

El paradigma restaurativo y los institutos paccionados: reflexiones desde el sistema de justicia penal español con base en el ejemplo italiano

Cristina Alonso Salgado

(Investigadora Doctora del Área de Derecho Procesal)

(Universidad de Santiago de Compostela)

Sumario: 1. Introducción; 2. El nuevo paradigma del Derecho penal; 3. Un ejemplo en el sistema de Justicia penal italiano; 4. La necesaria diferenciación: Justicia penal negociada o paccionada versus Justicia restaurativa; 5. Algunas conclusiones; Referencias bibliográficas.

1. Introducción ⁽¹⁾

La relación entre la Justicia restaurativa y la Justicia negociada se mueve en el terreno de lo estrictamente instrumental. Lejos de lo que inicialmente pudiera parecer, no son conceptos sinónimos. Se trata, en realidad, de modelos de Justicia penal que, aun cuando interconectados, responden a fundamentos bien diferentes.

Desde ya debe advertirse que “(...) *no todos los institutos jurídicos que posibilitan un espacio para el debate en el proceso penal responden siempre, a una perspectiva restaurativa. No se trata de una cuestión menor, toda vez que en no pocas ocasiones se enmascaran determinadas formulaciones agilizadoras con una pátina restaurativa que no resiste el más mínimo análisis crítico. La finalización anticipada del proceso representa una opción de interés desde muchas ópticas, pero no encierra per se un objetivo restaurativo. Es más, algunos espacios de negociación en el proceso penal se sitúan en las antípodas de lo restaurativo. Dicho de otro modo, si bien el espacio para el diálogo resulta imprescindible para canalizar una formulación restaurativa intrajudicial, lo cierto es que no todo diálogo en el seno restaurativo obedece a una lógica restaurativa*”².

En pleno debate³ en relación a la incorporación de métodos restaurativos en el proceso penal español de adultos –en particular, de la mediación⁴–, no son pocas

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Postmodernidad y proceso judicial europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial” (DER2017-87114-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y dirigido por la Profesora Doctora Sonia Calaza López, Catedrática acreditada de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

² ALONSO SALGADO, C., *La mediación en el proceso penal del menor en el sistema de Justicia español*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2017, pp. 13-14.

³ En parte por nuestra propia cultura jurídica, pero también, sin duda, derivado por las injustificables insuficiencias de una Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que ha significado en materia restaurativa, un verdadero jarro de agua fría.

⁴ “La mediación, como sistema de gestión de conflictos, se define, como aquél en el que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal, e imparcial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica”, en GONZÁLEZ CANO, I., “La mediación penal en España”, en BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 25. Otra definición de interés es la de BARONA VILAR: “La mediación es un medio a través del cual interviene un tercero, ajeno al conflicto, que asume la

las voces que objetan su viabilidad con base en los reconocibles reparos que presentan hoy día determinados institutos que posibilitan espacios de negociación en el proceso penal. Empleares un caso paradigmático para ilustrar esto que se viene de señalar. Sin ir más lejos, por ejemplo, la mediación vehiculizada a través de la conformidad hereda por contacto algunas de las objeciones que ésta suscita⁵.

El examen detallado de la conformidad permite identificar diversas modalidades, algunas de las cuales no posibilitan la incorporación de las virtualidades de la mediación al estar orientadas con base en el objetivo general de la agilización de la Administración de Justicia: simplificación del proceso; facilitación del desarrollo del proceso con la consiguiente aceleración; mitigación de los efectos de la victimización⁶, etc⁷.

función de reunir a las partes y ayudar a resolver sus desacuerdos. El éxito de la mediación pasa necesariamente por un intercambio de información, teniendo en cuenta que, por regla general, se inicia la negociación desde un clima de desconfianza por ambos lados, que deberá ir limándose poco a poco por el mediador, haciéndoles cada vez más partícipes de la técnica mediadora, desbrozando el problema, creando opciones, e instándoles a que propongan soluciones, asumiendo, en suma, que la decisión que se adopte debe ser el resultado de una participación de las partes que aceptan su posición y toman un acuerdo como solución a su conflicto. Es por ello que de su figura dependerá en muchas ocasiones que se aminore la hostilidad recíproca o unilateral presente”, en BARONA VILAR, S., “La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia”, en Tiran Online (Tol 2313226).

