

JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOL, MEDIACIÓN PENAL Y MENORES VULNERABLES POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL O IDENTIDAD DE GÉNERO

Cristina Alonso Salgado
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

1.-LA DELINCUENCIA DE ODIOS POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL O IDENTIDAD DE GÉNERO

Infelizmente, los discursos de odio cuentan hoy día con una relevancia más que notable tanto en nuestro país como en el conjunto de la Unión Europea¹. Su propia referencia, que hasta hace bien poco era extraña para la generalidad social, se sitúa, en la actualidad, en el primer plano de la inmensa mayoría de los medios de comunicación. La permanente iluminación de ese foco permite identificar, sin dificultad, no sólo su exponencial crecimiento, sino su multiplicidad de manifestaciones².

Con del préstamo lingüístico “*Hate speech*”, se hace referencia a su conceptualización en la dimensión significativa abrazada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³. Por intuitiva que resulte la identificación colectiva sobre lo que con

¹ Con todo, debe entenderse matizado en el sentido apuntado por CÁMARA ARROYO, Sergio, “Delitos de odio: concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión?”, *La Ley Penal*, número 130, 2018, La Ley 1800/2018.

² LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4º CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, TOL6.542.082. Al respecto: “El término ‘discurso de odio’, creado para abordar el odio racial, se ha ido extendiendo por la normativa internacional de modo progresivo incorporando otros colectivos vulnerables e históricamente discriminados. Tiene como objeto promover la igualdad y proteger a las personas respecto de la discriminación, la intolerancia y la violencia, en el contexto concreto en el que se emita el discurso”, en VELÁZQUEZ MARTÍN, M.ª Ángeles, “¿Es odio, o libertad de expresión?”, *Diario La Ley*, número 9644, 2020, La Ley 5224/2020.

³ GALDÁMEZ MORALES, Ana, “M’bala M’bala c. Francia: la singularidad del negacionismo en Europa”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 36, 2017-II, p. 222. Nótese que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Vejdeland y otros c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012, subraya la idea de que discriminación fundamentada en la orientación sexual resulta igual de grave como aquella basada en la raza o el origen. De interés: “Son varios los autores que identifican en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos la fuente de inspiración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en lo que hace a la libertad de expresión. En particular, la idea de que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas y que no solo ampara las manifestaciones favorables o inocuas, sino también aquellas capaces de ‘ofender, sacudir o molestar’, puede evidenciarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano desde inicios de los años sesenta, esto es, más de una década antes de las decisiones que se consideran como los cimientos de la jurisprudencia del TEDH en esta materia (...) No obstante, en lo que respecta al discurso del odio el diálogo entre el máximo tribunal norteamericano y el TEDH se rompe por completo. En efecto, la Corte Suprema de Estados Unidos ha adoptado frente al discurso del odio, cuando menos desde finales de los años sesenta, lo que algún sector de la doctrina denomina ‘enfoque liberal’, conforme al cual el valor otorgado a la libertad de expresión como pilar de toda sociedad democrática debe conducir a una mayor tolerancia de las autoridades gubernamentales frente a este tipo de manifestaciones (...) Por el contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de una premisa absolutamente opuesta, según la cual el discurso del odio no encuentra fundamento en el derecho a la libertad de expresión conforme a su consagración en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (...) Es más, para el Tribunal tales

tal expresión se pretende señalar, su delimitación conceptual no se halla exenta de dificultades⁴. El Consejo de Europa, a través de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa 97 (20), de 30 de octubre de 1997, la conceptualiza como “(...) *cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia manifestada mediante un nacionalismo y etnocentrismo agresivos, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante*”⁵.

El ámbito que ahora interesa, el relativo a la delincuencia de odio por razón de orientación o identidad de género, no es ajeno a esa tendencia creciente, al menos, en lo referente a los discursos de odio. Nótese el matiz: por su propia naturaleza, existe un porcentaje opaco de incidentes, oscurecido en los instrumentos de medición oficiales. Es por ello que, para el análisis de no pocos parámetros resulta más conveniente acoger el término incidente LGTBIQ-fóbico⁶, toda vez que el mismo engloba cualquier clase de comportamiento que suponga un ataque *–lato sensu–* contra la señalada comunidad.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que “*las personas pertenecientes a la comunidad LGTBIQ constituyen un grupo especialmente vulnerable*”⁷ (casi la mitad de

manifestaciones constituyen un auténtico caso de abuso del derecho (...)”, en DÍAZ SOTO, José Manuel, *Revista Derecho del Estado*, número 34, enero-junio de 2015, pp. 91-94.

