

**¿«POPULISMO» O «GARANTISMO»,
PARA LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL?:
ALTERNATIVA CONFUSA Y CONFUSIONISTA**
*(A propósito de unas in-determinaciones cardinales
en que se sustentan esas dos orientaciones)*

Dr. Enrique P. Haba [*]

(Recibido 30/02/17 • Aceptado 14/11/17)

[*] Catedrático de la Universidad de Costa Rica. Actualmente profesor del Doctorado en Derecho, Universidad de Costa Rica, en las materias: Metodología del razonamiento jurídico I y II.
e.p.haba.m@gmail.com // enrique.haba@ucr.ac.cr
Tel:(506)2283-3842

Resumen: Se procura hacer ver que «populismo» y «garantismo» constituyen unas etiquetas con magro alcance esclarecedor, antes bien son desorientantes, en la doctrina del derecho penal. Ambas resultan inocuas, cuando no engañosas, para poder guiar con lucidez –esto es, *empírico-científicamente!*– hacia soluciones prácticas socialmente adecuadas en este campo.

Palabras Clave: derecho penal, populismo punitivo, garantismo, hacinamiento carcelario.

Abstract: This article seeks to show that “*populism*” and “*criminal guarantees*” are labels with a limited clarifying scope. On the contrary, they are befuddling in criminal law doctrine. Both are innocuous, but they can be also be dangerous in order to furnish a lucid guide, that is empirically-scientifically, for practical solutions that may be appropriate to this field.

Key Words: Criminal law, punitive populism, criminal guarantees, prison overcrowding

Índice

Presentación

- I. Las orientaciones generales –mejor dicho: *generalísimas*– puestas en juego ahí.
- II. ¿Cuáles serían las penas más adecuadas?
- III. ¿Qué hacer con respecto al hacinamiento carcelario?
- IV. En definitiva.

Suplemento:

- a) Aclaración de Minor E. Salas.
- b) Contestación.

*... no solo hay que defenderse de las soluciones: hay que defenderse **hasta de las cuestiones**, de los mismos problemas de los enunciados.*

Vaz Ferreira¹

Presentación

Voy a examinar ciertas ideas en materia de derecho penal debatidas en una actividad de la Facultad de Derecho (UCR), efectuada tiempo atrás². Se trata de la discusión que tuvo lugar, en esa ocasión, entre los profesores Javier Llobet (conferencia «Populismo punitivo») y Minor E. Salas (comentario presencial), sobre el enfoque denominado «populismo» como orientación para el derecho penal (así lo llaman adversarios de esta). Poco después escribí unas observaciones al respecto³. A pesar del tiempo transcurrido, entiendo que el asunto de fondo sigue planteado sustancialmente de la misma manera, por lo cual no me parece inoportuno darlas a conocer aquí. [Mas no entiendo referirme, ni aun secundariamente, a las cuestiones suscitadas en torno a lo calificado de «populismo» como ideologías políticas en general.]

¹ C. Vaz Ferreira, *Lógica viva (Adaptación práctica y didáctica)*, Montevideo, ed. Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. III, 1963, 225 p.: pasaje de la pág. 145.

² Ese evento fue organizado por la Asociación de Estudiantes de Derecho (24/03/13).

³ Ahora no he introducido sino leves cambios de detalle en mi texto original, apenas para «pulimento» (por así decir) en la redacción, o sea, sin enmendar los contenidos sustantivos de argumentación elucidados en aquel; pero las notas subpaginales y el Suplemento se añaden en la versión presente. [Aquel texto fue transmitido, en su momento, a ambos catedráticos. El Prof. Salas me envió un documento de «Aclaración» con respecto a estos señalamientos míos; al final (Suplemento) del presente artículo reproduzco y comento ese texto. Por su parte, el Prof. Llobet contestó: «.. me ocuparé de leer el documento de Pedro Haba y el suyo cuanto regrese a Costa Rica. Lamento, sin embargo, que Pedro Haba no haya participado ese día pidiendo la palabra, que era el momento apropiado para que hiciera sus comentarios y se le diera respuesta a los mismos» (correo electrónico dirigido a Salas, 16/05/13). Yo no me atrevo a pensar que estas palabras de Llobet han de entenderse en el sentido de que, para examinar las *ideas* doctrinarias presentadas en dicha ocasión, él considera que corresponde atenerse al principio: «Hable ahora [en aquel momento]... ¡o calle para siempre!». Estoy convencido de que ciertamente él no se va a molestar, sino todo lo

La principal alternativa doctrinaria opuesta a la susodicha tendencia doctrinaria es justamente otra, de señalado renombre, que se autoidentifica mediante la etiqueta: «garantismo» penal. Si bien esta contraposición quedó algo así como entre bambalinas en dicho debate, no fue aludida sino de paso, me parece que la posición *contra*-«populista» como fue sostenida ahí por Llobet coincide, si no estoy muy equivocado, con ideas claves que sostienen los penalistas «garantistas» en general; y entiendo que también Salas dio por presupuesta tal alternativa doctrinaria al respecto. De cualquier manera, cuanto aquí me importa examinar no son los nombres que reciban las posiciones en juego, sino apreciar el alcance de las razones invocadas.

Principalmente deseo hacer ver unas omisiones cardinales que caracterizan a esas razones mismas; aquel debate sirve para ejemplificar muy visiblemente, a mi juicio, tal orden de carencias en la doctrina del derecho penal. Es lo habitual ver a las teorizaciones «garantistas» incurrir justamente en *tales* tipos de omisiones. Estas conducen a desviar la atención de las coordinadas prácticas decisivas para detectar los principales factores reales de las cuestiones consideradas. De ahí que la contraposición «populismo»/no-«populismo» penales venga a corresponderse esencialmente con la de no-«garantismo»/«garantismo» penales, sobre todo habida cuenta de la consubstancial in-determinación en buena parte de las ideas fundamentales sobre las cuales ambas direcciones aparecen edificadas.

[Los teóricos del «garantismo» ofrecen profusos desarrollos doctrinarios donde se ocupan también de muchas otras cosas (así, notoriamente, el menú pantagruélico de clasificaciones distraccionistas lanzado por Ferrajoli⁴). Quien lea el presente comentario puede

contrario, porque sean difundidas estas observaciones —tanto más cuanto que son de carácter propiamente *académico*— que me tomo la libertad de dar a conocer aquí (puntualizaciones estas que, por lo demás, no veo cómo podría yo, ni nadie, haber explicado en los dos o tres minutos que le es dable utilizar respectivamente a personas del auditorio en tal orden de eventos, ese limitadísimo espacio que a intervenciones del público se suele reservar ahí para cerrar la actividad).]

⁴ Cf.: M. E. Salas, «Sin Derecho ni Razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real», *Doxa*, n° 35-2012, pp. 751-789.

reemplazar, si lo prefiere, la palabra «garantismo» por simplemente la expresión anti-«populismo» penal, cada vez que se encuentre con aquella palabra acá. — Lo recalco de nuevo: mi asunto es tratar de calibrar qué alcances prácticos —o sea, los de orden realista— puedan tener (o no) los puntos de vista a que voy a referirme, tanto da cómo se le llame a cada uno de ellos.]

I. LAS ORIENTACIONES GENERALES —MEJOR DICHO: GENERALÍSIMAS— PUESTAS EN JUEGO AHÍ

Llobet concentró su exposición en destacar el hacinamiento que impera en las cárceles de Costa Rica y enfatizó que el aumento de las penas carcelarias no sirve para disminuir los índices de criminalidad. Considerando, supongo, que hacia falta demostrar fehacientemente tales aspectos, hizo ver *estadísticas* de lo uno y de lo otro; junto con ello exhibió *declaraciones públicas* de sentido «populista» en la materia. Por su lado, Salas insistió sobre todo en subrayar que el estudioso ha de mantener *metodológicamente* la cabeza «fría» frente a su objeto de indagación, no menos para estudiar esa situación carcelaria; por tanto, subrayó aquel, lo principal relevante científicamente no son las encontradas *valoraciones* que se susciten ante esas situaciones, sino la investigación sobre sus relaciones empíricas de *causa-efecto*.

