

Defensa de la universidad pública y notas sobre la enseñanza del Derecho (Penal), la academia, el legislador, la jurisprudencia y la “ciencia” del Derecho Penal

Discurso de agradecimiento por el nombramiento como Profesor Honorario de la Universidad de Buenos Aires

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO*

I. AGRADECIMIENTO

Excelentísimo Decano, profesor doctor Leandro Vergara; profesores doctores Mary Beloff, Daniel Pastor, Edgardo Donna y Maximiliano Rusconi; maestro Marcelo Sancinetti; colegas; estudiantes; señoras y señores; amigas y amigos todos:

Es para mí un inmenso honor recibir este reconocimiento, mi nombramiento como Profesor Honorario, por parte de la Universidad de Buenos Aires, la UBA, una de las más prestigiosas de América y del mundo. Es un honor estar en ella, en su Facultad de Derecho, por la que han pasado juristas de talla mundial; en mi especialidad, el Derecho Penal, son tantos que no mencionaré a ninguno para no incurrir en imperdonables omisiones.

El honor se acrecienta al saber que mis proponentes son los profesores doctores Edgardo Donna y Maximiliano Rusconi (con aceptación generosa por todos los demás), admirados y muy queridos colegas. Al primero lo conozco desde hace muchos años y he estado ya en estas aulas con él, ¡un gratísimo recuerdo! Al segundo, aunque obviamente lo había leído,

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de León (España).

lo conocí hace menos tiempo (aunque ya son años), pero mi conexión con él ha sido máxima, en lo académico y en lo personal. Tenemos la fortuna de coincidir con cierta frecuencia en diversas partes del mundo. Hoy, con Donna y Rusconi, coincidimos en su casa académica. Espero que pronto pueda ser en la mía en León (donde, por cierto, el Sr. Decano es ya un invitado habitual).

Entre quienes me acompañan aquí hay admirados colegas, y queridos amigos y amigas. ¡Gracias por venir! ¡Gracias a la UBA por este nombramiento!

Debo ser breve, pero no quiero dejar de contarles que, para mí, estar en Buenos Aires (aunque viajo bastante por América Latina, es solo mi segunda vez aquí) es algo que, con mucha sinceridad, me produce especial emoción. No solo por su belleza, su gastronomía, su historia, hasta sus tópicos, sino porque desde niño era un nombre –tan bonito y evocador como el del país, Argentina– y era una ciudad mítica para mí, no sé muy bien por qué (probablemente historias de mis abuelos, aunque jamás estuvieron aquí). Pero soñaba con poder conocerla algún día. Una de las mejores cosas que me ha dado mi profesión es poder viajar y conocer lugares y gentes, personas, en especial, aunque no solo, en este continente. Eso me ha permitido cumplir aquella ilusión, aquel sueño.

Voy a hacer un repaso rápido y ecléctico, por supuesto muy incompleto y quizá hasta caótico, ciertamente pesimista en buena medida, de cosas que me importan y que tienen que ver con la universidad o con mi especialidad. Espero no aburrirlos.

II. DEFENSA DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA

No quiero ser complaciente y hablar sólo de cosas alegres y bonitas. Estoy en una universidad de máximo prestigio, una universidad pública argentina. Y soy absolutamente consciente de los problemas por los que atraviesa, ahora de manera aguda, la enseñanza pública en este país. Quiero elevar mi voz en favor de la universidad pública. Quiero hacerlo citando palabras de mi querido Maximiliano Rusconi: “...a la educación pública le debemos, en sociedades lamentablemente desiguales, que todavía exista alguna posibilidad para un modelo de meritocracia democrática”. “Significa que quien no nace rodeado de privilegios pueda aun

así cambiar su destino individual y el de su familia” (¡nada menos!). La importancia de la enseñanza, de la integración y de la investigación en un cierto nivel de igualdad, creo que es muy grande y que estos aspectos son fundamentales. No permitan, no ya que los sueldos de los profesores sean tan bajos que no se pueda vivir solo de ellos (me consta que este problema es más antiguo), sino que dismantelen los centros (muy especialmente este) de saber, donde aprender e investigar sin necesidad de poseer una gran fortuna económica. Resistan, rebélense. Muchos estamos con ustedes.

En la España predemocrática y, más aún, en la transición a la democracia, la universidad pública desempeñó un papel crucial en el desarrollo, en la defensa de derechos y en el aumento de la educación en igualdad.

