CSJN, en fallos como el que cita la Defensa en su escrito recursivo.

De allí, se extrae que *"Que no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos*

universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia. 17) Que tampoco debe ignorarse que personas pertenecientes a la minoría a que se refiere la asociación apelante no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo" (cfr. RECURSO DE HECHO Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia)-

En "Crímenes de odio contra las disidencias sexuales: concepto, orígenes, marco jurídico nacional e internacional" (en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 16, Nº 1, Mayo de 2018, pp. 69-97) Javier T. Álvarez, nos ilustra con un informe descriptivo de las violencias históricas ejercidas sobre las personas trans, violencia ejercida contra las disidencias sexuales a nivel global y regional, con un interesante repaso histórico sobre su situación, detallando el derrotero del concepto y su genealogía, de "Crímenes de odio", y distinguiendo "Incidentes de odio".

Así, indica que "*Por su parte, se suele identificar como "incidente de odio", a un hecho perpetrado contra una o más personas debido a las mismas causas señaladas para los delitos de odio, pero que no llega a encuadrarse penalmente dentro de la figura de delito. Los insultos directos o virtuales, que no van acompañados por la amenaza de violencia física, son incidentes de odio. La categoría incluye, por tanto, los actos del habla: las distintas maneras en que se presenta el insulto o provocación (expresiones gráficas o*

audiovisuales). La variante de hostigamiento por las causas ya señaladas, puede estar comprendida dentro del concepto "incidentes de odio", y configuraría, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, una contravención. Pero, si va acompañada de actos concretos de violencia física o la amenaza de llevarla a cabo –teniendo el agresor capacidad para ello–, el hostigamiento se considerará un delito. Un incidente de odio, cuando se trata de una contravención, puede generar reclamos de reparación económica, y una multa pecuniaria o de trabajo de utilidad pública. Tanto el delito de odio, como el incidente de odio, son todavía conceptos en construcción en el ámbito teórico, político y jurídico".

A la vez, señala: "Si bien toda enumeración de indicadores es de carácter enunciativo y no taxativo, suele afirmarse que hay ciertos elementos que permitirían identificar si la agresión fue motivada por odio a la disidencia sexual. Entre ellos se destacan: • Percepción de la víctima, o de las/los testigos, de que aquella fue elegida porque pertenece a un grupo o colectivo vulnerable determinado; • Comentarios escritos u orales de la persona que cometió la agresión, que puedan indicar prejuicio u odio contra la víctima (o el grupo o colectivo al que pertenece o supone pertenece la víctima); • Marcas, dibujos, mensajes o escritos dejados en la escena que puedan indicar prejuicios contra la víctima (o el grupo o colectivo al que pertenece o supone pertenece la víctima); • Si la fecha de la agresión coincide con un día significativo para el grupo o colectivo al que pertenece o supone pertenece la víctima; • Diferencias ideológicas o culturales del grupo o colectivo al que pertenecen la víctima y el agresor; • Existencia de una actividad organizada de "grupos de odio" en la zona donde se comete el delito o la pertenencia del agresor a cualquiera de dichos grupos; • Gestos corporales, epítetos o insultos de parte del agresor hacia la víctima; • Advertencias o amenazas de violencia hechas previamente a la víctima antes de cometerse el delito; • Acciones previas de hostigamiento; • Crueldad o saña en la concreción del delito. Por tanto, a través de estos elementos se puede determinar que en la clasificación de delitos e incidentes de odio se debe tener en cuenta: a) el tipo de agresor: quien en general cree estar cumpliendo con una misión que consiste en