Yo diría que es cierto, básicamente, lo que señaló cada expositor. Me parece que sus planteamientos son antes bien complementarios que propiamente contradictorios, en lo principal. No negaré que, por mi propia parte, mis intereses teóricos se inclinan más hacia el tipo de aproximación propugnado por Salas; pero aquello hacia lo cual aquí deseo dirigir la atención es que, cuando cuestiones como esas son abordadas principalmente de la manera cómo lo hicieron *ambos* «contendores», ni una ni otra aproximación logran bajar del «cielo» — el de tales o cuales enunciados *teóricos generalísimos*— a la «tierra» (Jhering⁵). Esto último requiere señalar algunas soluciones que sean no solo deseables, sino de veras viables, iconcretamente!, *en la práctica*.

⁴ Cf.: M. E. Salas, «Sin Derecho ni Razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real», *Doxa*, n° 35-2012, pp. 751-789.

⁵ Cf. R. v. Jhering, *Broma y veras en la Jurisprudencia. Un regalo de Navidad para los lectores de obras jurídicas* (trad. Tomás A. Banzhaf), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974 [escritos or. 1860-1884], 425 p.: esp. Parte III (pp. 271 y ss.: «En el cielo de los conceptos jurídicos»).

Por supuesto que unos planteamientos teóricos generales son indispensables para examinar toda cuestión práctica. Tales o cuales ideas básicas de *ese* orden obran ahí —si no son unas son otras, ya sea consciente o inconscientemente— como resorte mental para arribar a, y para confiar en, la solución que fuere. Pues sí, es indispensable *partir* de enunciados teóricos generales, sean unos u otros. Nadie más lejos que yo de imaginarse que las ideas teóricas carecen de importancia para abordar los problemas concretos. Sin embargo, ¿qué hacemos con tener unas teorizaciones que, al momento de «freír», resultan inocuas para saber qué hacer en los hechos, en cuanto se nos plantean los asuntos específicos que ellas estarían destinadas supuestamente a resolver («reír»)? No alcanza con enunciar unos grandes principios de tal orden —iviva el «populismo»!, iviva el «garantismo»!— para conseguir poner el *dedo en la llaga*, esto es: saber cuáles puedan ser las específicas alternativas *reales* disponibles frente a los problemas que acucian en el derecho «viviente».

Tanto en las ciencias de la naturaleza como en las ciencias sociales, se entiende que las teorías presentadas necesitan poder acreditarse en los hechos, para ser aceptadas en definitiva. Aun las teorías jurídicas debieran (¿no es verdad?) *ser testadas* en cuanto a aquilatar para qué sean capaces de *servir* en las propias prácticas del derecho. La relevancia efectiva de cada una de esas teorías depende de la medida en que resulten capaces de dirigir de veras el pensamiento hacia conseguir vislumbrar cuáles sean unas posibles soluciones *concretas* recomendables por su *eficacia*; esto es, ofrecer soluciones que permitan atender bastante satisfactoriamente ciertas prácticas sociales que se producen de maneras mucho más insatisfactorias cuando *no* se adopten esas soluciones justamente. Estas prácticas insatisfactorias, las consideradas así desde tales o cuales puntos de vista, son aquellas que se ven como «problemas» en el desempeño de las actividades consideradas.

Las teorías jurídicas están —mejor dicho, debieran estar— ahí para, principalmente, destilar unos caminos del pensamiento conducentes a hallar semejantes soluciones, por la vía de manejar posibles normativas de derecho que sean viables para *actuar* frente a tales o cuales «problemas» *prácticos* de la convivencia social⁶. Ahora bien,

⁶ Ello por cuanto el derecho incide decisivamente en conductas humanas, interviene (ibien o mal!) como una «tecnología social» discursiva al respecto. Véase: H. Albert, *La Ciencia del Derecho como Ciencia Real* (Present., trad. y nn.: M.E. Salas), México, Fontamara, 2007, 110 p.; E. P. Haba, «La opción capital para los razonamientos jurídicos: ¿novelas de conceptos

la aptitud que en *tal* sentido puedan tener esas teorías pasa ante todo por cumplir con el fundamental requisito de que, como en cualquier disciplina científica, sus instrumentos conceptuales no sean demasiado imprecisos. Esto último implica ni más ni menos que saber, mediante la aplicación de ellas, indicar de modo bastante neto *qué* hacer para seguir aquellos caminos justamente, los específicos de la teoría en cuestión. Por tanto, significa también saber diferenciar bien dichas soluciones, las de eficacia mostrada ya o unas cuya probabilidad de servir para tales efectos esté bastante acreditada mediante previos estudios científico-empíricos, frente a cualesquiera otras —así, unas simplemente idealistas— que se lleguen acaso a proponer como posibles normativas jurídicas para los asuntos considerados⁷.

Quiere decir que la teoría jurídica propugnada, si ha de ser útil para la práctica, necesita estar en condiciones de arbitrar entre propuestas jurídicas concretas, digamos entre una propuesta de solución A (correspondiente a aquella misma teoría) y cualquier otra B (correspondiente a teorías muy distintas sobre el asunto en cuestión); o sea, resolver eso de modo tal que aquella primera teoría conduzca *netamente* a respaldar una de ambas soluciones específicas y a desechar la otra. Mi pregunta clave es: si aquí denominamos X al así llamado «populismo» punitivo y denominamos Z al «garantismo» (o simplemente a cualquier orientación no-«populista» en materia penal), ¿entonces sabremos a qué atenernos sobre (i) *cómo* solucionar cuestiones prácticas como las señaladas en dicha oportunidad y (ii) saber *cuál* entre dos soluciones muy distintas al respecto responde a la orientación X pero sería incompatible con la Z? En los planteamientos de ninguno de ambos expositores logré detectar lo que podrían ser unas pistas para saber cómo sería adecuado proceder [(i) y (ii)], en los hechos, frente a los problemas específicos allí señalados: hacinamiento carcelario, extensión de las penas. De ahí que, al fin de cuentas, tampoco conseguí saber si de veras tienen que estar *necesariamente* contrapuestas entre sí toda solución penal que proponga uno de esos dos bandos frente a cualquiera que proponga el otro, en cuanto al problema específico abordado.

o una tecnología social?», Doxa, n° 36-2013, pp. 509-557 [la versión revisada y algo abreviada se encuentra en: <http://emporiododireito.com.br/?s=Enrique+Haba>, 12/11/1015].

A mi juicio, los expositores no llegaron a hacer ver *dónde* residen las dificultades reales más decisivas para poder implementar soluciones que de veras permitirían paliar bastante las situaciones actuales señaladas. Lo descrito por Llobet ratifica aquello que todo el mundo sabe de por sí sobre dichas situaciones; eso que nadie, séase o no «populista», pone en duda (así los datos indicados sobre la situación carcelaria). Sólo que, ¡y he ahí el *quid!*, NO es de esos datos por sí mismos de donde pueda inferirse lo principal: *¿qué* hacer al respecto? ¿Será acaso de unas orientaciones simplemente generales, como el populismo punitivo y los rechazos doctrinarios no menos generales frente a este, de donde logremos inferir tales respuestas eficaces, las específicas?; o que, al menos, dichas orientaciones nos ayuden de veras para intentar emprender con más conocimiento de causas tal tarea. Yo me inclino a creer que no.

En efecto, pienso que ninguna de esas dos tendencias —en las maneras cómo habitualmente las encontramos planteadas— ofrecen mayor provecho para iluminar sobre las mejores soluciones *prácticas* posibles. Atento a que aquellas se constituyen centradas en unos puntos de vista que son muy simplificadores, por esto mismo ellas vienen a ser, después de todo, esencialmente distraccionistas con respecto a las cuestiones de fondo prácticas. Dichas orientaciones se mueven por caminos del pensamiento que son más bien contrarios que propicios a «abrir los ojos» sobre condiciones claves de la *realidad* social que sujetan inevitablemente a las soluciones posibles, las viables en el aquí y ahora. De aquilatar estas condiciones mismas, muchísimo más que de inclinarse *a priori* por unas u otras teorías generalísimas, depende principalmente qué se pueda hacer y qué no se pueda hacer para atacar dichos problemas, tal como estos se hallen condicionados en la vida real.

