

## **PARADIGMA RESTAURATIVO E INSTITUTOS PACCIONADOS: UNA RELACIÓN POR ACLARAR**

**Dra. Cristina Alonso Salgado <sup>(1)</sup>**  
**Investigadora del Área de Derecho Procesal**  
**Universidad de Santiago de Compostela**

(Recibido 22/05/19 • Aceptado 21/11/19)

---

<sup>(1)</sup> Investigadora del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela. Es Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas y de la Administración, y Doctora en Derecho con mención europea (Premio Extraordinario de Doctorado) por la misma Universidad. Es autora de varias decenas de artículos y capítulos de libro; ha impartido conferencias y defendido comunicaciones en países como México, Portugal, España, etc.; ha coordinado tres obras colectivas; ha participado en la organización de numerosas actividades I+D+i; y ha realizado estancias de investigación, entre otros, en el *Institute Advanced Legal Studies de Londres*, en el *Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne*, y en el *Dipartimento di Scienze giuridiche “A. Cicu”, Università di Bologna*. cristina.alonso@usc.es

**Resumen:** La relación entre el paradigma restaurativo y los institutos paccionados 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. 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 paradigma del Derecho penal.

**Palabras Clave:** Justicia restaurativa, nuevo paradigma penal, mediación, Justicia negociada, sistema de Justicia penal.

**Abstract:** The relationship between the restorative paradigm and settled institutes moves in the strictly instrumental sphere. Beyond what they might seem initially, both concepts are not synonymous. In fact, these are criminal justice models that respond to rather different foundations, although they are interconnected. With the conviction that restorative justice, and particularly mediation - represents an option of interest for the 21st century Spanish Criminal Justice, this paper questions the undue identification -more than frequent, by the way-, between the negotiated justice and the so-called the new Criminal Law paradigm.

**Key Words:** : Restorative justice, new criminal paradigm, mediation, negotiated justice, criminal justice system.

## Índice:

- I. El nuevo paradigma del derecho penal.
- II. Ejemplos desde la perspectiva comparada.
- III. La necesaria diferenciación.

Conclusiones.

Bibliografía.

### **I. 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 restaurativa<sup>2</sup>.

El denominado cambio de paradigma<sup>3</sup> del Derecho Penal patrocina un modelo de Justicia que nuclea su interés en torno a la idea de restablecer la paz 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 diálogo.

En otras palabras, a fin de reparar el daño ocasionado por la perpetración del delito, de sortear –en lo que resulte factible– los efectos

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> En relación a la categorización de paradigma, vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, E. “Justicia restaurativa como nuevo paradigma de Justicia penal y penitenciaria”, *Crítica*, 2011, nº 973. Disponible en: [http://www.revista-critica.com/administrator/components/com\\_avzrevistas/pdfs/a183f059c97994f155fe44fa4a472199-973-La-c--rcel-del-siglo-XXI-Desmontando-mitos-y-recreando-alternativas--mayjun.%202011.pdf](http://www.revista-critica.com/administrator/components/com_avzrevistas/pdfs/a183f059c97994f155fe44fa4a472199-973-La-c--rcel-del-siglo-XXI-Desmontando-mitos-y-recreando-alternativas--mayjun.%202011.pdf)

de la victimización 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 penal<sup>4</sup>, 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 adultos<sup>5</sup>; y, en segundo lugar, aunque en la confusión del todo con la parte se acabe por identificar indebidamente Justicia restaurativa<sup>6</sup> 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.

---

<sup>4</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R. (2010). *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Las Rozas (Madrid): La Ley, pp. 167 y ss.

<sup>5</sup> La situación es bien distinta en el procedimiento penal del menor. Al respecto vid. ALONSO SALGADO, C. (2017). *La Mediación en el Proceso Penal del Menor en el sistema de Justicia español*, Santiago de Chile: Editorial Metropolitana.

<sup>6</sup> De interés para el debate en relación a la Justicia restaurativa: JIMÉNEZ BOLAÑOS, J. “Breve análisis de la justicia restaurativa”, Revista de Ciencias Jurídicas, 2015, n° 136. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/21549>; VALL RIUS, A. “El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española”, Diario La Ley, 2006, n° 6528; CASTILLEJO MANZANARES, R. (2017). Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas. En: La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales (obra colectiva), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi; etc

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 penal<sup>7</sup>.