Hoy, el sistema universitario español se funda, de momento, en lo público (como las etapas educativas previas). Los profesores de universidad somos privilegiados, pues podemos vivir de nuestro sueldo como tales con cierta holgura (aunque menor que en algunos otros países europeos y de otras partes del mundo) si lo deseamos. La financiación de la universidad pública española, aun siendo creciente, ha sido siempre (al menos en el contexto europeo) una asignatura pendiente, pero, al menos, hay un razonable sistema de becas para quienes poseen menores recursos económicos, sistemas públicos de financiación de proyectos de investigación, interés por la innovación docente. Y, sin embargo, no sé si nosotros y la sociedad somos suficientemente conscientes y valoramos el privilegio. Porque, desde hace unos años y especialmente en algunos territorios, empiezan a proliferar universidades privadas de escasa calidad académica. Ayer mismo, después de haber preparado este pequeño discurso, apareció en el diario español *El País* un artículo en que se pone de manifiesto el próximo inminente *sorpasso* en número de las universidades privadas frente a las públicas. Aunque hay algunas tradicionales y hasta prestigiosas, en muchas de esas universidades privadas apenas se desarrolla investigación, se fomentan las prácticas remuneradas y se piensa con ello sobre todo en la inserción en el mercado laboral nada más acabar la carrera (o hasta antes), actuando como agencias privilegiadas de colocación. Coincido con esa publicación en que hay que pensar y repensar muchas cosas para buscar soluciones que subrayen el papel

de la universidad pública, que debe recibir refuerzos, incentivar la investigación de calidad y, sin duda, pensar también en las salidas laborales, aunque no solo en estas y, en todo caso, las universidades públicas no deben ni mucho menos convertirse en meras fábricas de títulos habilitantes para ejercer una profesión; deben ser mucho más.

Pero, peor aún, desde el poder político no se establecen para las universidades privadas algunos requisitos paralelos a los que existen en las públicas. Un mero ejemplo: para ingresar en una Facultad de Medicina de una universidad pública española se exige una nota prácticamente de genio (aun habiendo escasez de médicos), mientras que en las privadas no existe ese requisito (...) solo fundamentalmente pagar (y tendrán el título en Medicina, sin que siempre se vaya a preguntar –a efectos de prestigio– dónde lo obtuvo).

Y no es solo eso, la tendencia, también dentro del sistema público, a medirlo todo en el rendimiento económico-profesional de los egresados, el mirar sobre todo a la empresa privada, el poner por encima de todo esa orientación, frente al pensamiento crítico, la formación de ciudadanos comprometidos, la investigación de base, incluso las ciencias humanas no inmediatamente productivas, etc., es otra forma de privatizar, también muy peligrosa y que no sé si sabremos evitar.

No estamos como ustedes, pero hay riesgos. El fantasma de la privatización (a menudo sin calidad) recorre el mundo (y no sólo el universitario, claro). Sería bueno hacer algo al respecto, aunque ya sé que en ustedes ese algo es mucho más urgente. Me tienen a su lado.

III. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO (PENAL)

En cuanto a la enseñanza del Derecho (también del Penal), claro, diré, casi telegráficamente, que, al menos en mi país (pero creo que más allá de él también), pueden observarse ciertos fenómenos: una crecientemente menor influencia de nuestras facultades y de los juristas protagonistas en ellas, sobre todo en relación con el poder público. Las grandes reformas, por ejemplo, ya apenas son asesoradas por juristas, sino por una pléyade de –muy respetables sin duda– economistas, expertos en marketing y comunicación, pedagogos, psicólogos sociales y a veces sociólogos no muy empíricos (aunque a menudo muy locuaces). Nuevamente, la

idea de justicia social profunda se sustituye por la del rendimiento y el mensaje y la propaganda. Naturalmente, eso no es solo fruto de oscuras fuerzas extrañas; nuestras facultades se han mirado demasiado al ombligo, han sido autocomplacientes y no se han sabido adaptar a menudo a nuevos tiempos y métodos, con profesores que recitan sus viejos apuntes ajados; las luchas por el poder interno (un poder, en realidad, nimio, escasamente relevante) han sustituido a la colaboración y a las escuelas, en el sentido más noble, para el aprendizaje y la investigación. Los planes de estudio, en mi país, se han hecho con criterios de ganar poder y dotación de plazas, no con rigor, ni atención a lo que requiere la formación de los estudiantes y las necesidades sociales, sobre todo públicas. El llamado Espacio Europeo de Educación Superior (el proceso de Bolonia), en sí mismo una oportunidad, ha derivado en España a menudo (no siempre, ciertamente), en parte por falta de medios suficientes para implementarlo de forma adecuada, en una pérdida de contenidos, en una infantilización de los métodos, en una simplificación inaceptable de aquello que es complejo, quedándose en puras formas sus aspiraciones mejores: no hay libros suficientes en las bibliotecas para el cacareado trabajo autónomo del estudiante, no hay horas lectivas suficientes para seminarios, etc. Todo lo bueno del plan Bolonia lo vi yo, por cierto, en Alemania, en mis estancias de investigación de hace más de cuarenta años (en el Instituto de la Universidad de Múnich que dirigía mi maestro alemán, Claus Roxin, la biblioteca estaba llena de estudiantes que manejaban muchos libros para preparar sus tareas, hacíamos seminarios, con participación de los profesores, docentes e investigadores, auxiliares, becarios extranjeros, estudiantes), y Alemania, sin embargo, no quiso entrar en el proceso en Derecho, porque entendía que con esos miembros no era posible formar un *"Volljurist"*, un jurista completo. Paradojas europeas. No copien (esto).