⁵ Por ejemplo, sobre la conformidad recaen no pocos temores acerca de su ejercicio en libertad. Y es que en palabras de AGUILERA MORALES “La práctica revela, en efecto, que tras el incremento exponencial de las conformidades en nuestro sistema no sólo existe el deseo del imputado de obtener una rebaja o suspensión de la pena, sino de eludir un agravamiento de su situación si es que opta por la normal tramitación del proceso y no por la más célere en que se traduce la conformidad”. Y sigue la autora señalando, (...) en la práctica, quien apuesta por ejercer activamente su derecho de defensa en el juicio oral, parte de una situación concebida para propiciar la conformidad: el Ministerio Fiscal sobrecarga dentro de los límites que le permite el artículo 66 CP la pena solicitada en previsión de ofrecer una rebaja de esta pena si existe conformidad; luego, si ésta no se produce no ya es sólo que el imputado no pueda acceder a esa rebaja, es que se enfrenta como punto de partida a una solicitud ‘al alza’ de la pena y a un resultado en que el Juzgado o Tribunal enjuiciador puede justificar ese incremento penológico o la no obtención de determinados beneficios como la suspensión de la condena en su rechazo a la conformidad”, en AGUILERA MORALES, E., “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, *Redur* 9, diciembre 2011, p. 143.

⁶ “La victimización es el proceso por el que una persona sufre las consecuencias negativas de un hecho traumático, en particular, de un delito”, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 126.

⁷ Y es que como destaca ALASTUEY DOBÓN: “(...) lo cierto es que cuando la víctima toma contacto por primera vez con estas instancias -generalmente cuando acude a la policía para presentar una denuncia- da comienzo para ella, en la mayoría de las ocasiones, un nuevo proceso de victimización (...) En el mejor de los casos la víctima es utilizada exclusivamente como medio de prueba y no se atienden sus necesidades”, en ALASTUEY DOBÓN, M.C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 47. También de interés, *vid.*, FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2005, pp. 166 y ss.

Sin negar la relevancia de las referidas implicaciones para el proceso, lo cierto es que *per se*, no sirven para vehicular en plenitud las virtualidades del nuevo paradigma, difuminando así, parte de la idiosincrasia restaurativa de la mediación.

En el convencimiento de que la Justicia restaurativa –y, en particular, la mediación– representa una opción de interés para la Justicia penal española del siglo XXI, el presente trabajo entra a cuestionar la indebida identificación –más que frecuente, por cierto–, entre la Justicia negociada y el denominado nuevo paradigma⁸ del Derecho penal.

2. El nuevo paradigma del derecho penal

En el contexto de una Justicia penal inmersa en problemáticas vinculadas a aspectos tales como el efecto estigmatizador de la prisión, el fracaso de la política resocializadora, el debate en relación a los fines de la pena, etc., es donde cabe situar la irrupción de la Justicia restaurativa⁹.

El denominado cambio de paradigma del Derecho Penal patrocina un modelo de Justicia que nuclea su interés en torno a la idea de restablecer la paz

⁸ En relación a la categorización de paradigma, *vid.* PASCUAL RODRÍGUEZ, E., “Justicia restaurativa como nuevo paradigma de Justicia penal y penitenciaria”, *Crítica*, número 973, 2011, en: http://www.revista-critica.com/administrator/components/com_avzrevistas/pdfs/a183fo59c97994f155fe44fa4a472199-973-La-c--rrel-del-siglo-XXI-Desmontando-mitos-y-recreando-alternativas---may.jun.%202011.pdf, (consultado a 29/03/2019). *Vid.* también al respecto, TAMARIT SUMALLA, J., “La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?”, en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E. y TAMARIT SUMALLA, J. (Coords.), *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁹ “A esta crisis general (...), el ámbito penal incorpora sus específicas problemáticas relacionadas con aspectos tales como el efecto estigmatizador de la prisión, el fracaso de la política resocializadora, el debate en relación a los fines de la pena, etc. Aquí radica parte del fundamento del denominado cambio de paradigma del Derecho Penal, esto es, la Justicia Restaurativa. En efecto, en el germen del nuevo paradigma concurren elementos de muy diferente signo entre los que cabe destacar: la crítica del efecto estigmatizador de la prisión y del fracaso de la política resocializadora, el resurgir de la víctima, la influencia de las teorías abolicionistas, y los movimientos en favor de la resolución alternativa de conflictos. Coinciden todos ellos en su crítica en relación a determinados aspectos nucleares de la Justicia penal tradicional. Lato sensu, reivindican un sistema de Justicia penal que centralice sus esfuerzos en la reparación a la víctima y, en la resocialización del victimario, a través de la participación de la comunidad en la resolución del conflicto”, en ALONSO SALGADO, C., *La mediación en el proceso penal del menor en el sistema de Justicia español*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2017, pp. 11-12.

social, reparar a la víctima y, a través de un nuevo aprendizaje, resocializar al victimario mediante la participación de la comunidad en la resolución del conflicto. Todo ello posibilitando la participación de las partes, potenciando su protagonismo y logrando, de este modo, un escenario de encuentro de carácter inclusivo, presidido por el diálogo¹⁰.

En otras palabras, a fin de reparar el daño ocasionado por la perpetración del delito, de sortear –en lo que resulte factible– los efectos de la victimización¹¹ y, en suma, de conseguir el restablecimiento de la paz social, esta nueva cosmovisión penal procura un mayor protagonismo de víctima y victimario, a través de la búsqueda de la solución en común del conflicto.