## II. Ejemplos desde la perspectiva comparada

Justamente por lo que se viene de señalar, nos hemos decantado por analizar –con desigual profusión– algunos institutos del Derecho comparado, para así explicar no sólo las bondades, sino también las objeciones que, desde una perspectiva restaurativa, representa la opción de la Justicia penal negociada<sup>8</sup>.

En las postrimerías del siglo XX el *procedimento penale* italiano se encontraba, tal y como hoy día se encuentra el español inmerso, en una más que notable crisis sistémica<sup>9</sup>. 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<sup>10</sup>. Y ello

---

<sup>7</sup> ALONSO SALGADO, C. (2013). Justicia penal consensuada. Breve aproximación al patteggiamento en el caso italiano. En: La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario (obra colectiva), Las Rozas (Madrid): La Ley, pp. 425-448

<sup>8</sup> Nuestra querencia –a este respecto– por el proceso penal italiano viene motivada, más allá de lo *supra* señalado, por sus simetrías tanto históricas como estructurales con el proceso penal español.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (1997). *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, p. 119.

<sup>10</sup> “Desde fines de la década de los ochenta y durante la de los noventa del siglo XX se han implementado importantes reformas en el proceso penal de los Estados latinoamericanos (y también en países europeos como Italia, España y Portugal). Muchas de ellas pretendían mejorar sistemas procesales penales aún sumergidos en el sistema inquisitivo, muy poco reformado de acuerdo a las premisas de los códigos del siglo XIX. A fines de aquel siglo el modelo a

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 proceso penale (...)”<sup>11</sup> .

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

---

imitar por los países del ámbito iberoamericano era el Código procesal francés, con una instrucción secreta y un juicio oral de mayor contenido acusatorio. Esa fue la inspiración de la ley procesal española aún parcialmente vigente. Y luego también de casi todos los códigos procesales latinoamericanos, que fueron adoptando tal modelo lentamente en el siglo XX. Tan lentamente se realizó tal proceso que en muchos sitios esta adopción de los códigos llamados ‘mixtos’ será coetánea con las reformas que mencionaré en un aspecto particular. Es así que hacia fines del siglo XX los procedimientos penales de la península ibérica y latinoamericanos serán reformados. Como se señalaba, las primeras premisas de dichas reformas aparecieron vinculadas con los procesos de ‘transición’ o de ‘democratización’, que lógicamente debían de tener una consecuencia política criminal y sobre los derechos humanos. En el ámbito procesal, y así como la política criminal autoritaria se identifica con el modelo inquisitivo, dicha política criminal democrática pretendía tender hacia el acusatorio. Sin embargo, a poco de andar en esa dirección político criminal, una nueva premisa se convertiría en la bandera de las reformas ya iniciadas. El nuevo leitmotiv sería el de la ‘eficacia’ de las funciones penales. Esto afectaría a toda la política criminal (...) Se conformará entonces un híbrido del sistema continental europeo al que se le injertan aportes anglosajones (...)”, en IGNACIO ANITUA, G., “La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas”, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 2015, vol. 1, n° 1, p. 44. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5694123.pdf>.

<sup>11</sup> PERONI, F. (2004). *L’applicazione della pena su richiesta. En: La giustizia penale consensuale*. Concordati, mediazione e conciliazione (obra colectiva), Torino: UTET, p. 8.

de la obligatoriedad de la acción penal, se procede de igual modo a afirmar que el referido mandato debe ser entendido desde una perspectiva flexible. Ello no obstante, no corresponde sino interpretar la referida regla para el ejercicio de la acción penal en el sentido anticipado, toda vez que son más que numerosas las disposiciones del Codice de Procedura Penale en las que se posibilita el referido ejercicio desde parámetros de discrecionalidad<sup>12</sup>.

Así pues, asumida la legitimidad de determinadas quiebras 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 entre la regla de la obligatoriedad de la acción penal e institutos como los apuntados, sin que ello suponga vulneración o menoscabo alguno de las garantías y de los derechos fundamentales<sup>13</sup>.

Tal y como se indicaba anteriormente, y a los presentes efectos, de entre los señalados procedimientos simplificados cabe destacar el *patteggiamento*, 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 entraña 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 originaria<sup>14</sup>. 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

---

<sup>12</sup> ALMEIDA SILVA, K. C. (2008). *La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 136 y ss.

<sup>13</sup> ALONSO SALGADO, C. (2013). *Justicia penal consensuada. Breve aproximación al patteggiamento en el caso italiano. En: La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario* (obra colectiva), Las Rozas (Madrid): La Ley, pp. 425-448.