No pretendo decir que los expositores debían necesariamente saber las «soluciones», así fuesen tentativas; pero me parece que no hubiera estado de más, sino al contrario, que en todo caso ellos nos ilustrasen acerca de en qué residen las principales *dificultades* para concebir y eventualmente implementar soluciones más satisfactorias que las hoy imperantes en la realidad costarricense, en materia penal. A continuación voy a señalar algunas preguntas que me hago al respecto, las cuales me parecen corresponder al *centro* mismo de la alternativa populismo/garantismo para su aplicación al medio costarricense, si es que tal alternativa pueda servir para atisbar algo *práctico* acerca de

dicha realidad. Me hubiera gustado mucho conocer qué piensan estos destacados profesores sobre esas cuestiones *puntuales*, como también saber si ellos consideran que para responderlas es necesario elegir previamente entre ser «populista» o «garantista».

Tampoco logré advertir que, siendo el asunto en consideración eso que es llamado «*populismo* punitivo», alguno de los dos expositores hubiere indicado cierta definición, sea usual o estipulativa, para circunscribir sin lugar a dudas los *límites* propios generales de tal universo de discursos, este al cual se estaría haciendo referencia *específicamente* mediante dicho término. Tal vez se pensó que en esa ocasión no había por qué recargar lo elucidado proveyéndolo expresamente con tal precaución metodológica, habitualmente adoptada en los estudios científicos sobre un tema central bien determinado; se habrá entendido (supongo) que el significado de dicha expresión es por demás obvio para su auditorio, ya sea por suficientemente conocido o bien porque tal significado surgiría por sí solo de los ejemplos al respecto proporcionados allí. Por mi parte, de lo escuchado en esa ocasión concluí que dicho término se refiere, no sé si nada más o al menos muy señaladamente, a dos lemas principales: «endurecer», en cuanto a hacer más extensas, las penas carcelarias + amparar los «derechos de las víctimas». Pero ambos lemas son demasiado vagos; y de ahí que tal vaguedad afecte de igual manera a la posición que hace su timbre de honor de presentarse como contraria a ellos justamente. Por eso es que, como tendré ocasión de hacer notar en los dos apartados siguientes, ninguna de ambas posiciones cala en los problemas decisivos de que dependen las soluciones práctico-realistas para esos asuntos.

II. ¿CUÁLES SERÍAN LAS PENAS MÁS ADECUADAS?

Allí fueron traídas a colación unas investigaciones efectuadas en otros países, las cuales habrían demostrado que el aumento en años de pena no reduce los índices de criminalidad; hasta puede acontecer que, antes bien, tales aumentos vayan aparejados con incrementos en dichos índices. — Aun cuando cabría preguntar si dichos estudios son aplicables sin más a la realidad costarricense, demos por admitido, *gratia probandis*, que sí lo son. Con todo, me asaltan serias dudas en cuanto a cómo, basándose simplemente en aquellas comprobaciones, sea dable así inferir respuestas que orienten definidamente acerca de soluciones efectivas. Me quedé como «en blanco» acerca, sobre todo, de tres tipos de cuestiones principales. Helas aquí:

- [1] ¿Lo comprobado, mediante esas investigaciones, significa que para *todos* los tipos de delitos resultaría bastante indiferente que las penas de prisión asignadas sean más altas o menos altas? Vale decir, que para *ningún* tipo de delitos de los recurrentes en Costa Rica (así, p. ej., corrupciones en la función pública o robos de objetos cuyo valor económico se entienda que no es bastante elevado, reincidencias en estas últimas conductas, etc.) tendría efecto práctico *alguno*, ni de carácter disuasivo ni como prevención, sancionarlos con unas penas no ínfimas de cárcel o hacer que no puedan ser objeto de libertad provisional? En una palabra: ¿poco importaría cuál sea la pena de cárcel asignada, o mejor aun si no se asigna ninguna?; o de lo contrario, supuesto que sí sea recomendable asignarlas, ¿cómo saber, para cada una de ellas, si esta es excesivamente elevada o acaso demasiado benigna o en cambio bastante adecuada? En las intervenciones de los exponentes no logré descubrir ninguna pista para tratar de orientarse sobre cómo discurrir para responder a estos interrogantes, sea o no sea populista la posición que se adopte.
- [2] En cuanto a los delitos que tienen adjudicada ya unas penas de prisión en Costa Rica: ¿qué sería lo más apropiado para reducir la criminalidad, o en todo caso para conseguir que ella aumente lo menos posible? ¿Conviene dejar esas penas tal como están o reducirlas, o acaso eliminarlas, pero jamás aumentarlas en ninguna medida? ¿Es saludable aplicar exactamente el mismo criterio al respecto —esto es: mantenerlas o reducirlas o eliminarlas, nunca acrecentarlas— para absolutamente *todos* los tipos penales, o para unas clases de casos sí y para otros no? Y en esta última hipótesis, ¿para cuáles sí y para cuáles no?

No entiendo reclamar que los expositores, aun si no pretendían propugnar la adecuación de nada más que una *sola* pauta general para la *totalidad* de los delitos penados con cárcel, acaso hubieran necesitado (ni podido) examinar ahí uno por uno la lista de los tipos penales, para aclararnos al menos eso que pregunto. Sin embargo, pienso que no hubiera estado de más que estos profesores, tan expertos en la materia, nos hubieran ilustrado con cierta precisión sobre *cuánto* habría ya sea que reducir o aumentar, o ni lo uno ni lo otro, las penalidades en *algunos* delitos específicos (los que gustara seleccionar cada expositor), para obtener tales o cuales beneficios sociales concretos en cuanto a las tasas

de comisión de estos mismos. Tampoco digo que en cuanto a semejantes beneficios se requiriese indicarlos ahí mediante unas detalladas cifras; mas en todo caso señalar sí, a grandes rasgos, por dónde iría probablemente la tendencia en caso de que dichas penalidades fueran bastante aproximadamente las que ellos recomendarían. Lo cierto es que ninguno de los dos recomendó o impugnó alguna pena concreta para ningún delito en especial, ni aun a modo de ejemplo.

¿Será necesario empezar por ser populista o ser garantista, para llegar a conclusiones sobre si se debiera o no debiera sancionar con cárcel unas conductas como si por ejemplo las siguientes, y en caso afirmativo determinar justamente *así* cuál haya de ser la duración de la pena respectiva? — *Ejemplo 1*: «Dos desconocidos rociaron algún combustible sobre el cuerpo de un indigente ayer en la madrugada y le prendieron fuego, lo que le causó graves lesiones» [periódico *La Nación*, 29/12/12]. Se trata de «... la decisión de dos menores de edad de 16 años y un adulto de 18, detenidos por el OIJ por prenderle fuego a un indigente, tras rociarlo con un líquido inflamable, de apellido ..., de 44 años, tendido en la vía pública, envuelto en una cobija y sometido luego por sus quemaduras a la atención del San Juan de Dios. El hecho ocurrió en horas de la madrugada en San Sebastián. La Policía apresó a los culpables, mientras iban por la vía pública entre risas y bromas. Como si nada» [*ibid.*, 26/04/13]. — *Ejemplos 2*: «Después de que unos individuos le sacaron los ojos, [el perrito] Toby soportó ocho días tirado en una calle en Torremolinos de Desamparados, San José, antes de que lo rescataran. (...) A él lo golpearon mucho y le sacaron los ojos. No se sabe quién fue, pero le puedo decir que esto tuvieron que haberlo hecho entre varios; esto no lo hizo una sola persona...» [*ibid.*, 09/02/13]. «Meses atrás, se informó de que una perrita callejera, llamada Betty, había sido violada en múltiples ocasiones» [*ibid.*, 16/02/2013]. — *Ejemplos 3*: peleas de gallos y peleas de perros, aleteo de tiburones, matanza de tortugas, etc. — *Ejemplos 4*: los agentes (privados y públicos) por acción y los agentes (públicos) por omisión, en casos como la construcción de la «trocha» y de la vía a Caldera, proyecto para la carretera a San Ramón, etc. — *Ejemplos 5*: «picones», conductores ebrios, etcétera.