Así las cosas, a nuestro juicio resulta conveniente potenciar la presencia de métodos que favorezcan, o al menos permitan, la resolución restaurativa del conflicto penal¹², aun cuando, en primer lugar, ello comporte no pocas dificultades derivadas de la armonización en relación a los principios que en la actualidad rigen el proceso penal español de adultos¹³; y, en segundo lugar, aunque en la confusión

¹⁰ “(...) *la Justicia restaurativa es un nuevo modo de concebir la Justicia penal que se orienta más hacia la reparación del daño causado, que hacia la sanción de los delincuentes, y que cuenta con un gran potencial —a juicio de sus partidarios— a la hora de fortalecer la cohesión social dentro de una comunidad. En esta línea, los objetivos que persigue la Justicia restaurativa —caracterizada por una mayor participación de las partes en aras de la resolución conjunta del conflicto— son fundamentalmente tres: la resocialización del victimario en la sociedad para así prevenir la reincidencia; la reparación emocional, material y social de la víctima; y finalmente, la promoción de la sociedad con recursos para la prevención del delito y para la gestión de los conflictos*”, en ALONSO SALGADO, Cristina, *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 30-31.

¹¹ Pero hay que ser prudentes al respecto. Como es sabido, los servicios de justicia restaurativa “(...) *incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor (...) pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional (...)*”, considerando número 46 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

¹² CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pp. 167 y ss.

¹³ La situación es bien distinta en el procedimiento penal del menor. Al respecto *vid.* ALONSO SALGADO, C., *La Mediación en el Proceso Penal del Menor en el sistema de Justicia español*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2017.

del todo con la parte se acabe por identificar indebidamente Justicia restaurativa¹⁴ y Justicia negociada.

El referido marco de dificultades aconseja que, en defensa de la creación de espacios para un genuino diálogo restaurativo en el proceso penal español, nos detengamos a analizar aquellos argumentos que, en favor de tal posibilidad, resultan de interés.

Un buen inicio a este respecto puede venir de la mano del estudio del Derecho comparado, para que, por contraste, se acabe por confirmar no sólo la viabilidad y conveniencia de la tesis restaurativa aplicada al sistema español, sino también la necesidad de diferenciar aquellos supuestos que constituyen manifestaciones del nuevo paradigma de aquellos otros que no son sino variantes paccionadas surgidas del sistema “tradicional” de Justicia penal.

Y es que en latitudes cercanas –tanto desde una perspectiva geográfica, como político-social– se ha avanzado en la línea de posibilitar espacios para el diálogo –no siempre de naturaleza restaurativa– en el proceso penal. Es por este motivo que, tal y como se anticipaba, se echa mano del ejemplo comparado, con el objeto de vencer las resistencias esgrimidas por quienes no sólo manifiestan reparos a la posibilidad de que se arbitren ámbitos de consenso en el proceso penal español de adultos, sino que también identifican praxis restaurativa, donde únicamente concurre negociación penal¹⁵.

Justamente por esto último que se señala, nos hemos decantado por analizar

¹⁴ De interés para el debate en relación a la Justicia restaurativa: JIMÉNEZ BOLAÑOS, J., “Breve análisis de la justicia restaurativa”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 136, 2015, en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/21549> (consultado a 27/03/2019).; VALL RIUS, A., “El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española”, *Diario La Ley*, número 6528, 2006; CASTILLEJO MANZANARES, R., “Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017; etc.

¹⁵ ALONSO SALGADO, C., “Justicia penal consensuada. Breve aproximación al *patteggiamento* en el caso italiano”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, pp. 425-448.

algunas de las características básicas del modelo italiano, particularmente para así explicar no sólo las bondades, sino también las objeciones que, desde una perspectiva restaurativa, representa la opción de la Justicia penal negociada¹⁶.

3. Un ejemplo en el sistema de justicia penal italiano

En las postrimerías del siglo XX tanto el *procedimento penale italiano*, como el proceso penal español se encontraban en una más que notable crisis sistémica¹⁷.

Ello no obstante, el indicado paralelismo desapareció al tomar ambos sistemas caminos bien diferentes. Frente a la consabida evolución del proceso penal español, la aprobación de un nuevo *Codice de Procedura Penale*, el 22 de septiembre de 1988 supuso un salto cualitativo para el sistema del país transalpino. Y ello porque a su través se incorporaron no pocas innovaciones que, a modo de actualizaciones, sirvieron para modernizar la política criminal italiana. Entre las referidas novedades deben destacarse los procedimientos simplificados alternativos introducidos, y de entre ellos, en particular, la *applicazione della pena su richiesta delle parti*, el denominado *patteggiamento*, que es el “*Modello convenzionale per eccellenza nell’ambito del processo penale (...)*”¹⁸.