<sup>14</sup> Vid. BUTRÓN BALIÑA, P. (1998). *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid: McGraw-Hill, p.150.

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 podían 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”<sup>15</sup>.

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<sup>16</sup>. Así pues, en tanto que la regulación incentiva el pacto sobre

---

<sup>15</sup> AGUILERA MORALES, E. (1998). *El “Principio de Consenso”. La conformidad en el Proceso Penal Español*, Barcelona: Cedecs, pp. 40-41.

<sup>16</sup> Nótese el paralelismo con el *plea bargaining* estadounidense: “Allí, a partir de fines del siglo XIX y principios del XX se comienza a utilizar el *plea bargaining* como forma de evitar el procedimiento de enjuiciamiento por Jurados. Ello sucede paralelamente, entre otros factores, al desarrollo y burocratización de los órganos de persecución estatal, y a la ampliación de las conductas atrapadas por la ley penal (...) El acuerdo entre el acusado y los funcionarios del Estado que sólo puede llevar a la imposición de un castigo eludiendo el juicio, entonces, tiene como base un intercambio desigual (...)”, en IGNACIO ANITUA, G., “La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2015, vol. 1, nº 1, pp. 51-52. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5694123.pdf>.

la pena, afecta al proceso, toda vez que comporta un cierto grado de transacción sobre su específico objeto<sup>17</sup>.

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 posible<sup>18</sup>. 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 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 desestimaré la *richiesta* si considera que no puede aprobarse la suspensión condicional<sup>19</sup>.

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 n.º 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

---

<sup>17</sup> DE DIEGO DÍEZ, L. A. (1999). *Justicia criminal consensuada. Algunos modelos del derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 124 y ss.

<sup>18</sup> BUTRÓN BALIÑA, P. (1998). *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid: McGraw-Hill, p.152.

<sup>19</sup> BUTRÓN BALIÑA, P. (1998). *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid: McGraw-Hill, p. 153.

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)”<sup>20</sup>.

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* referida<sup>21</sup>, 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”<sup>22</sup>.

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.

Habida cuenta de lo acabado de señalar en relación al *patteggiamento*, en sentido bien diferente cabe traer a colación la *suspensão provisória*

---

<sup>20</sup> CHOZAS ALONSO, J.M. “*La conformidad penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de derecho comparado*”, La Ley Penal, 2013, nº 104.

<sup>21</sup> Téngase presente lo ya señalado en relación al artículo 112 de la Constitución italiana.

<sup>22</sup> ALMEIDA SILVA, K. C. (2008). *La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, p. 325.

del sistema de Justicia penal portugués. De conformidad con los artículos 281 y 282 del Código de Processo Penal, el Ministerio Público puede proponer la suspensión provisional del proceso siempre y cuando se den unas determinadas circunstancias que permitan la escenificación de un espacio de consenso en el proceso penal, y sin que por ello se deba hacer expresa renuncia a los fines tradicionales del sistema de Justicia penal. La suspensión provisional regula pues, el archivo de las actuaciones bajo ciertas condiciones.

Del régimen jurídico previsto se puede inferir que es el Ministerio Público quien propone la suspensión “a cambio” del cumplimiento de unas condiciones y reglas de conducta, y es el juez el que muestra su “conformidad”, o no, con tal proposición. Además, el referido artículo 281 no sólo exige la conformidad del acusado, sino también la de la víctima, motivo por el cual, si ésta mantiene reservas acerca de la adopción de la suspensión, puede manifestarlas para de este modo abortar tal posibilidad. Y ello es tanto más importante de lo que inicialmente pudiera parecer, por cuanto al poder mostrar su negativa, lejos de erigirse en una convidada de piedra del proceso, su posición se ve notablemente fortalecida, toda vez que se le atribuye de facto, una suerte de capacidad de veto sobre la adopción de la suspensión provisória<sup>23</sup>.