Vid. también GARCÍA SANTOS, María, “El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Comillas Journal of International Relations*, número 10, 2017; ESQUIVEL ALONSO, Yéssica, “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *BJV*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016; etc.

⁴ “*La expresión discurso del odio o hate speech es empleada para designar acciones antijurídicas, o cuando menos inmorales, de la más diversa naturaleza*”, en DÍAZ SOTO, José Manuel, *Revista Derecho del Estado*, número 34, enero-junio de 2015, p. 78. De interés véase también: ROLLNERT LIERN, Göran, “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 115, enero-abril (2019), pp. 81-109; MARCIANI BURGOS, Betzabé, “El lenguaje sexista y el hate speech: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal”, *Revista Derecho del Estado*, número 30, enero-junio de 2013, pp. 157-198; MARTÍN HERRERA, David, “Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, *Estudios de Deusto*, volumen 62/2, 2014; etc.

Igualmente, *vid.*, sentencia número 235/2007, de 7 noviembre, del Pleno del Tribunal Constitucional; sentencia número 259/2011, de 12 abril, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; etc.

⁵ Sobre la materia véase: QUESADA ALCALÁ, Carmen, “La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de delitos de odio: sus repercusiones en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, número 36, 2015.

⁶ “(...) *los incidentes de odio que comprenden cualquier conducta contraria al ordenamiento jurídico, dirigida contra colectivos diana, pero no necesariamente delictiva*”, en LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, “El mapa de odio en el País Vasco. A la vez una reflexión sobre delitos de odio y violencia política en Euskadi, Catalunya e Irlanda del Norte”, *InDret*, número 4, 2018, p. 4.

⁷ Vid. BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores, “Víctimas vulnerables y menores en el proceso penal en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, número 52, 2020.

las personas pertenecientes al colectivo LGTBIQ han sufrido acoso o discriminación por razón de su orientación o identidad sexual y hasta una cuarta parte han sido víctimas de violencia por el mismo motivo en los cinco años anteriores) (...) y la importancia de la cifra negra en los delitos de los que son víctimas (las cifras de denuncias ante instituciones policiales son muy bajas en casos de violencia que se encuentran en torno a 22% pero sobre todo en el caso de conductas no violentas definidas como acoso, donde el porcentaje desciende hasta el 6%)(...))”⁸.

En particular, los datos en relación a la creciente delincuencia de odio que sufren personas de la comunidad LGTBIQ+ resulta ciertamente alarmante. Ni que decir tiene que especial preocupación reviste el tema cuando victimario y víctima no han cumplido la mayoría de edad. En particular, en cuanto a los menores, destaca el “Informe de la evolución de los delitos de odio en España” que los hechos registrados en 2019 referentes a las victimizaciones sufridas por menores de edad muestran que la mayor cifra registrada de víctimas en ambos sexos se encuentra dentro de los ámbitos “racismo/xenofobia” y “orientación sexual e identidad de género”⁹.

La particular naturaleza de este tipo de delitos exige que nos detengamos –siquiera brevemente– en determinadas implicaciones en materia victimización. Y es que, tal y como destaca ACHUTEGUI OTAOLAURRUCHI en relación a las consecuencias de los delitos de odio: *“Las consecuencias psicológicas, emocionales y sociales varían según la gravedad del delito y de la personalidad de la víctima (...) Las principales alteraciones psicopatológicas que pueden sobrevenir a la victimización criminal son: la depresión, la ansiedad, y especialmente el trastorno por estrés postraumático (...) Desde el punto de vista psicológico general podemos decir que conocemos bastante bien las consecuencias y las secuelas que el hecho traumático puede comportar, sin embargo, en opinión de Ceballos (2015), si atendemos a los costos sociales, culturales y económicos de la victimización estamos muy lejos de poder estimarlos. Básicamente podemos señalar dos fuentes de daño: a) el daño producido directamente por el delito, es decir, la*

⁸ MARTÍN ARAGÓN, María del Mar, “Incidentes LGTBIQ-fóbicos en España: más allá de los delitos de odio”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, número 5 especial, 2019, p.1. Al respecto, *vid.*, TEIJÓN ALCALÁ, Marco y BIRKBECK, Christopher, “La cifra oculta en los delitos de odio. Un análisis multinivel sobre las causas de la infra denuncia en países de Europa”, *Revista General de Derecho Penal*, número 33, 2020.