Con respecto a todas estas situaciones, y también para muchísimas otras, yo diría que, en casi todas las hipótesis imaginables de penalización, no veo que el distinguir entre «populistas» y quienes no

lo sean, influya mucho en las alternativas que se planteen con respecto a las opciones de penalización reales. Para retomar nada más uno solo de esos ejemplos: ¿será que el tomar posición con respecto a cómo y cuánto —¿cárcel o no?— deberían ser penalizados los organizadores de eventos de peleas de gallos o de perros, y hasta también (¿por qué no?) castigar similarmente a los sádicos disfrutantes y así financiadores de tales «espectáculos», va a depender de que uno sea partidario por principio ya sea de medidas populistas o garantistas como doctrina penal?

[3] Sean cuales fueren las penas específicas que cada expositor recomendaría para unos u otros delitos, supuesto que no se recomendará lisa y llanamente prescindir de ellas, también hubiera sido oportuno aclarar lo siguiente: aun si se parte de cualquiera de las bases teóricas que respectivamente cada uno de aquellos entendía sostener —llámeseles populismo o garantismo o de cualquier otra manera, o acaso (parece ser la posición de Salas) ni lo uno ni lo otro—, ¿entonces no sería dable racionalmente que pueda llegarse, hasta aceptando esa base escogida, a conclusiones bastante *diferentes* entre sí en cuanto a cuáles hayan de ser las extensiones de las penas respectivas? Y en esta última hipótesis, o sea, si no basta con suscribir una teoría general ya sea populista o garantista, o alguna otra no menos general: ¿a qué otras especies de elementos de juicio, no fijados de por sí en esa teoría tomada ahí como base, es indispensable acudir para determinar las penas específicas adecuadas para el tipo penal examinado?

Por lo demás, da la impresión de que las observaciones anti-populistas caen en la candidez de pre-suponer que las penas de cárcel están ahí *solamente*, o de cualquier manera por encima de todo, para meterle un miedo ejemplificante a las demás personas; en cuanto a que, si estas lleguen a incurrir en el tipo de conductas sancionadas, recibirían tales penas justamente. Tal advertencia serviría, supuestamente, para prevenir que también muchos de esos otros individuos vayan a cometer los delitos en cuestión. De ahí que los anti-populistas se aferren principalmente a contraargumentar así: no, no es cierto que dichas penas tengan de veras ese efecto disuasivo; y entonces sacan la conclusión *general* de que no hay para qué imponer tales penas, o en todo caso que estas pueden ser disminuidas radicalmente sin afectar de veras la existencia de esos efectos preventivos (aun si acaso hubiera estos últimos.)

Ahora bien, lo que esta contraargumentación pasa por alto, hasta en el supuesto de que efectivamente los hechos en cuanto a la (no-) prevención fueren tal y cómo lo señalan esos teóricos, es ni más ni menos que el «detalle» siguiente. Si bien los objetivos de prevención (tanto si sean como si no sean alcanzados así en la realidad) constituyen *una* de las finalidades reales, y por supuesto muy importante, para establecer esos castigos, no menos cierto es que los tipos y las duraciones fijados para las penas responden también a *otras* finalidades principales. Entre estas otras desempeña papel decisivo el hecho de que, especialmente para los delitos de sangre, la pena de prisión está ahí para satisfacer la natural sed de *venganza* —también denominada «justicia»— de las víctimas y de sus familiares y amigos, y en general para proceder de acuerdo con la opinión imperante al respecto en lo que se llama «la sociedad» (esto es, mucha gente que se identifica emocionalmente con esas víctimas, pensando que algo por el estilo podría sucederle también a cualquier otra persona, incluso a uno mismo). El derecho penal está destinado antes que nada a sustituir, en lo posible, el ejercicio de venganzas personales por unos patrones de venganza implementados mediante órganos estatales.

Pues sí, aunque tales penas no sirvieran para unos supuestos efectos preventivos, o aun cuando fuera cierto que con penas menores o sin ellas el delincuente resultara estar completamente corregido en poco tiempo, ni siquiera bajo tales hipótesis sería posible eliminar o reducir drásticamente las penas establecidas para ciertos delitos. Esto último es imposible por motivos de «justicia». Las finalidades *reales* del derecho penal, esto es, tal y como las conciben de veras los seres humanos en general (*i.e.*, no estoy hablando de unas actividades académicas o de cierta oratoria política), persiguen como propósito, sobre toda otra cosa, realizar dos objetivos capitales: *prevención* (castigo como ejemplo para meter «miedo» a delincuentes potenciales, «tranquilidad» social) y confinamiento (apartar a personas consideradas «peligrosas») + *venganza* («justicia» para confortar a las víctimas de delitos graves y a sus familiares, como también ante los ojos de quienes se sienten identificados mentalmente con ellas).

No es sino desde los universos discursivos profesoriales conformados por ciertos «cielos» propios de unos ensueños iusdoctrinarios, sólo así las cuestiones *prácticas* del derecho penal se presentan elucidadas sin tener muy presente *todo* aquello; entonces se hace abstracción del papel

central que como elemento *sine qua non* cumple el requisito-«venganza» para establecer las penas, en cuanto a muchos delitos. [Considérese este ejemplo hipotético: Supongamos que una empresa farmacéutica halla la fórmula para poner a disposición cierto tipo de píldora que, si se la hacen tomar a quien cometió un crimen atroz, entonces sus procesos mentales se transformarían de modo tal que en adelante sería imposible (científicamente comprobado sin duda alguna) que este mismo sujeto procediera a cometer un delito similar, ni ejecutar ningún otro hecho de sangre. ¿Sería socialmente viable que entonces, puesto que el culpable ya está 100% «redimido» y ahora es un sujeto 100 % «útil» socialmente, el derecho penal de ese país lo exima de toda pena de cárcel?]

En efecto, el instinto de venganza que, aunque socializado, anida en la mente de las personas *reales*, no es dable soslayarlo para el derecho penal real. Tal vez no sea así en el edén, mas en las colectividades humanas no puede ello dejar de constituir un objetivo *central* de esa rama del derecho, quiéranlo o no unos teóricos muy generosos (i...lo continuarán siendo mientras no lleguen a ser también ellos mismos, o sus familiares más cercanos, víctimas de las conductas criminales en cuestión!). — Me parece que eso del «derecho de las víctimas», enfatizado por los populistas, anda por ahí justamente, poner a toda luz sobre el tapete dicho elemento de juicio. Sin embargo, planteado de tal manera simplemente, generadísima, al fin de cuentas tampoco ello constituye ninguna guía neta para encaminarse hacia una respuesta *determinada* frente a ninguna especie de conductas específicas circunscritas con precisión. Aun si no se cuestione que las víctimas tengan en principio derecho a la venganza pública desempeñada por el Estado mediante el internamiento carcelario, de todos modos la cuestión práctica clave es: *¿cuál* pena específica (qué cantidad de años en la cárcel u otra pena), para cuál conducta delictiva específica? Ante tal interrogante, el populismo nos deja no menos en ayunas que el garantismo.

* * *

Durante el desarrollo de dicha actividad académica, no logré detectar ningún indicio acerca de posibles respuestas *prácticas* para quienes sientan curiosidad por saber algo sobre cuestiones como los tres grupos de interrogantes que he señalado. Desconozco si los expositores piensen, una de esas, que es indiferente abordar tales cuestiones para saber a atenerse tratándose del aumento, disminución o eliminación de

penas para delitos que se cometen en Costa Rica. Por mi parte, no tengo idea de cómo sería posible elaborar y mucho menos cómo elegir, si no ha de ser simplemente a «pálpito», entre posibles propuestas *prácticas* al respecto, si no se empieza por tratar de averiguar justamente tales asuntos, vale decir, los aspectos NO encarados por las observaciones que allí fueron traídas a colación. (Eso sí, ello no quita que inclusive los aspectos teóricos ahí señalados, también estos tengan algo que ver, desde luego, con unas maneras cómo frecuentemente son vistos — bastante ingenuamente, por cierto— tales asuntos).