eliminar grupos considerados inferiores; o es aquel que comete el crimen en una situación que considera de defensa psíquica o moral. b) el tipo de víctima: los grupos sociales ya enumerados. c) características de la conducta: la conducta violenta en los delitos de odio varía dependiendo del contexto y de los prejuicios que tenga una sociedad específica, pero está presente en todas las sociedades".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, indica en su informe de noviembre de 2015: *"En el presente informe, la CIDH hace especial énfasis en la violencia que enfrentan las personas trans y en particular las mujeres trans. Como es reiterado a lo largo del informe, la mayoría de las mujeres trans se encuentran inmersas en un ciclo de violencia, discriminación y criminalización que generalmente comienza desde muy temprana edad, por la exclusión y violencia sufrida en sus hogares, comunidades y centros educativos. Esta situación se suma a una ausencia, en la mayoría de los países de la región, de disposiciones legales o administrativas que reconozcan su identidad de género. Asimismo, como se explica en este informe, según la información recibida y los datos producidos por la CIDH, la mayoría de las mujeres trans que son asesinadas son menores de 35 años de edad y son particularmente vulnerables a la violencia por parte de fuerzas de seguridad del Estado, encargadas de hacer cumplir la ley. 27. El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que la violencia contra las personas LGBT constituye una "forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género"..... 58 Lo anterior es consistente con la información que las organizaciones de la sociedad civil han aportado a la CIDH. Por ejemplo, una organización explicó a la Comisión que gran parte de la violencia y la discriminación de la que son víctimas mujeres lesbianas y trans es perpetrada con el fin de castigar a las identidades femeninas que traspasan los límites impuestos por las sociedades normativas".*

Asimismo, en el mismo Informe se prosigue: *"La CIDH enfatiza que en virtud de la Convención Belém do Pará, los Estados tienen la obligación de prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra las*

mujeres, incluyendo las mujeres lesbianas, bisexuales, trans e intersex. La Comisión resalta que el derecho de toda mujer a vivir libre de violencia, incluyendo a las mujeres lesbianas, bisexuales y trans, comprende el derecho a vivir libres de discriminación. Ello incluye el derecho de toda mujer a ser valorada y a recibir una educación que rechace conductas y prácticas sociales y culturales basadas en estereotipos y conceptos de inferioridad y subordinación. 789 En este sentido, los Estados Miembros de la OEA tienen la obligación de modificar de manera progresiva los patrones sociales y culturales de conducta de los hombres y las mujeres, incluyendo las manifestaciones de estos patrones de conducta, en los programas educativos, con el fin de contrarrestar prejuicios, costumbres y prácticas que son perjudiciales para las mujeres lesbianas, bisexuales, trans e intersex" (ver OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36 12 noviembre 2015 Original: Inglés COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>).

VII- c) Este contexto -descripto por los antecedentes y la jurisprudencia de la Corte- de discriminación y frecuente violencia sobre las personas LGBTI, y la posibilidad de existencia de los llamados "incidentes de odio" es descripto largamente por el propio Lemonge, por su madre, por su vecina.

La sentencia reconoce tangencialmente que lo habrá sufrido, pero lo desvincula totalmente del episodio.

Sin embargo, no explica acabadamente por qué descarta las testimoniales de G[redacted] Me[redacted] y de C[redacted] L[redacted] en ese sentido; por qué no atiende a la destrucción de la casa donde habitaba, como señalamiento de ese contexto, que se puede apreciar en la filmación del mismo reconocimiento; por qué la madre, G[redacted] Me[redacted] explicaría lo que explicó, que había sido anunciado que le quemarían la casa -lo que ocurrió-, y por qué se desatiende la coincidencia con lo que dice el propio inculpado en la indagatoria al respecto.

La testigo L[redacted] habla de constantes burlas, e incluso reconoce haberse ella misma reído de L[redacted] la pequeña población en la que vivía, Santa Elena, no tendría por qué escapar a la generalidad de los prejuicios sociales y

el escaso conocimiento sobre el punto, de modo que lo que relatan las testigos no es increíble, y resulta altamente probable.

Es en ese marco probatorio que la sentencia realiza inferencias sesgadas.

En efecto, se entiende a G[REDACTED] -expresa o implícitamente- en un comportamiento estereotipado inocuo, de alguien que va a comprar algo (sólo en un pasaje se dice elípticamente "era por una cuestión de venta de estupefacientes") y recibe como respuesta un balazo. No se pondera el contexto, y el resto de las pruebas, se disocian los móviles y las demás cuestiones que sí surgen de la prueba.

Fundamentalmente, se desatiende que Lemonge se encontraba en su casa durmiendo, un domingo, y el que estaba con otro sujeto más, y un tercero en las inmediaciones, gritando y forcejando la débil y pequeña reja que franqueaba el predio donde estaban las habitaciones y casa del inculpado y sus padres mayores, era el propio G[REDACTED]

No se atiende a que los únicos que hablan de compra de droga, son G[REDACTED] y los de su grupo, y que son señalados como agresores por la madre en una amplia testimonial, junto con otras personas.