Con todo, lejos de lo que inicialmente pudiera pensarse, los referidos procedimientos alternativos del *Codice* de 1988 no han significado la consagración

¹⁶ Nuestra querencia -a este respecto- por el proceso penal italiano viene motivada, más allá de lo *supra* señalado, por algunas de sus simetrías con respecto al proceso penal español.

¹⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 1997, p. 119. En este sentido, cabe destacar que “*El proceso penal italiano (...) se encontraba a finales del pasado siglo, sumido en una profunda crisis, aderezada por múltiples remiendos legislativos que no hicieron sino perpetuar lo que era, no un problema super-estructural, sino un mal sistémico. Lo cierto es que lo dicho hasta bastaría para trazar un claro paralelismo con el sistema de justicia penal español, pero además, es necesario destacar el hecho de que ambos países sufrieron el zarpazo totalitario en el pasado y por ende, se han visto en la necesidad de reformular sus procesos penales para adecuarlos al código genético de la Democracia. Esa transición jurídica realizada mediante parches, no resultó satisfactoria a la hora de diseñar (...) el proceso penal para el Siglo XXI*”, en ALONSO SALGADO, C., “Justicia penal consensuada. Breve aproximación al *patteggiamento* en el caso italiano”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, p. 426.

¹⁸ PERONI, F., “L’*applicazione della pena su richiesta*”, en PERONI, F. y GIALUZ, M., *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, UTET, Torino, 2004, p. 8.

del principio de oportunidad, en tanto que, vigente el artículo 112 de la Constitución italiana por el que se consagra la regla de la obligatoriedad de la acción penal, resulta evidente que se diferencia la cohabitación entre la obligación y la excepción a la referida regla.

Lo acabado de señalar es susceptible de ocasionar cierta perplejidad, toda vez que, afirmada la vigencia del mandato constitucional de la regla de la obligatoriedad de la acción penal, se procede de igual modo a afirmar que el referido mandato debe ser entendido desde una perspectiva plástica. Ello no obstante, no corresponde sino interpretar la referida regla para el ejercicio de la acción penal en el sentido anticipado, en tanto que son más que numerosas las disposiciones del *Codice de Procedura Penale* en las que se posibilita el referido ejercicio desde parámetros flexibles¹⁹.

Así pues, asumida la legitimidad de determinadas quebras de la generalidad, la concepción que del mandato de la Constitución italiana debe prevalecer es aquélla que resulta armónica con un análisis de conjunto del sistema de Justicia penal italiano, esto es, la que posibilita la cohabitación de la regla de la obligatoriedad de la acción penal con institutos como los apuntados, sin que ello suponga vulneración o menoscabo alguno de las garantías y de los derechos fundamentales²⁰.

Tal y como se indicaba anteriormente, y a los presentes efectos, de entre los señalados procedimientos simplificados cabe destacar el *patteggiamento*²¹,

¹⁹ ALMEIDA SILVA, K. C., *La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal*, Universidad Carlos III, Getafe, 2008, pp. 136 y ss.

²⁰ ALONSO SALGADO, C., “Justicia penal consensuada. Breve aproximación al *patteggiamento* en el caso italiano”, ...*op. cit.*, pp. 425-448.

²¹ Sobre los diferentes debates relativos al instituto *vid.*, LATTANZI, G., “Il patteggiamento in appello un incompresso”, *Cassazione penale*, volumen 48, número 12, 2008; DIDI, A., “Contestazione della recidiva reiterata e patteggiamento ‘allargato’”, *Processo penale e giustizia*, número 1, 2011; LOVENE, F., “La giustizia negoziata al confine tra modello inquisitorio e accusatorio patteggiamento e verständigung a confronto”, *Cassazione penale*, volumen 53, número 9, 2013; PEREIRA I PUIGVERT, S., “Un pacto con la justicia. El ‘patteggiamento’ tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado”, *Justicia: revista de derecho procesal*, número 2, 2015; etc. En particular, anticipando algo sobre lo que se volverá, destaca MOJICA ARAQUE que “*En Italia se ha incorporado, desde hace*

justamente, porque permite visualizar a la perfección las diferentes implicaciones de la Justicia negociada y de la Justicia restaurativa, así como las oportunidades que para ésta entrañan las manifestaciones de aquélla.