Fomentemos una enseñanza del Derecho que no eluda, antes, al contrario, la dogmática, pero orientémosla a la resolución de problemas reales, a la creación de una buena legislación, a un correcto armamento del juez y de los otros operadores jurídicos. Que se hagan casos prácticos, a ser posible reales y no siempre (aunque a veces sea necesario) de laboratorio. Que se enseñe a argumentar sobre las normas, los conceptos y las resoluciones jurídicas. Que teoría y práctica vayan de la mano. Que

lo jurídico no se contemple como un fenómeno aislado, sino que se relacione e integre con cuestiones económicas, políticas, morales, sociológicas, etc. Que las facultades de Derecho miren a su entorno social y (geo)político, no hagan puras abstracciones. Que todo sirva al Estado de Derecho. En fin, deseos (grandes palabras, quizá) sobre los que cada vez soy menos optimista.

IV. LA ACADEMIA Y LOS ACADÉMICOS

Es notorio, creo que en todo el mundo, al menos de nuestro ámbito cultural y cultural jurídico, que las grandes escuelas van desapareciendo. Bienvenido sea esto si significa la desaparición de meras estructuras semimafiosas (o directamente mafiosas del todo) en la academia. Sin embargo, bien entendidas, las grandes escuelas, los grandes maestros, han sido un instrumento excelente de formación, de transmisión de conocimiento y métodos, de continuidad en el debate crítico con los otros, etc. La excesiva atomización y la atención, sin duda necesaria, pero con frecuencia desmedida a problemas concretos, a menudo puntuales o hasta contingentes, ha hecho que muchos académicos, también jóvenes, carezcan de una visión global, si quieren, en mi materia, de una visión global político-criminal y técnica, dogmática. Una formación previa necesaria en todo caso para analizar o proponer una regulación de tal o cual ciberdelito o un supuesto de *sexting*, por poner dos ejemplos de temas de actualidad, dos problemas “modernos”. No se puede saltar ahí sin haber aprendido las bases.

En aras de una supuesta calidad, y supongo que en Argentina sucede algo parecido, se suceden las evaluaciones y acreditaciones, en que cuenta más en “hacer puntos” o “cubrir casillas” o *checklists* rápido y en cantidad (la competencia puede ser feroz), al final en detrimento muchas veces de la propia calidad, que requiere algún reposo y alguna profundidad. No se puede estar publicando desde el primer día de incorporación a la universidad. Hay que estudiar, hay que leer.

No se puede culpar de ello tampoco sin más a los académicos en formación o a los jóvenes académicos, que se ven forzados a entrar en la maquinaria, desde una notoria falta de estabilidad, a jugar a los controles de “calidad” e indexación –bibliometría–, a menudo elaborados y

establecidos (y explotados) por empresas privadas, económicas, etc., ajenas a la universidad (especialmente a la pública). Nuevamente lo veo difícil, pero algo deberíamos hacer, por la calidad y por los nuevos académicos.

No digo que nuestro mundo siempre fuera mejor, pero, por poner un ejemplo, sí creo que, en las condiciones en que muchos de estos jóvenes tienen que trabajar, no habría podido hacer o habría sido mucho más difícil mi tesis doctoral sobre la autoría en Derecho Penal,irme dos años a estudiar e investigar becado a Alemania con Roxin, volver, discutir con mi maestro español, Diego-Manuel Luzón Peña, cada detalle, para acabar en un libro de más de setecientas páginas (y ello porque, en un ejercicio sensato de dirección, el maestro te ponía un fin, porque tú creías que siempre faltaba algo) que ha recibido cierto reconocimiento. Ello no significa que no se produzcan ahora obras magníficas; pero, si alguien se va dos años fuera a trabajar en ellas, es posible que a su vuelta “le hayan quitado la plaza”. Ese joven con una obra excelente a veces tiene, para una acreditación, menos puntos que quien ha publicado dos o tres artículos ligeros (eso sí, en revistas indexadas), pues el libro en que la plasma es uno y (debido a la traslación sin más de criterios investigadores de otras disciplinas –digamos las “ciencias duras”–) “vale menos” que los artículos. No sostengo que no tenga que haber controles y garantías de calidad, pero hagámoslos en serio y adaptadas, en el caso del Derecho, a nuestra clase de investigación (distinta –no mejor ni peor– que la de, por ejemplo, un físico).