Esto es, de acuerdo a la prueba, al menos hay que poner en esta caja, lo que dice la vecina, y lo que dice Logran que le escuchó decir a G[REDACTED] y lo que dice el mismo G[REDACTED] en la reconstrucción del hecho, cuando le dice a G[REDACTED] que deje de insistir. Se deja de lado también lo que dice Car[REDACTED] y el modo y circunstancias en que se presenta G[REDACTED] a la vez que la precariedad del portón, que tiene un extremo de madera; y que el mismo oficial Logran refiere una increpación hostil por parte de G[REDACTED] cuando lo entrevista en el hospital, a menos de una hora de ocurrido el hecho.

Tampoco se atiende al estado en el que debió estar G[REDACTED] como para suponerlo pacífico y sólo algo insistente: reconoció haber estado tomando alcohol y drogas desde hacía al menos 9 horas, seguidas, antes de presentarse en la casa de L[REDACTED] y que, cuando lo ve el médico, le constata que está bajo los efectos de esas sustancias.

No se atienden las circunstancias posteriores, lo que hizo el propio inculpado, lo que dice la madre; no se atiende a que el secuestro del arma se

hace horas después, y que la actitud nunca fue de negar lo sucedido, ni de escapar.

Como la revisión completa de la prueba en esta instancia casatoria es posible gracias a nuestro sistema de enjuiciamiento, donde toda la prueba es video filmada, y puede apreciarse el juicio en su totalidad, se puede contrastar perfectamente las fotografías y la filmación de toda la reconstrucción realizada en el lugar, en la casa de L[REDACTED]

Y, conforme los conceptos desarrollados, se puede ver y presumir el claro estado de vulnerabilidad en el que estaba el mismo L[REDACTED]

Afirmar lo contrario, que era G[REDACTED] el único vulnerable, parece olvidar que el que estaba durmiendo, en su propia casa, ese amanecer de domingo, era L[REDACTED] que era (biológicamente hablando, en lo que importa señalar, por la diferencia de fuerza física) una mujer sola, que habitaba un predio donde sólo se aprecia una casa al lado, donde pernoctaban un padre incapacitado físicamente y su madre mayor; que pertenecía a un colectivo históricamente discriminado y violentado; y, fundamentalmente, no se tiene en cuenta algo que, luego de todo lo descripto, parece absolutamente probable: un importante miedo por parte de L[REDACTED] percepción correcta, conforme al historial de hostilidad que relata, que conteste a las reglas de la experiencia resulta creíble, y que se adecua a lo que efectivamente le pasó después del episodio: la destrucción total de la habitación que le servía de casa desde la infancia, por un incendio intencional, que tramita en otra causa.

VII- d) En "Consideraciones sobre la prueba judicial" -con aportes de Michelle Taruffo, Perfecto Andres Ibañez y Alfonso Candau Perez, editado por Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid- se recuerda que casi todas las legislaciones procesales han adoptado una concepción racional de la prueba, y por ello obligan al juez a exponer sus razones, las que justifiquen la decisión: el juez tiene que racionalizar el fundamento de su decisión estructurando los argumentos en función de las cuales esa decisión puede ser justificada. La motivación, entonces, es un discurso justificativo constituido por argumentos racionales -buenas razones-.

Esto implica que el juez debe justificar las opciones que ha realizado para

llegar a su decisión final: la justificación contenida en la motivación debe cubrir todas las opciones que tuvo el juez, y las razones que dé, se deben referir a las pruebas que utilizó para decidir acerca de la verdad o falsedad de los hechos.

Esta justificación deberá cubrir tanto la valoración de la prueba -por qué, por ejemplo, consideró el juez que un testigo era creíble o no-, y, además, será necesario que se refiera no sólo a las pruebas que valoró positivamente, sino también respecto de las que no consideró fiables.

De este modo, se avienta la posibilidad de que el juez recaiga en lo que se denomina *confirmation bias*, que distorsiona su razonamiento sistemáticamente -por la cual se pondera sólo las pruebas que den lugar a una determinada valoración-. Además, la valoración negativa de las pruebas contrarias es indispensable para justificar el fundamento de la decisión: la prueba contraria es el instrumento de control de validez racional, y del fundamento de toda la reconstrucción de los hechos. Decir por qué algo es inatendible, es condición necesaria de que resulten fiables las pruebas favorables a dicha reconstrucción.