El interrogante práctico principal no afina en preguntarse si las penas de prisión deban tener menor extensión *en general* o ser ella aumentada *en general* o conservarla *en general* tal como está, o acaso eliminarlas *en general* o que *en general* sean... En cambio, es cuestión de no ahorrarse el esfuerzo de investigar qué pueda ser —iempíricamente!— lo más o menos apropiado de acuerdo respectivamente con tipos *distintos* de casos. Ni el «populismo» (sea esto lo que fuere) *en general*, ni el «garantismo» (sea esto lo que fuere) *en general*, tampoco ninguna otra «fórmula» ya sea de más o de menos severidad penal en general, nos pueden revelar qué hace falta de veras. Ellas no sirven para determinar si el tipo de conducta delictiva *específico* X debiera sancionarse con pena carcelaria mayor, menor o igual que para el tipo de conducta delictiva *específico* Z, o si uno de ellos sí y no el otro debieran sancionarse con cárcel, en las situaciones sociales dadas aquí y ahora. Tal vez una condición para equivocarse bastante menos, al encarar las respuestas sancionatorias posibles ante cualquier tipo de situaciones que sean encaradas penalmente, es empezar por *no* «enbarrialar» la cancha de la atención debida a los aspectos *reales* presentes, por engavetarlos *a priori* bajo teorizaciones tan indiscriminadamente generalísimas.

En conclusión.— Tanto frente al populismo como al garantismo penales, ante cualquiera de los dos, pienso que no vale la pena detenerse a criticarlos en general, muchísimo menos aún el suscribirse a alguno de ellos en general. Lo interesante, para la práctica, es plantearles en cada caso, a los teóricos del derecho penal, las preguntas concretas pertinentes: ¿ustedes qué proponen, *exactamente* (o en todo caso con la menor in-determinación posible), para la penalización o despenalización de las conductas *específicas* X? Y a partir de ahí, suponiendo que sus respectivos sostenedores tengan a bien brindarnos tal orden de

respuestas (*i.e.*, iconcretas!), bien podemos olvidarnos de si quien las haya proporcionado entienda ser acaso «populista» o «garantista», o diga que es lo uno o lo otro quien se opone a ellas.

III. ¿QUÉ HACER CON RESPECTO AL HACINAMIENTO CARCELARIO?

Como todo el mundo sabe que tal situación es real y por supuesto reconocen todos que ella es lamentable, vale decir, hay acuerdo general en cuanto a que sería muy bueno corregirla, no se ve bien en qué podría ser relevante traerla a colación para objetar el «populismo» penal. Sin embargo, una vinculación directa entre este último y ese mal podría ser adjudicada mediante el argumento siguiente: puesto que dicha posición propone aumentos en las penas de prisión, y en todo caso no propugna que sean disminuidas las que ya hay, esto implicaría justamente aceptar tal abarrotamiento de las cárceles; en cambio, implementar ciertas políticas garantistas implicaría reducción en esas penas y tal vez hasta sustitución de ellas por unas medidas alternativas extracarcelarias, de modo que esto traería como consecuencia reducir sensiblemente el hacinamiento. Si bien no creo haber escuchado este argumento en la ocasión señalada, bien podría ser que fuese considerado tan obvio que no se estimó necesario indicarlo expresamente.

Sea como fuere, puesto que al fin de cuentas no se ve que haya discrepancias sensibles entre las dos posiciones por cuanto hace específicamente a la *no* deseabilidad de los hacinamientos carcelarios, la cuestión clave para contraponerlas entre sí no puede residir en una disyuntiva entre estar a favor o en contra de propiamente eso. Quiere decir que, después de todo, los datos aportados acerca de dicho hacinamiento no se ve que constituyan por *sí mismos*, en verdad, una razón de relevancia decisiva ni a favor ni en contra de ninguna de esas dos grandes posiciones. Lo decisivo, en la materia, radica en cómo responder a los interrogantes que señalo a continuación, cuanto ellas contesten respectivamente acerca de los ítems específicos que paso a señalar.

Pues bien, ¿qué medidas *concretas* se proponen para reducir bastante este hacinamiento, y cuáles serían probablemente las consecuencias sociales *efectivas* que acarrearía aplicar aquellas? No veo que sea necesario acudir a minuciosos estudios, todo lo numerificados que fuere, para darse cuenta de que no hay sino tres caminos posibles para optar

(esto es, recurrir por lo menos a uno de ellos) con vistas a alcanzar tal objetivo, en Costa Rica o en cualquier otra parte del mundo: **a)** adoptar unas medidas de *política social* general mediante las cuales se logre que haya mucho menor cantidad de crímenes de aquellos mismos que actualmente son castigados así; **b)** construir *cárceles* más amplias y con instalaciones adecuadas; c) hacer que, aun cuando no se produzca aquella disminución (a) ni se amplíe considerablemente el espacio carcelario (b), sea suprimida la sanción de cárcel para algunos de esos delitos o que al menos se acepte *acortar* en mucho la duración de sus penas. Al parecer, los anti-«populistas» se contentan con pregonar doctrinariamente (c); pero si no es simplemente así, necesitarían examinar también los otros dos ítems o en todo caso explicar cómo obtendrían lo necesario para realizar en buena medida alguno de estos. Veamos:

a) ¿Será que los garantistas conocen y propician unas medidas sociales *específicas* capaces de lograr esto —vale decir, medidas bastantes *viabiles* en función de las fuerzas socio-económico-políticas que mueven la realidad costarricense— pero los populistas no quieren que se tomen esas medidas justamente? O bien, a la inversa: ¿serían los penalistas populistas quienes ofrecen unos planes —viables aquí y ahora—para solucionar grandes problemas sociales que son el caldo de cultivo de los modos más graves de delincuencia, mas los garantistas se oponen a esos planes específicos de prevención?

Hasta donde tengo conocimiento, no es en *ese* nivel de la planificación social donde saltan a la palestra contraposiciones netas entre propuestas penales populistas frente a otras que serían garantistas. Dilucidaciones de tal índole son desempeñadas antes bien por estudios de expertos en disciplinas como Sociología, Economía, etc.; vale decir, mediante vías de exámenes que requieren manejar unos procedimientos de investigación y unos conocimientos especializados que justamente *no* son habituales en la doctrina jurídica. Por lo demás, me parece que ni los juristas populistas ni los garantistas pretenden ir tan lejos, o sea, como a tratar de «arreglar» las sociedades. Pienso que aun ellos mismos tienen conciencia de que sus planteamientos son de alcances señaladamente más limitados, esto es: acomodar lo mejor posible, o en todo caso lo menos mal posible, unas deficiencias *específicas* en cuanto a propiamente el tratamiento *penal* con respecto a ciertas conductas delictivas, aun si estas mismas no puedan ser erradicadas aquí y ahora.

b) Tampoco creo que nadie, por más populista que sea, esté por principio en contra de ampliar la disponibilidad de espacios carcelarios. En todo caso, la discusión al respecto podría afinar en lo siguiente: ¿cómo obtener, en Costa Rica, los *recursos económicos* indispensables para estos efectos? Hay cuatro posibilidades principales, que son opcionales o complementarias entre sí: *i)* hacer que una parte o la totalidad de ciertos fondos asignados para tales o cuales actividades financiadas actualmente por presupuestos estatales sean trasladados en adelante a un nuevo rubro reservado para construir espacios carcelarios adicionales; *ii)* crear nuevos impuestos destinados específicamente para esas construcciones; *iii)* obtener un empréstito internacional destinado a ello; *iv)* concesionar el sistema carcelario, o parte de él, de modo que la empresa privada que lo tome a su cargo efectúe los gastos requeridos para construir las nuevas construcciones y en administrarlas.

Salta a la vista que (a) o (b) requieren adoptar medidas económicas específicas. Mas estas, como casi toda medida económica, seguramente provocarían ganancias para unos individuos y pérdidas para otros. Por ejemplo, si las soluciones fuesen del tipo (b-i): saldrían perjudicadas las personas que dejarían de recibir o verían sensiblemente menguados los servicios estatales que en adelante sería necesario suprimir o reducir bastante, posiblemente habría también que despedir a todos o parte de los empleados públicos que hasta entonces se ocupaban de atender esos servicios, acaso reducir su sueldo, etcétera.