Con respecto al referido instituto cabe diferenciar varios subtipos. Con anterioridad a la aprobación del *Codice de Procedura Penale* de 1988, el sistema italiano ya contaba con una variante originaria²². En efecto, “(...) tuvo un precedente remoto en los arts. 77 a 84 de la Ley de 24 de noviembre de 1981, núm. 689 (...) y escribimos ‘remoto’ porque (...) tales artículos no contemplaban un auténtico acuerdo o negociación entre el imputado y el Fiscal, sino dos declaraciones de voluntad independientes que tenían por común destinatario al Juez. De aplicación a aquellos hechos delictivos de escasa entidad (delitos de bagatela) para los que la Ley preveía pena privativa de libertad no muy grave, el procedimiento previsto ex arts. 77 y ss. de la Ley núm. 689 se iniciaba con la solicitud del imputado de aplicación de una sanción sustitutiva (libertad controlada o pena pecuniaria). Tal solicitud podía formularse durante el curso de la instrucción o en cualquier otro momento previo a la apertura del juicio oral. Una vez elevada al Juez dicha solicitud, éste procedía a su valoración teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, la personalidad del delincuente y los posibles beneficios que la admisión de dicha solicitud podía suponer para el imputado. Hechas estas valoraciones., el Juez solicitaba el parecer del Ministerio Fiscal acerca de la solicitud del imputado: si dicho parecer era contrario, el Juez no podía hacer otra cosa que rechazar la solicitud del imputado; en cambio, si el Ministerio Fiscal era favorable a aquella solicitud, el Juez podía dictar sentencia en la que, por una parte aplicaba la sanción sustitutiva previamente solicitada por el imputado y, por otra, declaraba ‘estinto’ el hecho delictivo”²³.

mucho tiempo, la figura del *patteggiamento*, la cual tiene varias similitudes con el *plea bargaining* del derecho anglosajón (...)", en MOJICA ARAQUE, C. A., "Justicia restaurativa", *Opinión Jurídica*, volumen 4, número 7, 2005, en: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1304/1287>, (consultado a 28/03/2019).

²² Vid. BUTRÓN BALIÑA, P., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 150.

²³ AGUILERA MORALES, E., *El "Principio de Consenso". La conformidad en el Proceso Penal Español*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 40-41. Una buena radiografía del proceso: "En Italia, al igual que sucede en España, las distintas fases del proceso están claramente diferenciadas, y se pretende que haya una estricta separación entre el 'dibattimento' y todas las actividades preparatorias anteriores. El

Tras la señalada aprobación, la regulación prevista en los artículos 444, 445, 446, 447 y 448 del *Codice*, establece un nuevo subtipo que, a modo de procedimiento alternativo al juicio oral, posibilita el acuerdo entre el Ministerio Público y la parte acusada en relación a la aplicación de la pena. Así pues, en tanto que la regulación incentiva el pacto sobre la pena, afecta al proceso, toda vez que comporta un cierto grado de transacción sobre su específico objeto²⁴.

El subtipo derivado del *Codice* –que origina una sentencia condenatoria que no extingue el delito– posibilita, a través de la reducción de hasta un tercio de la pena, la concesión de la suspensión condicional de la pena, en supuestos en los que inicialmente no sería posible²⁵.

En este sentido, resulta más que relevante la previsión del artículo 444.3 del *Codice*, de acuerdo con la que es posible que la *richiesta* se condicione a la referida concesión. Se pretende así, evitar contextos en los que la parte acusada se pudiera

*procedimiento se inicia con las ‘indagini preliminari’ (...), fase en la que el Ministerio Fiscal realiza labores investigadoras, tendentes a la aclaración de los hechos e identificación de los presuntos responsables (arts. 326 y 327 CPP); aunque la adopción de la mayoría de las medidas cautelares personales (...), así como las medidas de investigación que supongan una clara afección a los derechos fundamentales del imputado (...), requiere, tras la oportuna petición (‘richiesta’) del Fiscal, de la ineludible intervención del Juez, denominado ‘Giudice per le indagini preliminari’ (...). Cuando han concluido las investigaciones, el Ministerio Fiscal debe optar entre solicitar al ‘Giudice per le indagini preliminari’ bien el archivo de las actuaciones (‘la richiesta di archiviazione’), o bien la llamada ‘richiesta di rinvio a giudizio’ (...). La siguiente fase procedimental se denomina udiienza preliminare y viene a ser una fase intermedia entre la investigación de los hechos y el juicio oral (...) La función básica de la udiienza preliminare radica en el control judicial ejercido sobre la petición de imputación y de apertura del juicio realizada por el Fiscal. Una vez oídas las dos peticiones el Juez decide lo que estime oportuno acerca de la sostenibilidad de la acción, bien archivando definitivamente el procedimiento (...); bien dictando una resolución interlocutoria por la que ordena al Fiscal la realización de nuevas diligencias de investigación (...); o bien dictando decreto de apertura del juicio (art. 424 CPP). No obstante, aunque esta audiencia preliminar constituye, normalmente, una fase intermedia entre la investigación y el juicio (dibattimento), puede servir de fase catalizadora hacia una final anticipado del proceso, sin la celebración del juicio oral; esto sucede cuando el Juez acoge la petición de conformidad de ambas partes (patteggiamento) (...), o cuando estima la petición de ‘Giudizio abbreviato’ (...) [S]i el Juez de la udiienza preliminare considera que existen elementos suficientes e idóneos para mantener la acusación, dicta un decreto de apertura del juicio oral (dibattimento) (...). El ‘dibattimento’, como principal acto del proceso, es oral, público y regido absolutamente por el principio de contradicción, que toma forma a través de un interrogatorio cruzado (el cross interrogation angloamericano) dirigido por el Juez unipersonal (‘Tribunale monocratico’) o por el presidente del Tribunal colegiado, según los casos”, en CHOZAS ALONSO, J.M., “La conformidad penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de derecho comparado”, *La Ley Penal*, número 104, 2013.*

²⁴ DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Justicia criminal consensuada. Algunos modelos del derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 124 y ss.