VIII- a) Es así, que, del contexto probatorio en la presente, surgen elementos de la trama del suceso, que no fueron sopesados, y que debieron serlo, sobre todo si convenimos en una caracterización de la prueba como conocimiento, dado que el acusado alegó en su indagatoria y a través de su defensa técnica, haber actuado en una situación de legítima defensa, puntualizándose que no es creíble que no supiera que tenía un arma.

Ya señalé que advertía al respecto una desviación de las inferencias que se hicieron de la prueba, tomando como punto de partida la indagatoria de L[REDACTED] marcando sus contradicciones con la IPP y hasta sus silencios, olvidándose de los límites necesarios que tiene una indagatoria.

En el caso, parece haberse descartado la posibilidad de legítima defensa porque algunos elementos que señala L[REDACTED] en su indagatoria no resultan creíbles: como, por ejemplo, que no supiera que tenía un arma. Pero si actuaba o no en contexto defensivo posible, no se descartó correctamente.

Tampoco puede deducirse del lugar donde quedan las manchas de sangre, sin más, el lugar donde fue el disparo. Y si esto fuera correcto, el lugar del

disparo tampoco nos dice nada acerca de la imposibilidad de que hubiera un ataque y una defensa, conforme el movimiento de los cuerpos y la dinámica del suceso.

Finalmente, lo que la sentencia termina afirmando respecto de las acciones posibles de Lemonge implica negar el instituto mismo de la legítima defensa como posible, exigiendo extremos que no corresponden.

En efecto, se afirma en ella que, aun cuando pudiera considerarse verificada la existencia de una discusión anterior, no se demostró la existencia de una agresión ilegítima, actual o inminente que impusiera la necesidad de defensa, y el encartado tenía la posibilidad de entrar a su vivienda y, en todo caso, requerir la presencia policial.

Como señalé, la existencia de un contexto de ataque, de ingreso a la casa del agredido, de G[REDACTED] insultando, forcejeando el portón, acompañado con otro, y con un tercero en las inmediaciones, surge de la valoración global de la prueba.

También es claro que L[REDACTED] se encontraba esa madrugada dentro de su casa, y que refiere haber forcejeado con G[REDACTED] que pugnaba por entrar, y haber sido agredido en su mano por éste; las escoriaciones que presentaba en su mano, ese mismo día, fueron constatadas por el médico B[REDACTED] que declaró en juicio, y el quite de valor probatorio al respecto aparece sin fundamento.

Aparece claro, además, conforme todo lo desarrollado, el estado de vulnerabilidad en el que se encontraba L[REDACTED]

Y en este estado, luego de todo lo expresado, cabe formularse la pregunta: ¿se podía obligar a Lemonge a soportar las acciones de G[REDACTED] y su compañía en el evento ocurrido en su propia casa?. Y luego, ¿se le pueden exigir, para considerar no justificada su conducta, acciones alternativas, como llamar a la policía o meterse en la habitación?.

VIII- b) En nuestro derecho positivo, la legítima defensa prevista en el art. 34 inc. 6 del C.P., contiene en su último párrafo un supuesto especial. Según Zaffaroni, *"El inc. 6º. del art. 34 establece dos supuestos particulares de legítima defensa, que han dado lugar a diferentes interpretaciones: (a) Se*

entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, (b) Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia. Se trata de disposiciones muy tradicionales, que se remontan al Digesto y a las Partidas pero que en la codificación se escinden entre los textos que siguieron el sistema de la declaración o presunción juris et de jure (Código Napoleón) y el de la presunción juris tantum o de inversión de la carga de la prueba (Código Imperial del Brasil de 1830). La doctrina dominante entiende con razón que se trata de dos supuestos de presunción juris tantum en beneficio del agredido. No sólo es la interpretación acorde con todos los antecedentes legislativos, sino también la que no violenta la incompatibilidad de las presunciones juris et de jure con los principios del derecho penal. Por lo demás, en ambos casos son de aplicación las reglas generales de la legítima defensa: la expresión cualquiera sea el daño ocasionado al agresor no puede entenderse como privilegio que abdica del límite de la racionalidad sino como una ratificación de la exclusión de la ponderación de males, propia del estado de necesidad" -cfr. ZAFFARONI, E. Derecho Penal. Parte General. Ediar, Bs. As., 2002, p. 630-.