En palabras de GALAIN PALERMO, “La ‘suspensão provisória do processo’ del artículo 281 (...) no tiene paralelo en el derecho comparado, pues ninguna otra legislación penal admite tan amplia participación de los implicados en la construcción del diálogo. Incluso para el caso de que esta norma pueda tener como antecedente el 153<sup>a</sup> StPO, se diferencia de él al permitir la intervención de la víctima (‘asistente’) para la obtención del consenso. Las normas que permiten la suspensión provisional del

---

<sup>23</sup> Ello no obstante, es preciso realizar dos matizaciones a lo acabado de señalar. En primer lugar, tras la última modificación operada en el Código Penal Portugués y el Código de *Processo Penal*, en vigor desde marzo de 2013, la regulación prevista en el 207.2 del CPe en relación a determinado tipo de hurto, *furto bagatelar*, no exige el consentimiento del *assistente* para que se produzca la suspensión provisoria del proceso. En segundo lugar, a pesar de que se desvíe de nuestro objeto de estudio, debe realizarse una llamada de atención sobre las especificidades de régimen en materia de violencia doméstica a que se aplica la suspensión provisional del proceso y su relación con la Ley n.º 112/2009, de 16 de septiembre.

proceso (o, como utiliza ROXIN, el ‘sobreseimiento por allanamiento’) parten de la idea de que se trata de una solución de consenso, que justifica y legitima todo, pues tales normas son aptas para alcanzar la paz jurídica (...) Existe un evidente paralelismo entre el 153<sup>a</sup> StPO y la suspensão provisória, no obstante consideramos esta segunda una figura más acabada al considerar en su regulación la posición de la víctima, cuestión esta que no sucede en la disposición alemana”<sup>24</sup>.

Así pues, se puede inferir con facilidad de que no se trata de una idea menor. Muy al contrario, como es sabido, la participación y protagonismo de la víctima –en general, de las partes– resulta un elemento central del pensamiento restaurativo. A la luz de lo esbozado no cabe duda de que la interacción de la *suspensão provisória* en relación al nuevo paradigma resulta muy diferente a la analizada en cuanto a la fórmula paccionada del *patteggiamento*.

### III. La necesaria diferenciación

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 objeciones que presenta la Justicia negociada para, de este modo, negar la virtualidad del referido método y, por extensión, del nuevo paradigma del Derecho penal. 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.

---

<sup>24</sup> GALAIN PALERMO, P. (2009). *Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes. En Ars iudicandi. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (obra colectiva), Coimbra: Coimbra editora, p. 843.

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. Ello no obstante, 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 Italia<sup>25</sup>.

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

---

<sup>25</sup> 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. (2018). *La mediación en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 31.

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 imputado 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 del nuevo paradigma<sup>26</sup>. 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.

Por el contrario, la *suspensão provisória* ejemplifica a la perfección las posibilidades restaurativas de un instituto no diseñado inicialmente con

---

<sup>26</sup> En sentido diferente, de interés para el debate vid., MOJICA ARAQUE, C.A. “Justicia restaurativa”, *Opinión Jurídica*, 2005, vol. 4, n° 7. Disponible en: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1304/1287>.

tal cometido, esto es, una figura inicialmente de Justicia negociada que, a su través, posibilita respuestas penales propias del nuevo paradigma. En este caso, la agilización de la Justicia en nada obsta el fortalecimiento del protagonismo de las partes, incluida, por supuesto, la víctima; potencia<sup>27</sup> la perspectiva resocializadora a través de las *injunções* y las reglas de conducta; etc.

Se ilustra de este modo el apuntado carácter instrumental de la relación entre la Justicia restaurativa y la negociada: mientras que el nuevo paradigma exige espacios para el consenso en el proceso penal<sup>28</sup>, las fórmulas paccionadas no implican siempre y en todo caso una respuesta restaurativa del sistema de Justicia penal<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> O al menos es susceptible de potenciar.

<sup>28</sup> Refiriéndonos a opciones intrajudiciales.

<sup>29</sup> Como destaca DÍAZ LÓPEZ –con objeto de la necesaria diferenciación entre métodos ADR y Justicia restaurativa–, una Justicia pactada no tiene porque ser restaurativa: “Conviene señalar que ADR y Restorative Justice no son sinónimos: la primera persigue llegar a una solución pactada, la segunda persigue una solución justa en términos restauradores. Como forma de expresión de la ADR y la Justicia restaurativa se alza la mediación penal, que puede conjugar esos dos objetivos, y que ha sido privilegiada en el debate mediático y político-criminal frente a otras manifestaciones de la ADR (como podrían ser la conciliación o el arbitraje), quizás por la popularización de la mediación misma en otras ramas del Derecho”, DÍAZ LÓPEZ, J.A. “Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Indret-Revista para el análisis del Derecho*, 2011, nº 3, p. 6. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/826.pdf>.