²⁵ BUTRÓN BALIÑA, P., *La conformidad del acusado en el proceso penal, ...op. cit.*, p. 152.

sentir conminada a desistir del *patteggiamento* por la falta de seguridad acerca de la aprobación de la suspensión. Es por este motivo por el que el órgano jurisdiccional desestimará la *richiesta* si considera que no puede aprobarse la suspensión condicional²⁶.

Finalmente, tal y como se apuntaba, más allá de otras posibilidades, en el supuesto de que la *richiesta* proceda del Ministerio Público, el acusado podrá mostrar su negativa incluso de manera inmotivada. Por el contrario, si la solicitud proviene de la parte acusada, el Ministerio Público habrá de justificar su disconformidad, toda vez que la misma será objeto de fiscalización por parte del órgano jurisdiccional.

El régimen jurídico de este instituto se ha visto alterado por la aprobación de la Ley número 134, de 12 de junio, de 2003, a través de la que, entre otras cuestiones, se desarrolla significativamente su ámbito objetivo.

El *patteggiamento allargato* permite que la persona imputada muestre su conformidad con una pena privativa de libertad entre los dos años y un día y los cinco años de prisión, ponderadas las circunstancias atenuantes y la reducción de un tercio. Con todo, mediante la nueva regulación se disponen determinadas causas de exclusión –objetivas y subjetivas– entre las que se pueden destacar: ciertos delitos vinculados con la violencia de género, narcotráfico, delitos relacionados con la prostitución, etc. Además, “(...) los beneficios que puede disfrutar el imputado en este tipo de conformidad, a diferencia del ‘*patteggiamento tradizionale*’, no pueden extenderse a la sustitución de la pena, ni a la exoneración de las costas, y la extinción de la infracción en los plazos fijados para los delitos y faltas sólo opera en los casos en que la pena de prisión no supera los dos años, sola o combinada con multa; el ‘*premio*’, pues, y no es poco, se circunscribe a la reducción de un tercio de la pena (art. 445, 1 y 2 CPP)”²⁷.

²⁶ BUTRÓN BALIÑA, P., *La conformidad del acusado en el proceso penal, ...op. cit.*, p. 153.

²⁷ CHOZAS ALONSO, J.M., “La conformidad penal española y el *patteggiamento* italiano. Breve estudio de derecho comparado”, *La Ley Penal*, número 104, 2013.

En conclusión, ante la evidente insuficiencia del sistema para ofrecer respuesta a todas las controversias que se le formulan, la expansión del Derecho Penal, y el cuestionado resultado de determinados los procesos de despenalización –entre otros factores–, el *patteggiamento* ofrece un mundo de posibilidades para, entre otras cuestiones, la incorporación de métodos que, bajo el auspicio de la flexibilización de la regla *supra* referida²⁸, permitan diversificar la respuesta al delito. Y ello resulta más que relevante para la construcción de una nueva Justicia Penal que incorpore “(...) una serie de iniciativas comprendidas en la ‘nueva filosofía’ que debe orientar los fines del proceso y, a la postre, la elaboración de política criminal de los órdenes jurídicos contemporáneos”²⁹.

A la vista de todo ello, resulta fácil constatar que no pocos de los razonamientos contrarios a la incorporación de espacios para la negociación en el proceso penal español de adultos ceden ante la evidencia de la experiencia italiana. Así pues, acreditada la viabilidad de la referida incorporación, se deben considerar las inequívocas virtudes que institutos como el *patteggiamento* ofrecen en materia de celeridad, economía procesal, etc., pero también sus limitaciones en cuanto a lo que la Justicia Restaurativa se refiere.

4. La necesaria diferenciación: justicia penal negociada o paccionada versus justicia restaurativa

El estudio comparativo encuentra su fundamento, justamente, en la conveniencia de deshacer un entuerto clásico en el debate restaurativo: la confusión entre la Justicia penal negociada o paccionada y la Justicia restaurativa. Y es que, como sabemos, no han sido pocas las ocasiones en las que, con ánimo de desterrar la posibilidad de incorporar la mediación de manera efectiva al proceso penal español de adultos, se han esgrimido algunas de las objeciones³⁰ que presenta la Justicia negociada para, de este modo, negar la virtualidad del referido método

²⁸ Téngase presente lo ya señalado en relación al artículo 112 de la Constitución italiana.