Si bien la explicación que da el inculpado sobre que no sabía que tenía un arma puede no ser creíble, todo el contexto defensivo que relata sí lo es; y la posición que refieren tanto su madre, como la vecina, y él mismo, se despliega en un contexto que se acerca a esta legítima defensa particular.

Estimo que el franqueo de la pequeña puerta de las dependencias de la casa de Lemonge, conforme el escenario descripto, no nos puede establecer, de un modo naturalista, por una diferencia en centímetros a contar desde las manchas de sangre en las hojas, la determinación de que no habría ingresado dentro del predio de la casa de aquél, y que por ello no se encontraba comenzando una agresión ilegítima contra Le [REDACTED]

Y no puede comprenderse que estamos haciendo jugar lo que los doctrinarios critican, una presunción *juris et de jure* ni que se abdique de los

límites de la racionalidad en el caso, pero sí la exclusión de la ponderación de males. La situación previa de hostilidad y agresión hacia el inculpado fue descripta por él, por su madre, y por su vecina, y al menos, no suficientemente explicada por Gi[REDACTED]-se puede escuchar de su testimonial-. Y el modo y la forma en que, junto con otros, intenta entrar al domicilio de aquél, en la ocasión, ya fueron largamente explicados.

VIII- c) Con relación a los presupuestos subjetivos de la legítima defensa, en los que se hallaba L[REDACTED] en la ocasión, quiero señalar un par de puntos con ayuda de la doctrina sobre el modo de considerarlos, en orden a poder acercarnos concienzudamente a la solución del caso.

Frister explica, en relación a la estructura de la justificación, que *"La totalidad de los presupuestos de una causa de justificación se denomina tipo permisivo. En la mayor parte de las causas de justificación reguladas legalmente, sólo están formulados expresamente los presupuestos objetivos de la justificación. De todos modos, según la concepción hoy probablemente ya indiscutida, las causas de justificación tienen, junto al tipo permisivo objetivo, también uno subjetivo. En el delito doloso, el disvalor de motivación de la acción que anida en la realización del tipo subjetivo se excluye por una causa de justificación, sólo si el autor-dicho grosso modo ha obrado en conocimiento de las circunstancias justificantes (el llamado elemento subjetivo de justificación)"*.

Explica el tipo permisivo objetivo, refiriendo que *"La situación de hecho objetivamente existente como base del juicio Los presupuestos de un tipo permisivo objetivo tienen que ser inferidos de la respectiva regulación legal o bien del respectivo Derecho consuetudinario. Requiere una explicación general sólo la pregunta de sobre qué base fáctica ha de juzgarse la existencia de estos presupuestos. Algunos autores quieren basarse también aquí -en correspondencia con la opinión dominante sobre imputación objetiva (al respecto, cf. n.o m. 10/33) -en el punto de vista de un observador objetivo que juzga con antelación al hecho en la posición del actuante. En tanto un observador provisto de los conocimientos de un hombre razonable del respectivo ámbito de relación y del saber especial del autor haya podido partir*

de que existían los presupuestos objetivos de una causa de justificación, el hecho ya estaría -según ese criterio- objetivamente justificado".

Luego de referir las diversas concepciones al respecto -en referencia a los que abogan por una concepción estrictamente objetiva-, nos dice que *"no hay una respuesta uniforme a la pregunta de si el considerar posible la existencia de circunstancias justificantes alcanza como elemento subjetivo de justificación. Cómo tenga que comportarse alguien en una situación de incertidumbre, en la cual cualquier decisión puede revelarse como objetivamente errónea, depende del peso de los **riesgos de una decisión equivocada**, que están en contraposición en el caso concreto. Así, cobra importancia, por un lado, la cuestión de cuán probable considera el autor la existencia de las circunstancias justificantes. Por otro, importa decisivamente cuán grave sería una decisión equivocada en una y en otra dirección. Para determinar esto, se debe contraponer el valor del acontecer de la acción típica en caso de que existan las circunstancias justificantes que se consideran posibles, al disvalor del acontecer de la acción típica sin esas circunstancias. Tan pronto el valor del acontecer de la acción justificada sea tan alto como el disvalor del acontecer del delito respectivo, ya no existirá --dada la misma probabilidad de las alternativas consideradas posibles- un ilícito de motivación".*

Incluso en el caso de la legítima defensa que objetivamente no presupone proporcionalidad, la exclusión del disvalor de motivación en las situaciones dudosas de justificación depende decisivamente de la relación valorativa entre el bien jurídico protegido y el menoscabado. Así, si el bien jurídico posiblemente a defender tiene menor peso que el menoscabado por la defensa, el disvalor del acontecer de la acción de legítima defensa justificada no puede compensar el disvalor del acontecer igual de probable, de la realización del tipo no justificada" (para todo, ver FRISTER, H. Derecho Penal, Parte General. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 280 y ss).