No digo tampoco que no existan otros factores, estos sí de responsabilidad individual, que expliquen también algunos de los déficits señalados.

V. EL LEGISLADOR

Al menos en España y en materia penal (aunque me temo que el fenómeno se extiende a otros lugares y, desde luego, fuera del ámbito penal), encontramos a menudo a un legislador sin rumbo ni brújula, además de con redacciones deficientes. En mi país, ha proliferado la legislación penal *ad hoc*, cuando no *ad personam*. Cuando los legisladores... hablemos claro, los políticos pierden el norte en lo esencial, difícilmente

pueden producir una legislación de calidad en todos los sentidos. En España, la política, y en parte la legislación, han estado secuestradas en buena medida por diversas cuestiones, entre otras –perdónese la crudeza, la simplificación y hasta mi subjetivismo (en todo caso, no movido por nacionalismo alguno, pues desconfío de todo nacionalismo)–, la riña de ricos que, en mi opinión, supone en buena medida todo el tema del independentismo catalán (que nos ha extenuado a todos y que difícilmente, creo, pueda considerarse un problema central, siendo parte de la Unión Europea en el siglo XXI y en un mundo que, hasta hace poco, considerábamos que tenía que ser más abierto y más grande), mientras a la vez crecen los problemas sociales de fondo (un ejemplo: la creciente pobreza infantil en España). Y se manipula por unos y por otros a una opinión pública que, al final, escucha cantos de sirena de salvapatrias fascistas o, en todo caso, extremistas y populistas, o revolucionarios de salón que minan de una forma u otra la confianza en la democracia y en el Estado de Derecho.

El continuo endurecimiento punitivo (con alguna excepción, rara, de mayor benignidad, a menudo no justificada, donde no hacía falta), la falta de respeto a los principios limitadores del *ius puniendi*, campan a sus anchas. Quienes declaran que derogarán tal o cual reforma punitivista, amparada en una determinada mayoría parlamentaria, no lo hacen casi nunca cuando la obtienen ellos y podrían hacerlo, añadiendo además nuevas aportaciones punitivistas: si no me equivoco, desde la aprobación del Código Penal de 1995, solo hay una clara “marcha atrás” rotunda, que fue la derogación del delito de convocatoria de referéndum ilegal que había aprobado una mayoría conservadora para tratar de enfrentar (¡ay, siempre con Derecho Penal!) un reto, en este caso, del nacionalismo o del independentismo vasco. Otra reforma que se dijo se iba revertir por parte de prácticamente todos los demás componentes del arco parlamentario fue la que, con mayoría absoluta conservadora, introdujo la –absolutamente cuestionable e innecesaria– pena de prisión permanente revisable. Cambiada hace tiempo esa mayoría, ahí sigue esa pena y, por cierto, con el aval del Tribunal Constitucional español, que, si bien ve algunos defectos en su regulación, la ha considerado conforme a la Constitución. Mientras tanto, cada vez desciende más en el índice de preocupación social el respeto por los derechos humanos.

No quiero entrometerme demasiado ni en la política ni en la legislación argentina, pero quiero que aquí mi silencio y mi respeto sean un elocuente grito. Ustedes ya me entienden.

VI. LA JURISPRUDENCIA

Debo decir que, al menos en mi país, la inmensa mayoría de los jueces realizan su trabajo con corrección y pulcritud, si acaso todavía (pese a la inmensa mejora respecto de otros tiempos) con necesidad de dotación de medios: una mejor justicia requiere medios materiales y humanos. Con todo, hay defectos. Algunos son técnicos (aunque a menudo esconden algo más), como la utilización (aparente) de “teorías” (siempre insisto a mis alumnos en que son criterios de resolución de problemas, no meras especulaciones abstractas, “teóricas”) de los dogmáticos, simplemente para cubrir de lemas técnicos e incluso de argumentos de autoridad decisiones intuitivamente tomadas que son difícilmente controlables. Baste como ejemplo la frecuente, pero a menudo incorrecta, apelación de jueces y tribunales de diversos países, incluido el mío, a la idea del dominio funcional del hecho de Roxin para fundamentar la coautoría: se decide primero quién “se quiere” que sea coautor y se reviste la decisión de un dominio funcional que Roxin nunca avalaría, pues no se dan en el sujeto los tres claros elementos (a veces se da uno solo o hasta ninguno) con que el maestro alemán caracteriza ese dominio (y, por cierto, traigo como ejemplo ese criterio, que ni siquiera comparto, para hacer ver que no se trata siquiera de quién tiene razón –algo a menudo discutible–, sino de la perversa utilización de los nombres de las teorías para encubrir las verdaderas razones de la decisión, ajenas a ellas).