²⁹ ALMEIDA SILVA, K. C., *La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal*, ...*op. cit.*, p. 325.

³⁰ *Supra* abordábamos el ejemplo de la conformidad española.

y, por extensión, del nuevo paradigma del Derecho penal.

Tal y como se anticipaba, con ello no se pretende negar la proximidad entre ambos conceptos, muy al contrario, su parcial significación común queda fuera de cualquier duda. Es más: es justamente la funcionalidad que preside la relación instrumental entre la Justicia negociada y la restaurativa, la que acaba por generar la señalada confusión. Dicho de otro modo, el nuevo paradigma comporta el recurso a la Justicia penal negociada, sin embargo, las expresiones de esta última no resultan, siempre y en todo caso, restaurativas.

Así las cosas, la correcta delimitación de uno y otro concepto deviene fundamental para que, inmersos en pleno debate en relación a la mediación penal, no se le acaben por adjudicar a ésta los reparos que en ocasiones presenta la Justicia penal negociada.

Las fórmulas que posibilitan una suerte de diálogo entre el Ministerio Público y la parte acusada constituyen buenos ejemplos de lo *supra* indicado, toda vez que, si bien se trata de expresiones “negociadoras”, en no pocas ocasiones, carecen de los elementos de identificación de la Justicia restaurativa.

Como venimos de analizar, el *patteggiamento* constituye un buen ejemplo de ello, en tanto que, aun cuando comporta una suerte de negociación, carece de los fundamentos que dan base al nuevo paradigma. Con todo, no se pretende negar aquí las virtualidades restaurativas con las que, inequívocamente, cuenta el instituto italiano: disminución de los efectos de la tan temida victimización; eliminación, en su caso, de los efectos criminógenos de la prisión, etc. Sin embargo, la propia idiosincrasia del instituto italiano, y por tanto su configuración, resulta lejana a los postulados restaurativos, pues finalmente no se trata sino de un procedimiento simplificado –al igual que el *giudizio per decreto*, el *giudizio immediato*, el *giudizio direttissimo* y el *giudizio abbreviato*– diseñado no para propiciar una conciliación entre las partes, sino para, fundamentalmente, acelerar

el proceso y así atajar la congestión del sistema de Justicia penal en Italia³¹.

Se trata, por tanto, de una diferencia más que notable, y evidencia que las fórmulas de aceleración procesal no suponen por sí mismas la transformación de carácter cualitativo que exige la Justicia restaurativa. En este sentido nótese que, si bien en el *patteggiamento* se posibilita la apertura de un espacio para el diálogo, lo cierto es que, en realidad, no se arbitra entre las partes del ilícito penal, sino entre el victimario y el Ministerio Público.

Así las cosas, ¿dónde queda el mayor protagonismo de la víctima?; ¿cómo se la empodera frente a un proceso que la relega a un segundo plano?; y aún más, ¿se sortean así los efectos de la victimización secundaria, o justamente, al negársele el debido protagonismo, se potencian? Resulta evidente que la vocación del instituto no orbita en torno a la víctima –una de las *conditio sine qua non* de la Justicia restaurativa–, sino sobre la finalización anticipada del proceso, esto es, sobre criterios de agilización de la administración de Justicia penal.

Se estimula estructuralmente la referida finalización con incentivos sistémicos –con las consabidas divergencias en relación a las diferentes variantes de *patteggiamento*– como, entre otros, la concesión de la suspensión condicional de la pena en supuestos para los que inicialmente no resultaba posible; la no imposición de costas procesales; la no imposición –con excepciones– de penas accesorias o medidas de seguridad; o la minoración de hasta un tercio de la pena.

En definitiva, aun cuando el *patteggiamento* abraza tangencialmente algún elemento restaurativo, la configuración del instituto resulta lejana a los postulados

³¹ Tal y como indicamos en otra ocasión: “(...) si bien la Justicia restaurativa, y más particularmente, la metodología en ella inspirada, forma parte de un concepto de Justicia negociada lato sensu, lo cierto es que ello no garantiza una Justicia más rápida para la totalidad de los supuestos. En la mayor parte de los casos la Justicia restaurativa garantiza una reducción temporal, de costes, y de medios más que significativa. Con todo, a decir verdad, no nos parece que la defensa de este nuevo paradigma deba pivotar sobre argumentos de naturaleza netamente utilitarista”, en ALONSO SALGADO, C., *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 31.

del nuevo paradigma³². Y ello porque bendice una negociación sistémica y no interpersonal, que no pretende otorgarle el debido protagonismo a la víctima o potenciar la resocialización del victimario, sino simple y llanamente finalizar cuanto antes el proceso. Buena prueba de ello es que incluso en ciertos supuestos excepcionales, el órgano jurisdiccional podrá estimar la *richiesta* del acusado en la consideración de que la negativa del Ministerio Público resulta infundada. Repárese en que en los referidos casos extraordinarios la oposición del Ministerio Público imposibilita la anticipación de la terminación del proceso, pero no imposibilita que se estime la *richiesta*. Así pues, si cabe la estimación de la *richiesta* con la expresa oposición del Ministerio Público, cabe sin ningún tipo de acuerdo, menos aún, de carácter restaurativo.