VIII- d) Se ha criticado, y con razón, que la ponderación de los presupuestos de la existencia de la legítima defensa se ha realizado por nuestros tribunales, en general, con criterio sexista. Las puntualizaciones

llevadas a cabo con otra perspectiva, más amplia, que realiza Elena Larrauri - cfr. "Violencia doméstica y legítima defensa", en *Mujeres y sistema penal*. BdeF, Bs. As., pág. 58/59-, entiendo nos ayudan a comprender el razonamiento en el caso.

La autora replantea los requisitos de actualidad o inminencia del ataque, del obvio desenlace de la agresión, cuando por ejemplo, la mujer previamente maltratada se defiende ante una situación de amenazas: *"cuando el tribunal admite la legítima defensa frente a un ataque inminente, está aceptando como válida la versión del autor de que, en efecto, el siguiente paso de no haberse producido la legítima defensa hubiera sido el ataque. De forma consecuente, cuando se niega que las amenazas del marido son una agresión inminente pareciera que, en realidad, lo que no se admite como válida es la versión que ofrece la mujer. Ello es más una cuestión de credibilidad que de actualidad. El tribunal no cree que el ataque hubiera sido el acto posterior del marido de no haberse realizado la defensa. No cree que la mujer sometida a múltiples episodios de palizas sea capaz de prever y anticipar cuando se repetirá la siguiente acción agresivas. Ello comporta un problema teórico de mayor alcance, a saber, qué papel juegan los conocimientos especiales para determinar la actualidad. En mi opinión, debe aceptarse que los conocimientos especiales de los que dispone una persona que se defiende en legítima defensa deben ser considerados para determinar si el ataque es inminente o no"*.

El punto sobre la credibilidad de lo que dijo el inculpado, en sus dos indagatorias, y lo que dijo su madre, creo que han gravitado en el descarte de la situación justificadora de un modo apresurado y sin razones. Cuán probable consideraba Le [REDACTED] que se estaba defendiendo, y cuáles eran los riesgos de no hacerlo, en el caso concreto, no se valoraron debidamente conforme a la prueba.

En tono con lo que nos explica Frister, en el caso, atento al bien jurídico amenazado en este contexto, nos indica cuán grave, en torno al accionar de Lemonge, sería la decisión en uno y otro sentido; y la referencia al contexto previo de hostilidad, beligerancia, discriminación y agresión pueden

comprenderse como conocimientos que tenía el propio Lemonge.

Lo demás, es un problema de credibilidad que, entiendo, no ha sido debidamente motivado en la sentencia: por qué no atender a las lesiones que dice tener, en la mano, que le habría ocasionado G[REDACTED] lo que constata el médico, a la situación concreta de su casa, a las amenazas previas, etc. son un problema de valoración que, además, ha obviado el contexto de vulnerabilidad del inculpado más arriba detallado.

VIII- e) En su aporte, ofreciendo una teoría de la legítima defensa que considere al agresor no como enemigo, sino como un ciudadano libre pero responsable de la autoadministración de su propia esfera de organización, Omar Palermo señala que lo decisivo no es el peligro para los bienes jurídicos, sino que el peligro se origina en el quebrantamiento de una norma. El agresor quebrantaría con su comportamiento la prohibición que tiene toda persona de no dañar a otra en su libertad de organización -ver PALERMO, O. "La legítima defensa. ¿Reacción contra un enemigo o protección frente a un ciudadano?", en CANCIO MELIA, M. (coord). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Volumen II. BdeF, Bs. As., 2006, p. 437-474-.