⁹ VV.AA., *Informe de la evolución de los delitos de odio en España*, Ministerio del Interior del Gobierno de España, Madrid, 2020, p. 12, en <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/informe+evolucion+2019/631ce020-f9d0-4feb-901c-c3ee0a777896>.

victimización primaria. b) el daño producido por la incomprensión y desconocimiento de los efectos y consecuencias delictivas. La víctima sufre fundamentalmente por dos factores: porque es instrumentalizada para el cumplimiento de otros fines que trascienden su humanidad, es decir, las necesidades del procedimiento investigador y judicial y también la búsqueda de la víctima noticiable por parte de los medios de comunicación y sus audiencias (...); porque se activan mecanismos soterrados de inculpação y rechazo social, que en el caso de los delitos de odio tiene especial relevancia ya que entran en juego también los estereotipos y prejuicios de cada persona con la que la víctima entra en contacto. Sin embargo, más allá del riesgo de su utilización, las víctimas desempeñan un papel muy importante en la reparación de la justicia y deben suscitar actitudes de compromiso y solidaridad (...)”¹⁰.

2.-UNA PROPUESTA REPARADORA Y REEDUCATIVA: LA MEDIACIÓN PENAL EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOL

Habida cuenta de todo lo que se viene de señalar, en particular, de la especial idiosincrasia del tipo de delito y de la especificidad de víctima y victimario, en casos como los que ahora nos ocupan, no cabe duda de que resulta particularmente interesante las potencialidades de la Justicia restaurativa.

Para la víctima menor de edad puede resultar de interés, toda vez que el contacto -directo o indirecto- posibilitado a través de la mediación, revitaliza, inequívocamente, su posición. Lejos de otorgarle un trato autocompasivo, revictimizante, se le reconoce un papel activo en la resolución del conflicto que le afecta. La víctima puede, siempre bajo el prisma de la voluntariedad, participar de manera absolutamente protagónica: incidir directamente sobre el tipo, forma y términos de reparación; escuchar si así lo desea, las explicaciones del victimario, etc. No se trata de una cuestión menor, en tanto que ello cuenta con una relevancia más que notable en orden a sortear los efectos de la victimización secundaria, puesto que la interacción con el sistema se ve sustancialmente modificada¹¹.

Y es que, una vez producida la victimización primaria –máxime cuando hablamos de una víctima menor de edad–, resulta más que relevante favorecer todos aquellos elementos

¹⁰ ACHUTEGUI OTAOLAURRUCHI, Pedro, “Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social”, *Revista de Victimología*, número 5, 2017, pp. 40-41.

¹¹ ALONSO SALGADO, Cristina, *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 133 y ss.

que potencien el proceso de desvictimización, en orden a evitar que se generen “(...) *secuelas permanentes e imborrables ‘a modo de cicatrices psicológicas’ que limiten tanto su visión del mundo como su capacidad de actuación (...) En otras palabras, la condición de víctima puede ser más o menos permanente pero es un rol que está ligado a la ‘construcción de la identidad de la víctima’ (Baca, 2010) y al propio proceso de victimización. Así, la desvictimización es el proceso inverso al de victimización (...) por el que sin olvidar el pasado le permitirá a la víctima volver a construir, a reconstruir, nuevos objetivos personales y recuperar el control sobre su propia vida. En definitiva, ‘desvictimizarse permite desprenderse de la culpa, la vergüenza, la resignación, el miedo y todas aquellas creencias que mantienen a las víctimas sujetas al dolor y al sufrimiento, permitiéndolas tomar consciencia y haciéndoles parte activa en su evolución personal para reconstruirse y transformarse desde y con ellas emocional y socialmente (...)’*”¹².

En cuanto al victimario menor de edad, la mediación ofrece al sujeto activo del delito un espacio en el que afrontar la realidad y las consecuencias de sus acciones. Busca favorecer en él, la asunción de valores como la empatía, para así facilitar un nuevo aprendizaje social que permita su reeducación y resocialización¹³. Si bien se piensa, entronca ello con los principios generales destacados por la propia Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “(...) *naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables (...) Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares*”¹⁴.

¹² ACHUTEGUI OTAOLAURRUCHI, Pedro, “Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social”, *Revista de Victimología*, número 5, 2017, pp. 40-41.

¹³ ALONSO SALGADO, Cristina, *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 133 y ss.

¹⁴ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LO 5/2000).