5. Algunas conclusiones

Por todo cuanto se ha señalado cabe inferir que el estudio del *patteggiamento* resulta conveniente para examinar, por comparación, la posible incorporación de fórmulas restaurativas en el proceso penal español de adultos, no porque constituya un método restaurativo, sino porque su existencia en sistemas en principio poco favorables a los espacios de negociación en el proceso penal, evidencia la factibilidad técnica de la viabilización de métodos que, además de paccionados, resultan netamente restaurativos.

En otras palabras, si bien los espacios para la negociación del *patteggiamento* no son restaurativos, resultan de interés porque pueden habilitar la práctica de fórmulas restaurativas. En efecto, como hemos visto, el ejemplo italiano sirve para, en primer lugar, rebatir algunas de las reticencias aún hoy esgrimidas en contra del principio de oportunidad reglada en el proceso penal español de adultos³³.

Sirve igualmente, para delimitar conceptualmente los umbrales de la

³² En sentido diferente, de interés para el debate *vid.*, MOJICA ARAQUE, C. A., “Justicia restaurativa”, *Opinión Jurídica*, ...*op. cit.*

³³ Reticencias que no han sido vencidas ni a través de la simbólica reforma operada al efecto por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Justicia negociada, en tanto que, sin negar que el *patteggiamento* constituye un balón de oxígeno para las posibilidades de incorporar fórmulas del nuevo paradigma en el proceso penal, la verdad es que la creación de los referidos espacios no comporta *per se*, elemento restaurativo alguno. Y ello nos permite concluir que, en tanto se trata de una manifestación de Justicia paccionada que no constituye un ejemplo de Justicia restaurativa, evidencia que un método propio de la Justicia penal negociada únicamente configurado desde las variables de agilización y simplificación del proceso, difícilmente puede satisfacer las exigencias de la Justicia restaurativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILERA MORALES, E., *El “Principio de Consenso”. La conformidad en el Proceso Penal Español*, Cedecs, Barcelona, 1998.

AGUILERA MORALES, E., “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, *Redur* 9, diciembre 2011.

ALASTUEY DOBÓN, M.C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ALMEIDA SILVA, K. C., *La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2008.

ALONSO SALGADO, C., “Justicia penal consensuada. Breve aproximación al *patteggiamento* en el caso italiano”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013.

ALONSO SALGADO, C., *La Mediación en el Proceso Penal del Menor en el sistema de Justicia español*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2017.

ALONSO SALGADO, C., *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BARONA VILAR, S., “La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia”, *Tiran Online* (Tol 2313226).

BUTRÓN BALIÑA, P., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

CHOZAS ALONSO, J. M., “La conformidad penal española y el *patteggiamento* italiano. Breve estudio de derecho comparado”, *La Ley Penal*, número 104, 2013.

DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Justicia criminal consensuada. Algunos modelos del derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DIDDI, A., “Contestazione della recidiva reiterata e patteggiamento ‘allargato’”, *Processo penale e giustizia*, número 1, 2011.

FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2005.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GONZÁLEZ CANO, I., “La mediación penal en España”, en BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

JIMÉNEZ BOLAÑOS, J., “Breve análisis de la justicia restaurativa”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 136, 2015.

LATTANZI, G., “Il patteggiamento in appello un incompreso”, *Cassazione penale*, volumen 48, número 12, 2008.

LOVENE, F., “La giustizia negoziata al confine tra modello inquisitorio e accusatorio patteggiamento e verständigung a confronto”, *Cassazione penale*, volumen 53, número 9, 2013.

MOJICA ARAQUE, C. A., “Justicia restaurativa”, *Opinión Jurídica*, volumen 4, número 7, 2005.

PASCUAL RODRÍGUEZ, E., “Justicia restaurativa como nuevo paradigma de Justicia penal y penitenciaria”, *Crítica*, número 973, 2011.

PEREIRA I PUIGVERT, S., “Un pacto con la justicia. El ‘patteggiamento’ tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado”, *Justicia: revista de derecho procesal*, número 2, 2015.

PERONI, F., “L’applicazione della pena su richiesta”, en PERONI, F. y GIALUZ, M., *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, UTET, Torino, 2004.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 1997.

TAMARIT SUMALLA, J., “La justicia reparadora: ¿una justicia para la

víctima?”, en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. y TAMARIT SUMALLA, J. (Coords.), *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

VALL RIUS, A., “El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: estudio comparado con la legislación española”, *Diario La Ley*, número 6528, 2006.