Pero otros defectos son más graves. En mi país, hay que reconocer que el deterioro institucional ha conducido a casos de auténtico *lawfare*, absolutamente criticables, pero para cuya crítica probablemente los menos legitimados son los que la emiten, después de haber provocado ellos mismos esas reacciones indeseables con actuaciones también indeseables desde otros ámbitos. Al final, todo desemboca en el descrédito ciudadano y el debilitamiento de las instituciones democráticas y del Estado de Derecho. Pero, de nuevo: ¡qué les voy a contar a ustedes!

Sin embargo, debo decir aquí que experiencias judiciales argentinas, como alguna que he conocido con epicentro en Tucumán, me inclinan también al optimismo. Estimula saber que esto existe. ¡Enhorabuena sincera a esos jueces y magistrados! Y, gracias por estar aquí, querido Mario (Velázquez).

VII. LA “CIENCIA” DEL DERECHO PENAL

Para terminar, dado que, aunque he trabajado en diversos ámbitos del Derecho Penal, se me tiene sobre todo por un dogmático (y estoy entre grandes dogmáticos), creo que, aunque hay penalistas magníficos, como consecuencia de algunos de los fenómenos de los que ya he hablado (atomización, ausencia de escuelas, acreditaciones, bibliometría, etc.), ha descendido notablemente la atención a la dogmática.

Y la dogmática no es panacea, ni debe ser juego de preciosismo, de arte por el arte, sino que es sólo un pequeño instrumento, entre otros, para resolver, con coherencia y reglas, con controlabilidad, problemas –naturalmente y solo– dentro del marco de la ley, pero que la ley no resuelve sin más. Por ejemplo, en los muchos países en que se regula el error de prohibición y se determina que, si es invencible, excluye la responsabilidad penal y, si es vencible, la atenúa, la ley no dice cuándo un error de prohibición es vencible y cuándo invencible. Es trabajo del dogmático –por supuesto, como discípulo que soy de Roxin, admitiendo consideraciones político-criminales en el trabajo dogmático– ofrecer pautas al respecto, de manera que la decisión sobre esa cuestión no dependa del humor de ese día o de las intuiciones –aunque sean buenas– o gustos de cada juez. En definitiva, es un obstáculo, un freno, un muro a la arbitrariedad, especialmente en la interpretación y aplicación de la ley. Y, con ello, un límite al poder punitivo del Estado en sentido amplio y una garantía ciudadana. Por supuesto, hay cuestiones mucho más importantes, también en relación con el fenómeno delictivo. La reducción de la desigualdad social hace más frente al delito que todos los mejores tratados de Derecho Penal juntos. Pero que no sea la panacea ni lo más importante no significa que haya que prescindir de ella. Apelo aquí a un muy ilustre penalista de esta Universidad, Raúl Zaffaroni, quien no se caracteriza precisamente por ser un penalista de salón, que no “baje

al barro” y que se mantenga en las nubes de la abstracción. Él ha dicho (si no lo malinterpreto), con su saber y autoridad, que, en esta América Latina llena de problemas, hay algunos muy urgentes que hacen que las cuestiones dogmáticas no puedan plantearse como en Alemania (aunque la firme Alemania tiembla ahora un poco), pero jamás ha dicho que los penalistas (y los juristas, en general) deban renunciar a la dogmática. Lo más importante es lo principal, pero mejor con dogmática correcta que sin ella, entiendo que señala. Lo suscribo plenamente.

Mi discurso ha sido, como anuncié, en buena medida pesimista, pero la solución a lo planteado, si tiene alguna, creo que no pasa por destruir lo público, sino más bien todo lo contrario: por mantenerlo, apreciarlo y reforzarlo. Gracias por todos otra vez. ¡Luchen por su universidad pública! ¡Estoy con ustedes! Y quedo ya firmemente comprometido con esta Universidad y esta Facultad como profesor (honorario), como miembro de su claustro. ¡Muchas gracias!

Buenos Aires, 28 de octubre de 2024