Nuestro derecho positivo exige que, en esa defensa, haya una necesidad racional del medio empleado, "*lo que la doctrina dominante interpreta en el sentido de una proporcionalidad entre agresión y defensa*". A propósito de analizar el alejamiento del ideal de certeza a la hora de distinguir lo punible de lo impune en las causas de justificación, Ingerborg Puppe -"Justificación y Certeza", en MONTIEL, J. *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal. ¿Decadencia o evolución?*. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 251 y ss.- analiza qué sucede con los ordenamientos españoles, argentinos, entre otros, refiriendo lo primero. Señala así que todos estos ordenamientos prevén un legítimo derecho de defensa moderado, "*pero el precio de esta moderación es una carencia de certeza de la ley que tiene como consecuencia que el defensor de sus derechos soporta el riesgo, siempre y cuando no esté en juego su vida, de que más tarde el juez no juzgue su defensa como razonable, adecuada, proporcional o necesaria*".

En el caso, el juzgamiento ha negado el contexto de agresión, en general;

pero refiere cuestiones que hacen a la necesidad racional del medio empleado.

Sin embargo, entiendo que aquí ese juzgamiento debe hacerse con todos los antecedentes del caso (ya referidos), teniendo en cuenta además el arma empleada (aire comprimido, reformado a arma de fuego calibre .22), comúnmente llamada hechiza, del que se tendrán dudas de su efectividad y de la posibilidad de un segundo disparo.

Lo aportado por el perito sobre la necesidad de fuerza sobre el gatillo, y la imposibilidad de disparar accidentalmente, lo que hace es excluir en gran medida la posibilidad de que el disparo se hubiera realizado en forma imprudente, o la credibilidad sobre la sapiencia de Lemonge sobre que eso que tenía, fuera un arma, máxime con lo que aportó su madre sobre las razones sobre por qué tenían ese aire comprimido allí. Pero lo que no excluye es *todo* lo que la prueba dice, sobre la posibilidad de la legítima defensa, que sí presupone el dolo.

La sentencia contiene, en ese sentido, un yerro en la interpretación de los requisitos de la legítima defensa cuando termina afirmando que lo que le hubiera correspondido al inculpado en la ocasión era llamar a la policía o ingresar a su habitación para poder defenderse.

Quien es agredido ilegítimamente, dentro de su casa, no está obligado a huir, ni obligado a soportar la agresión: el conflicto lo ocasionó el agresor que es el obligado a soportar las consecuencias.

Estimo que el giro que hace la sentencia en este punto acepta que G[REDACTED] estaba dentro de la casa de L[REDACTED] y el contexto agresivo en el que estaba inmerso (porque, si no, no propondría como alternativa para Lemonge, tener que llamar a la policía o ingresar a su habitación). En ese sentido la cercanía con el último párrafo del art. 34 inc. 6 nos da otra pauta más de que lo sucedido encuadra en la figura de la legítima defensa.

El razonamiento que la descarta, olvida dónde estaba G[REDACTED], su estado, descrea del hostigamiento previo, y no tienen en cuenta la totalidad de las circunstancias en las que sucede el episodio.

IX) Asumido el contexto de vulnerabilidad, analizadas las figuras de nuestro derecho, y la solución que entiendo se debe dar al caso, quiero cerrar

el presente análisis recordando que, como señala María Camila Correa Florez -"Legítima defensa, Violencia Doméstica y Mujeres que matan", en *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia*. Tomo I, Rubinzal Culzoni, Bs. As., pag. 47 y ss-, para analizar la racionalidad del medio empleado se debe tener en cuenta la situación personal de las partes, sus características físicas y psicológicas, (análisis individualizador), y si quien se defiende o no, tiene a su alcance medios menos lesivos para los bienes jurídicos del agresor, de modo *ex ante*.

Entendido el contexto agresivo desplegado por Giménez, la mirada de los extremos de la legítima defensa debe realizarse de un modo amplio, procurando sortear el "análisis masculino" que se realiza en los requisitos de la configuración de la legítima defensa, como dice la autora, dejando de lado estándares masculinos de comportamiento -con cita a Cinthya Gillespie-. Los requisitos, por sí, no incorporan esos estándares, sino que permean el análisis en la configuración de los requisitos de la legítima defensa -por ejemplo, romper con la actualidad en el caso de ausencia de confrontación actual pero en un contexto de amenazas y violencia-.