Pues bien, de entre las innumerables posibilidades para vehiculizar la mediación a lo largo del proceso penal del menor, destacaremos la opción representada por el artículo 19 de la LO 5/2000, en el que se regula el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

Con arreglo a la señalada disposición, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente siempre que el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o “falta”¹⁵, en atención a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, así como a la vista de la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe¹⁶. En aquellos supuestos en los que la víctima del delito o “falta”¹⁷ fuere menor de edad o incapaz, el compromiso deberá ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores¹⁸.

3.-PARA ACABAR SIN CONCLUIR

En definitiva, bajo la clave de bóveda del nuevo paradigma restaurativo, se puede ofrecer a los menores vulnerables por razón de orientación sexual o identidad de género un marco de accesibilidad a la Justicia más ajustado a sus especificidades.

La dimensión holística de la Justicia restaurativa la convierte en un marco idóneo para este tipo de delitos, máxime, si atendemos a la edad de las partes. Y ello porque, más allá de cualquier otra consideración teórica, las metodologías restaurativas favorecen, al menos en el ámbito de lo potencial, además de una reparación real y efectiva a la víctima, un nuevo aprendizaje social al victimario acorde con la sociedad cambiante en la que hoy día nos desarrollamos como ciudadanos libres.

No se trata de una cuestión de orden menor. Si bien se piensa, resulta ello casi imprescindible. Lo contrario sería sucumbir ante un fracaso prematuro. Lo contrario, en efecto, podría tener efectos más que negativos para los menores victimarios condenados a contactar ya desde bien temprano con ambientes criminógenos; pero también resultaría

¹⁵ Las referencias a las faltas o al juicio de faltas a lo largo del presente trabajo deben ser interpretadas en lógica con la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, por la que se modifica el Código Penal, disposición de conformidad con la que “(...) *Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves*”.

¹⁶ Artículo 19.1 de la LO 5/2000.

¹⁷ Nos remitimos a lo ya señalado en relación a las faltas-delitos leves.

¹⁸ Artículo 19.6 de la LO 5/2000.

devastador para los menores vulnerables por razón de orientación sexual o identidad de género, toda vez que se verían sometidos a un proceso de revictimización que perjudicaría dramáticamente su normal desarrollo, su confianza en el sistema que debe salvaguardar sus derechos, etc.

4.-REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACHUTEGUI OTAOLAURRUCHI, Pedro, “Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social”, *Revista de Victimología*, número 5, 2017.
- ALONSO SALGADO, Cristina, *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores, “Víctimas vulnerables y menores en el proceso penal en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, número 52, 2020.
- CÁMARA ARROYO, Sergio, “Delitos de odio: concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión?”, *La Ley Penal*, número 130, 2018, La Ley 1800/2018.
- DÍAZ SOTO, José Manuel, *Revista Derecho del Estado*, número 34, enero-junio de 2015.
- ESQUIVEL ALONSO, Yéssica, “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *BJV*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016.
- GALDÁMEZ MORALES, Ana, “M’bala M’bala c. Francia: la singularidad del negacionismo en europa”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 36, 2017-II.
- GARCÍA SANTOS, María, “El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Comillas Journal of International Relations*, número 10, 2017.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, “El mapa de odio en el País Vasco. A la vez una reflexión sobre delitos de odio y violencia política en Euskadi, Catalunya e Irlanda del Norte”, *InDret*, número 4, 2018.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4º CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, TOL6.542.082.
- MARCIANI BURGOS, Betzabé, “El lenguaje sexista y el hate speech: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal”, *Revista Derecho del Estado*, número 30, enero-junio de 2013.

- MARTÍN ARAGÓN, María del Mar, “Incidentes LGTBIQ-fóbicos en España: más allá de los delitos de odio”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, número 5 especial, 2019.
- MARTÍN HERRERA, David, “Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, *Estudios de Deusto*, volumen 62/2, 2014.
- QUESADA ALCALÁ, Carmen, “La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de delitos de odio: sus repercusiones en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, número 36, 2015.
- ROLLNERT LIERN, Göran, “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 115, enero-abril (2019).
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “La mediación reparadora en la Ley de Responsabilidad penal del Menor”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TEIJÓN ALCALÁ, Marco y BIRKBECK, Christopher, “La cifra oculta en los delitos de odio. Un análisis multinivel sobre las causas de la infra denuncia en países de Europa”, *Revista General de Derecho Penal*, número 33, 2020.
- VELÁZQUEZ MARTÍN, M.^a Ángeles, “¿Es odio, o libertad de expresión?”, *Diario La Ley*, número 9644, 2020, La Ley 5224/2020.