Sería interesante que quienes están a favor de alguna de estas soluciones nos aclaren en *qué* consistirían exactamente, o al menos de manera bastante aproximada, las medidas financieras en cuestión. P. ej., en dicha subhipótesis (i): ¿a *cuáles* actividades estatales les serían restados los fondos en cuestión y en qué porcentajes de sus respectivos presupuestos?; ¿y hasta qué punto sería necesario encoger esos servicios mismos (en su 100 % o cuánto menos) o despedir funcionarios o reducir el salario de algunos de estos, o ...? Únicamente así, vale decir, indicando con alguna precisión cuáles son *específicamente* las medidas recomendadas, sería posible saber a *qué* atenerse.

En la discusión de la oportunidad señalada, no alcancé a detectar ninguna contradicción acerca de tales aspectos [(a) y b)] entre los expositores, ni expresa ni implícita. Ninguno de los dos relacionó, ni aun fue mencionado (si mi atención no estuvo demasiado distraída para

notarlo), nada de eso con cuanto allí dijeron sobre «populismo» y no-populismo. Así es cómo, al fin de cuentas, las contraposiciones entre populistas y garantistas a ese respecto se quedan gustosamente en unas burbujas de literatura en el aire, al menos de la manera como fueron planteadas en dicha discusión.

IV. EN DEFINITIVA

Mi comentario ha tratado de hacer ver sobre todo que, de la manera como el tema fue tratado en esa ocasión, tales tipos de enfoques consiguen poner en claro muy poco para tomar decisiones que resuelvan *definidamente* sobre fenómenos *prácticos* del derecho penal. Cuanto allí escuché me reafirma antes bien en la convicción de que lo verdaderamente importante es encarar, sobre todo, las cuestiones prácticas decisivas que tanto en planteamientos generales «populistas» como en sus contrapartidas «garantistas» aparecen soslayadas por lo habitual.

Pues sí, cuando las cuestiones jurídico-doctrinarias se enfocan confinándolas a permanecer planteadas en términos tan absolutamente *generalísimos* como esos en que fueron abordadas entonces, difícilmente se pueda extraer de ahí alguna pista importante para la resolución PRÁCTICA *racional* de las cuestiones así encaradas. Ni «populismo» ni «garantismo», sea lo que fuere cuanto teóricamente aparezca imputado a lo uno o a lo otro, pueden resultar orientaciones teóricas de provecho (salvo para desplegar unos entretenimientos profesoriales) si nos contentarnos con abordarlas sin «descender» a examinar problemas prácticos *específicos*. Las cuestiones acuciantes para la efectividad del derecho no se debiera, a mi juicio, inclinarse a contestarlas tomando ubicación *genéricamente en* algún bando como esos, sea o no sea este mismo bastante refinado doctrinariamente. Los problemas reales para hacer *funcionar* el derecho penal son sobre todo de la índole siguiente: ante el molde *específico* de conducta *delictiva* X, ¿cuáles serían las penas *concretas* recomendables, *por qué* (unas bases axiológicas y condiciones empíricas correspondientes⁷) estas penas mismas y no otras?

⁷ Esto es, se trata de una cuestión de juicios de valor *instrumentales*. Sobre el papel de tal tipo de juicios valorativos, cf. alguno de los sitios siguientes: E. P. Haba, *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Madrid, Dykinson, 2006, 442 p. [ahí Sec. C.III.5, pp. 310 y ss.]; o Id., *Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*, San

En el mejor de los casos, aquellas orientaciones pueden brindar apenas un punto de *arranque* para examinar los asuntos concretos al respecto, algo así como una «idea para tener en cuenta» (Vaz Ferreira). Únicamente el examen de cualquiera de esos problemas *en sí mismo* permite aquilatar *si tal* punto de partida «sirve» o no «sirve», de modo *efectivo*, para orientarnos hacia la *búsqueda* de soluciones específicas aceptables y *viabiles* para este tipo de situación (p. *ej.*, ¿qué pena de prisión o cuál otra *abí?*). Es muy posible que unas medidas «populistas» no sean adecuadas, para realizar tales o cuales objetivos sociales, pero la discusión principal al respecto debiera concentrarse, a mi juicio, en efectuar los exámenes de carácter axiológico-*empírico* sobre las alternativas reales en juego: irracionalidad *instrumental*⁸. Vale decir: describir con precisión cuáles sean las medidas concretas por considerar —señalar cuáles son las *condiciones económicas* materiales e ideológico-sociales efectivas indispensables para llevarlas a cabo— aclarar qué importantes consecuencias prácticas colaterales serían acarreadas probablemente si se implementan justamente *tales* medidas⁹. Cualquier elucidación doctrinaria que no conduzca a abrir mejor los ojos con respecto a todos o alguno de estos tres ítems centrales, los decisivos en la práctica, al fin de cuentas resulta propicia para desviar la atención en cuanto a estos mismos —por más que, desde luego, muy probablemente no sea esa la intención personal de los ciertamente bien intencionados difusores de tales teorizaciones—.

José, Editorial UCR, tomos I y II (impresos, xvi-963 p.) + Tomo III (CD, 951 p.) [ahí t. II, Sec. E.III, pp. 629 y ss.: «Recurso a las ciencias sociales para fundamentar conclusiones normativas»]; mi presentación más amplia sobre dicha temática en especial, se encuentra en Id., Los juicios de valor. Elementos básicos de Axiología General. Epistemología del discurso valorativo práctico (*Materiales para discernir condiciones de racionalidad en esos discursos*), San José, Editorial UCR (2ª ed., corr. y ampliada), xvii-449 p. [ahí Sec. F., pp. 201 y ss.: «¿Qué juicios de valor, y cómo, pueden ser sostenidos científicamente?»].

⁸ Vid. los sitios indicados en la nota precedente.

⁹ Al respecto resultaría singularmente iluminador proceder en especial a considerar detenidamente, con respecto a cada especie de situaciones estudiadas, los tres «momentos» de análisis que Vaz Ferreira supo distinguir para el examen de las «cuestiones normativas». Véase, en la *Lógica viva* de dicho autor, cit. [ref. *supra* n. 1], el cap. «Cuestiones explicativas y cuestiones normativas» (esp. sus pp. 71 y ss.).

Sería interesante, se me ocurre, que la Asociación de Estudiantes de Derecho pudiera tal vez organizar una nueva actividad acerca de dicho tema, con esos mismos destacados expositores. Así estos tendrían oportunidad de ilustrarnos, esa vez sí, con respecto a algunos de los aspectos *prácticos* que acaso conlleve decidirse entre tomar partido a favor o en contra del «populismo» (sea esto lo que fuere) en la legislación penal misma. Y no me es ajena la pretensión, no puedo ocultarlo, de que con vistas a abordar *tales* aspectos pudiera entonces ofrecer algún incentivo mi presente comentario, quizás para prestarle la atención que ellos considerasen oportuno dedicarle a alguna que otra de las preguntas que me he tomado la libertad de tratar de poner sobre la mesa aquí.

SUPLEMENTO

a) ACLARACIÓN DE MINOR E. SALAS¹⁰.—

«Leí la nota del Prof. Pedro Haba titulada “*Populismo/Garantismo: Disyuntiva que resulta confusa en la práctica (A propósito de algunas in-determinaciones cardinales en que se sustentan esas dos orientaciones)*”, la cual, a su vez, se refiere a la **Conferencia** titulada: “Populismo Punitivo” impartida por el profesor Dr. Javier Llobet, con mi participación, y organizada por la Asociación de Estudiantes de Derecho (el día 24-04-2013). Al respecto quisiera hacer unas ACLARACIONES que me parecen fundamentales:

«(1) En primer lugar, coincido con lo indicado por el profesor Haba en ese texto, en especial en cuanto a la *orientación básica* adoptada por él allí para su análisis. De hecho, yo mismo, en distintos estudios especializados¹¹, he llegado a conclusiones iguales o similares a las

¹⁰ Documento transmitido por correo electrónico (fecha 15/05/13); se reproduce aquí de manera íntegra y completamente literal (su propio autor es quien incluyó también las dos notas subpaginales: son las que aquí llevan los números 11 y 12).