Respecto de la necesidad en la agresión, lo que sucede en este tipo de análisis es que los tribunales suelen entender la igualdad de armas dentro del examen de proporcionalidad de la acción defensiva, como que equivaldría a defenderse del mismo modo en que se dio la agresión, lo que sucedería en un combate entre dos hombres de igual fuerza y tamaño, y ese rasero se aplica sin ninguna distinción, al caso de una mujer maltratada: "*al dejar fuera del análisis la condición de mujer maltratada de las acusadas, y por ende, juzgarlas con el rasero tradicional, se evidencia que los análisis están permeados por el punto de vista masculino*". El análisis que se debe hacer es si la conducta es proporcionalmente necesaria en ese contexto.

Entiendo que estas puntualizaciones respecto de la legítima defensa y las mujeres maltratadas se aplican perfectamente en el caso, en que faltó el análisis del contexto, sin dejar de percibir la distinción de las situaciones, pero comprendiendo que la violencia que se ejerce contra la mujer, por su condición de tal, usualmente se ejerce contra los grupos calificados como diferentes que hacen parte de los colectivos minoritarios.

Se destacan en el texto citado en primer lugar, interesantes diferencias - con cita a María Mercedes Gómez- entre la violencia ejercida para mantener los privilegios del colectivo mayoritario, y el distingo con la violencia que busca erradicar las diferencias, como violencia excluyente, que *"se ejerce para liquidar lo que el otro representa, para hacerlo desaparecer"*, en tanto la violencia ejercida para reafirmar las diferencias sería realizada para *"recordar al otro la condición de subordinación o inferioridad, para dar una lección sobre el lugar que se debe ocupar"*.

Estos extremos son interesantes en cuanto ayudan a comprender, y enriquecen las reglas de experiencia que debemos aplicar al juzgar un caso, la mirada de los jueces. A la vez, llaman la atención sobre la necesidad de estudiar la teoría del delito con una perspectiva inclusiva, respetando la ciencia, y re pensando categorías estudiadas.

X) Por todas las consideraciones que anteceden, considero que debe hacerse lugar al recurso interpuesto por la Defensa del encartado, y habiéndose constatado los requisitos de la Legítima Defensa, corresponde considerar el accionar del imputado J ● L ● amparado por dicha causa de justificación, procediendo -en consecuencia- a absolver al mismo, sin reenvío, por el delito que le fuera imputado en las presentes.

Así voto.

La Sra. Vocal **Dra. MARCELA DAVITE** dijo:

Adhiero al voto que antecede, por análogas consideraciones.

Así voto.

El Sr. Vocal **Dr. HUGO D. PEROTTI** dijo:

Concuerdo con la solución propiciada por la Dra. Badano, por lo que adhiero a la misma.

Así voto.

A mérito de lo expuesto, y por Acuerdo de todos sus integrantes, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente

S E N T E N C I A:

I. HACER LUGAR al Recurso de Casación interpuesto por la Defensora

Técnica del encartado, Dra. María Sol Alvarez (recurso de fecha 29/05/18 -fs. 236/251-), contra la sentencia de fecha 25/04/2018 (cfr. fs. 141/227) dictada por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Paraná con asiento en La Paz, REVOCANDO la misma; y, en consecuencia, ABSOLVER al encartado J●
LE●●●●● ME●●●●● del delito imputado en autos.

II- DECLARAR las costas de oficio -art. 584 y ccs. CPPER-, con excepción de los honorarios de la profesional interviniente por la Defensa Técnica, los que correrán a exclusiva cuenta de su pupilo.-

III- Protocolícese, notifíquese, regístrese y en estado, bajen.-

MARCELA A. DAVITE

MARCELA BADANO

HUGO D. PEROTTI

Dejo constancia que la SENTENCIA que antecede ha sido dictada por los Sres. Vocales -Dres. Marcela Badano, Marcela Davite y Hugo Perotti- y transmitida a la suscripta en dichos términos, ello conforme lo establecido por el art.4 -último párrafo- del "Reglamento de Funcionamiento de la Cámara de Casación de Entre Ríos, en sus dos Salas, en situación de Emergencia Sanitaria por el Covid-19" aprobado por el Superior Tribunal de Justicia mediante Acuerdo Especial de fecha 08.04.20. Asimismo su incorporación en el sistema de gestión de expedientes del Poder Judicial de Entre Ríos importa su firma electrónica -Anexo IV aprobado el STJ por Resolución N° 28/20 del 12/04/2020-.

Ante mi:

Claudia A. Geist
-Secretaria-