## Conclusiones

Por todo cuanto se ha señalado cabe inferir que el estudio de algunos de los institutos señalados resulta conveniente para examinar, por comparación, la posible incorporación de fórmulas restaurativas en el proceso penal español de adultos, no porque se trate de métodos restaurativos *stricto sensu*, 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, pueden llegar a resultar netamente restaurativos.

En otras palabras, si bien no todos los espacios para la negociación son restaurativos, resultan de interés porque pueden habilitar –con las oportunas adaptaciones– la práctica de fórmulas restaurativas. Y ello porque, en primer lugar, ejemplos como la *suspensão provisória* o el *patteggiamento* sirven para rebatir algunas de las reticencias aún hoy esgrimidas en contra del principio de oportunidad reglada en el proceso penal español de adultos.

Sirven igualmente, para delimitar conceptualmente los umbrales de la Justicia restaurativa: la *suspensão provisória* parte de una premisa negociadora que puede albergar una respuesta restaurativa; el *patteggiamento* es una manifestación de Justicia paccionada que no constituye un ejemplo de Justicia restaurativa. Este segundo ejemplo evidencia, por tanto, que un método propio de la Justicia penal negociada configurado únicamente desde las variables de la agilización y la simplificación del proceso<sup>30</sup>, difícilmente puede satisfacer las exigencias de la Justicia restaurativa.

---

<sup>30</sup> Nótese que esta es la orientación más común de buena parte de los institutos de la Justicia negociada.

## **Bibliografía**

- AGUILERA MORALES, E. (1998). *El “Principio de Consenso”. La conformidad en el Proceso Penal Español*, Barcelona: Cedecs.
- ALMEIDA SILVA, K. C. (2008). *La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.
- ALBERGARIA, P. S. (2007). *Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.*, Almedina: Coimbra.
- ALONSO SALGADO, C. (2013). *Justicia penal consensuada. Breve aproximación al patteggiamento en el caso italiano. En: La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario* (obra colectiva), Las Rozas (Madrid): La Ley.
- ALONSO SALGADO, C. (2017). *La Mediación en el Proceso Penal del Menor en el sistema de Justicia español, Santiago de Chile*: Editorial Metropolitana.
- ALONSO SALGADO, C. (2018). *La mediación en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BUTRÓN BALIÑA, P. (1998). *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid: McGraw-Hill.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (2017). *Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas. En: La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales* (obra colectiva), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (2010). *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Las Rozas (Madrid): La Ley.
- CHOZAS ALONSO, J.M. “*La conformidad penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de derecho comparado*”, La Ley Penal, 2013, nº 104.
- DE DIEGO DÍEZ, L. A. (1999). *Justicia criminal consensuada. Algunos modelos del derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- DÍAZ LÓPEZ, J.A. “Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Indret-Revista para el análisis del Derecho*, 2011, nº 3. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/826.pdf>.
- GALAIN PALERMO, P. (2009). *Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes. En Ars iudicandi. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (obra colectiva), Coimbra: Coimbra editora.
- IGNACIO ANITUA, G., “La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2015, vol. 1, nº 1. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5694123.pdf>.
- JIMÉNEZ BOLAÑOS, J. “Breve análisis de la justicia restaurativa”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2015, nº 136. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/21549>.
- MOJICA ARAQUE, C.A. “*Justicia restaurativa*”, *Opinión Jurídica*, 2005, vol. 4, nº 7. Disponible en: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1304/1287>
- PASCUAL RODRÍGUEZ, E. “Justicia restaurativa como nuevo paradigma de Justicia penal y penitenciaria”, *Crítica*, 2011, nº 973. Disponible en: [http://www.revista-critica.com/administrator/components/com\\_avzrevistas/pdfs/a183f059c97994f155fe44fa4a472199-973-La-c-rcel-del-siglo-XXI-Desmontando-mitos-y-recreando-alternativas---may.jun.%202011.pdf](http://www.revista-critica.com/administrator/components/com_avzrevistas/pdfs/a183f059c97994f155fe44fa4a472199-973-La-c-rcel-del-siglo-XXI-Desmontando-mitos-y-recreando-alternativas---may.jun.%202011.pdf).
- PERONI, F. (2004). *L'applicazione della pena su richiesta. En: La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione* (obra colectiva), Torino: UTET.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (1997). *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca.
- VALL RIUS, A. “El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española”, *Diario La Ley*, 2006, nº 6528.