¹¹ Véase, entre otros varios: “Ni Roxin ni Jakobs. ¿Necesita la dogmática jurídica otro repertorio más de fórmulas vacías?”, *Doxa*-38 (2015), pp. 347-371 (este trabajo es una traducción al español de mi artículo original en alemán, el cual no he conseguido publicar: cf. la nota inicial en *Doxa*); “*Sin Derecho ni Razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real*”, *Doxa*-35 (2012). pp. 751-789; o mi propio libro, *Los rostros de la justicia penal. Ensayos críticos sobre temas fundamentales del derecho procesal penal*, Editorial Isolma S.A., San José, Costa Rica, 2012, 311 p.

propugnadas por él respecto a la necesidad de afinar la dogmática jurídico-penal en el examen de temas (problemas) *concretos* de la realidad social. Me he opuesto, desde diferentes ángulos y en distintos trabajos, al mero “normativismo” jurídico y he apelado a una visión *realista* del fenómeno punitivo. Nunca he defendido ni lo haré, las meras etiquetas discursivas como “populismo”, “garantismo” o cualesquiera otras de cuño similar y detrás de las cuales, he señalado, reina muchas veces la charlatanería, y cuanto menos, la imprecisión.

«(2) En segundo lugar, opino que el profesor Haba *descontextualizó* mi participación en esa conferencia. Y lo hizo por lo que omite aclarar, más que por lo que dice. Él NO considera (e igual no tendría por qué saberlo si yo no se lo hubiese dicho personalmente) que no fui invitado a la actividad en calidad de conferencista. Es decir, yo NO iba allí a presentar, postular, aventurar, exponer... unas X o Y ideas sobre “populismo” o “garantismo”. Yo participé allí como comentador y, eventualmente *opositor* (contendiente, polemista) a lo que el Prof. Javier Llobet tuviera a bien decir al respecto. Se suponía que la Asociación de Estudiantes de Derecho le había transmitido al Prof. Llobet una invitación para que él directamente (como *experto* en el tema) presentara unas determinadas ideas sobre el tópico del “Populismo Punitivo”, a las cuales yo luego me referiría, fuera para avalarlas o para criticarlas. Por lo tanto, considero “injusto” (en realidad *inatinerante*) que Haba me haya metido a mí en el “**mismo saco**”¹² que al Prof. Llobet, y que, por añadidura, me solicite ahora

¹² Dice Haba en su nota, entre otras cosas: “...pero aquello hacia lo cual aquí deseo dirigir la atención es que, cuando cuestiones como esas son abordadas principalmente de la manera como lo hicieron *ambos* ‘contendores’, ni una ni otra aproximación logran bajar del ‘cielo’ –tales o cuales enunciados teóricos generalísimos- a la ‘tierra’.” Dice además: “A mi juicio, los expositores [ambos]— no llegaron a hacer ver *dónde* residen las dificultades prácticas más decisivas para poder implementar soluciones viables que permitirían paliar bastante las situaciones actuales señaladas.” Adicionalmente, “Me hubiera gustado mucho conocer qué piensan estos destacados profesores [ambos] sobre esas cuestiones *puntuales*, como también saber si ellos consideran que para responderlas es necesario elegir entre ser ‘populista’ o ‘garantista’”. “Tampoco logré advertir que, siendo el asunto en consideración eso que es llamado ‘populismo penal’, alguno de los dos expositores hubiere indicado cierta definición...”. “Por supuesto, sería absurdo pedirle a los expositores [ambos] que, aun si no pretendían sostener que al respecto cabe nada más una sola pauta general...”.

en su nota unas consideraciones teóricas que no tenía por qué rendir en esa ocasión ni en ese contexto específico.

«(3) Pero más allá de ese **paralogismo de descontextualización** (por llamarle así) en el que incurre el Prof. Haba, igualmente me percaté que sus observaciones sobre el “populismo” y “garantismo” apuntan en una dirección muy similar a la hipótesis que yo aventuré en la citada conferencia. En esencia, él señala que: “Ni el ‘populismo’ (sea esto lo que fuere) *en general*, ni el ‘garantismo’ (sea esto lo que fuere) *en general*, tampoco ninguna otra ‘fórmula ya sea de más o de menos severidad penal *en general*, sirven para saber qué hace falta de veras. No sirven para determinar si el tipo de conducta delictiva *específico* X debiera sancionarse con pena carcelaria mayor, menor o igual que para el tipo de conducta delictiva *específico* Z, o si uno de ellos sí y no el otro debieran sancionarse con cárcel, en las condiciones sociales dadas aquí y ahora. [...] Tanto frente al populismo como al garantismo penales, ante cualquiera de los dos, pienso que no vale la pena detenerse a criticarlos en general, muchísimo menos aún el suscribirse a alguno de ellos *en general*...”

«Pues bien, resulta que ESE MISMO fue el planteamiento *específico* que yo realicé en dicha conferencia (y lo hice no porque tuviese que hacerlo, sino porque el Prof. Llobet no lo planteó de esa manera y se circunscribió, entre otras cosas, a hablar de mi libro “Los rostros de la justicia penal” más que a presentar una idea concreta sobre el populismo punitivo, que era para lo que se le había invitado *in concreto*). Básicamente, la tesis que allí aventuré (a título de una mera *hipótesis* que había que discutir luego en detalle) era que tanto el “garantismo” como el “populismo” penal eran “populistas” (en el sentido de doctrinas direccionadas *ad populum*). Es decir, que ambas *doctrinas* (no teorías), al no estar afincadas en el examen de problemas concretos y al no definir las categorías de análisis en las que se montaban --validándolas en los respectivos estudios empíricos debatibles intersubjetivamente--, se encontraban en un MISMO plano retórico/semántico de argumentación. De esta forma, esas doctrinas eran (y son) incapaces teóricamente de enfrentar problemas y preguntas específicas como las que plantea Haba en su nota.

«(4) **Una curiosidad al margen:** Son muchas las ocasiones en las que el Prof. Haba me ha recomendado, como parte de la amistad personal y académica que tenemos desde hace años, *que nunca hay que criticar a*

un autor por lo que no dice u omite, sino por lo que dice expresamente. Creo que él, en su nota y de manera algo indirecta, incurre en este mismo error; al menos en cuanto a mi persona se refiere. Me objeta NO haber señalado toda una serie de aspectos propios del derecho penal y NO haber contestado toda una serie de preguntas sobre ese campo, cuando lo cierto del caso es que: primero, yo NO fui invitado a esa conferencia para eso específicamente; fui invitado para referirme o rebatir lo que el Prof. Llobet tuviera que decir al respecto en su ponencia; y, segundo, yo NO puedo contestar las preguntas que el Prof. Haba plantea ahora en su escrito por la sencilla razón de que no estaba hablando de eso que a él le interesa, sino de lo que había dicho Llobet en su exposición.

«(5) **En definitiva**, lo que señala don Pedro Haba en su apostilla es correcto. Pero no le “toca ni un pelo” a lo que he defendido en materia penal y procesal penal en mis escritos especializados sobre la materia, si se le mira en cuanto a su contenido crítico. Más bien, viene allí a reiterar (y complementar) lo que yo, de manera sistemática, le he reprochado a la dogmática jurídica. Sus conclusiones coinciden con las mías y, por lo tanto, no tengo mayor cosa que agregar. Creo, --pero eso ya es un juicio valorativo mío-- que quien está en el deber académico de responder a los interrogantes planteados por Haba en su nota es el Prof. Llobet; esto en la doble medida de que él sí fue invitado a la actividad citada para exponer una (s) idea (s) sobre “populismo” y “garantismo” (más allá de lo que en la realidad sucedió) y, además, de que es un tema sobre el cual ha escrito e investigado ya durante varios años, si no estoy equivocado. Pero esta consideración debe, en todo caso, valorarla el propio Prof. Llobet y no yo».

b) Contestación.—

El Profesor Salas se ha sentido, al parecer, como «atacado» (expresión mía) *personalmente* por una parte de lo que señalo en mis observaciones. El centro principal de su malestar se debe, si no me equivoco, a aquello [lo recapitula como «(4) Una observación al margen»] que él subraya al decir: «...el Prof. Haba me ha recomendado (...) que **NUNCA** [re-énfasis en versalitas añadido por mí, E.P.H.] *hay que criticar a un autor por lo que no dice u omite, sino por lo que dice expresamente.* Creo que él, en su nota y de manera algo indirecta, incurre en este mismo error; al menos en cuanto a mi persona se refiere. (...) yo NO puedo contestar las preguntas que el Prof. *Haba plantea ahora en su escrito por la sencilla razón de que no estaba hablando de eso que a él le interesa...*» .

Si bien no es tan cierto ese «nunca» puesto en mi labios [hasta he destacado lo contrario, expresamente, en mi discusión específica acerca de la ideología profesional que se ofrece como Teoría «estándar» de la Argumentación jurídica¹⁵], es verdad que tal criterio corresponde, a mi juicio, aplicarlo con respecto a numerosas controversias sobre temas académicas de las producidas en las ciencias sociales en general. Mas la pertinencia de aplicar tal «recomendación» (la cual, por supuesto, no es descubrimiento mío) depende, en definitiva, de si ciertos aspectos *en especial*, pasados por alto en el examen de una cuestión específica, son o no son decisivos, itambién ellos mismos!, para abrir juicio sobre las *propias* cuestiones centrales tratadas ahí. Por cierto, no tengo inconveniente en reconocerle a Salas su pleno derecho de no haber aclarado en la susodicha ocasión —supuesto que no lo hubiera hecho— unos u otros interrogantes de los planteados por mí; y si estoy equivocado en cuanto a que no lo hizo allí, distracción de mi parte que no sería para nada de extrañar, imiel sobre hojuelas! (entonces no me queda sino felicitarle efusivamente por ello).

[Acotación.- Eso de evitar caer en la tentación de desviarse hacia «criticar a un autor por lo que *no dice*» sobre un asunto, no debiera entenderse —me parece— a título de regla absoluta, inflexible 100%. Es una indicación *heurística* sujeta, no menos que la generalidad de estas, a la condición —me parece— de manejarla como «idea para *tener en cuenta*». Así, en cuanto a la problemática abordada en aquella oportunidad, la pregunta clave es: ante *determinadas* interrogantes, por cierto bien puntuales, como esas que he puesto sobre la palestra aquí (especialmente en los §§ III y IV), ¿será que muy poca (por no decir: ninguna) importancia, de conciencia práctica, tiene el hacer ahí abstracción de justamente *estas* interrogantes? —en todo caso sobre algunas de ellas— ¿Dicha máxima heurística implica que no habría necesidad, por quienes se refieran a lo planteado en esa ocasión, de hacer advertir, ni aun de paso, cuán decisivos son *tales* ordenes de preguntas al encarar las cuestiones planteadas ahí,

¹⁵ Véase: E. P Haba, *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2015, 444 p. Allí: «Las teorías dominantes (“estándar”) sobre la argumentación jurídica pecan no tanto por buena parte de cuanto dicen... isino sobre todo por lo que NO dicen» (p. 15; y vid. también pp. 36 y ss.); aun con más amplitud, «Callar o no callar... that is the question!» (pp. 117 y ss.).

ni más ni menos que *estas mismas*? — Por supuesto, nadie puede hacer referencia, ni aun mínimamente, a la infinidad de aspectos relacionados de *alguna* manera, sea la que fuere, con un asunto en examen. Siempre es indispensable *recortar*, al menos implícitamente, el «objeto» de estudio. Mas ninguno de esos «recortes» es válido simplemente en-sí y por-sí mismo. Lo es, o no lo es, en función de los *intereses de conocimiento* considerados. Cuando un estudio recibe objeciones por *no* «decir» tales o cuales cosas, es porque se entiende que *esas* «cosas» (ino cualesquiera otras, entre la infinidad de las correlacionadas, que se dejaron de lado!) es indispensable hacerlas ver para atender al conocimiento específico en cuestión, esto es: ya sea porque aquellas forman parte indispensable del propio «recorte» objetual encarado por el autor de ese estudio; o bien, porque quien resalta ese «no», estima como engañador dicho «recorte» mismo. Mas aquilatar eso, ver si este «no» es acertado o no lo es, corresponde examinarlo caso por caso. En última instancia, el juicio al respecto dependerá de dos centros de atención principales: **a)** ante todo, poder comprobar si en el estudio objetado hay *de veras* ese «callar» específico (también puede ser que a la atención del crítico se le hubieran escapado uno o más pasajes, ahí, donde acaso se hayan presentado ciertas indicaciones que contradicen el supuesto «silencio»); **b)** fijarse en cuáles sean los *intereses* específicos de conocimiento considerados. Por ejemplo, en cuanto a (*b*): la circunstancia de que en unas *law in books* se hable sobre «cosas» que tienen poco o ningún efecto sobre las *law in action*¹⁴, o que en las primeras se guarde silencio sobre otras «cosas» que juegan papel preponderante en las segundas, representa un no-hablar que es objetable *sólo si* el interés de conocimiento se dirige a la *práctica* del derecho; en cambio, para quienes estén interesados en conocer aquellas primeras «cosas» por-sí-mismas (*i.e.*, unos «cielos» jurídicos¹⁵ vistos como válidos en-sí), no se ve por qué venga a constituir una objeción pertinente señalar que ellos *no* están hablando de lo segundo.]

[Una precisión.- Hay una falencia argumentativa que es como la inversa de esa en la cual Salas señala que habría incurrido yo. Si también aquella la menciono es porque puede lucir, a primera vista, como semejante a eso que procura contrarrestar la susodicha indicación

¹⁴ Cf. K. L. Llewellyn, «A Realistic Jurisprudence: The Next Step», *Columbia Law Review*, n° 30-1930, pp. 431-365.

¹⁵ Supra n. 5; cf. también «*La opción capital...*», cit. [ref. supra n. 6].

evocada por Salas. Tomo como ejemplo algo que me ha sucedido, mas de una vez, pero ciertamente no es esto mío una excepción en tal sentido. Se trata de unas críticas académicas que he recibido contra ciertos puntos de vista teóricos afirmados supuestamente por mí. Ahora bien, no es que estas críticas me hayan acaso objetado el *no* señalar tales o cuales cosas. Esas objeciones se basan, por el contrario, en hacerme DECIR unas ideas que en modo alguno he sostenido en mis publicaciones, ni se echa de ver cómo puedan semejantes puntos de vista desprenderse de cuanto sostengo en mis propios textos; más aún, incluso he escrito expresamente lo contrario al respecto. (Públicamente he desafiado, a los académicos que formularon esas críticas, a transcribir algún pasaje mío donde acaso yo hubiera sostenido eso que me adjudican, mas no he logrado que nadie responda aportando citas mías en tal sentido¹⁶). En síntesis: mientras que el comentario de Salas se refiere a si es pertinente o no pertinente objetar por *no*-decir («callar»), lo que yo he insistido en subrayar es antes bien lo contrario: que no está justificado hacerle *decir* a un autor —salvo aportando las citas de texto suyas respectivas— aquello que, justamente, no ha escrito ni sea dable inferir atinadamente (lógica o buena plausibilidad semántica) de lo que sí ha escrito él mismo. Y hasta pienso que este otro principio de hermenéutica debiera tomarse como regla *sin* excepciones, ¡él sí!, para las elucidaciones académicas. Por cierto, esta regla no creo haberla infringido para nada en el presente escrito; mas si por acaso hubiera incurrido en ello, no podría quedarle más agradecido a los profesores Llobet o Salas por la deferencia de señalarme exactamente en cuáles líneas mías habría incurrido yo en esa injustificable inadvertencia.]

Sea como fuere, mis observaciones fundamentales sobre el tema considerado, si bien toman como punto de partida lo expuesto por los protagonistas en ese debate, van dirigidas a la cuestión *básica*, no a plantearle acaso unos reproches personales a ellos mismos. Si en dichas observaciones eliminamos toda mención acerca del Prof. Salas, este reconoce, me parece, no tener ninguna objeción *sustantiva* que efectuar al respecto. Por tanto, consignada la aclaración que él estimó necesaria: quedemos felices ambos!

¹⁶ Cf. el libro señalado en la n. 13 (*supra*): varios sitios de él y especialmente mi recapitulación ubicada como Postscriptum (pp. 387 y ss.: «Acerca de un malentendido mayor, curiosamente pertinaz»). Además: E. P. Haba, «Sobre la in-distinción propuesta entre cómo son “posibles” las interpretaciones reales y unas que son “posibles” imaginariamente», *Doxa*, n° 38-2015, pp. 538-553.