

DAÑOS COLATERALES DE LOS NOBLES CABALLEROS.

Prof. Dr. Frank A. Hoepfel.

Universidad de Viena.

En una carta con fecha del 7 de mayo de 1923 escribió Sigmund Freud al traductor al español de sus obras Luis López-Ballesteros y de Torres¹: *«Siendo yo un joven estudiante, el deseo de leer el inmortal D. Quijote en el original cervantino, me llevó a aprender, sin maestros, la bella lengua castellana. Gracias a esta afición juvenil puedo ahora—ya en avanzada edad—comprobar el acierto de su versión española de mis obras, cuya lectura me produce siempre un vivo agrado por la correctísima interpretación de mi pensamiento y la elegancia del estilo. Me admira, sobre todo, cómo no siendo usted médico ni psiquiatra de profesión ha podido alcanzar tan absoluto y preciso dominio de una materia harto intrincada y a veces oscura.»*

La conocidísima obra cervantina es, al igual que para este gran médico austriaco, también para un sencillo penalista de nuestros tiempos una gran fuente de ilustración y de inspiración.

Cuando uno piensa, cuatrocientos años tras la primera aparición de esta novela, en el episodio en el que el ingenioso hidalgo Don Quijote cree al ver una gran nube de polvo que se trata de un ejército enemigo y arremete contra un rebaño de ovejas, resulta difícil no asociarlo con las luchas de los aliados en el Irak post Saddam, cuyos aviones tiraron bombas a los invitados de la celebración de una boda, tras las salvas tradicionales en el cercano oriente. Los celebrantes fueron confundidos con insurrectos.

¹ Publicado en tomo IV de *Obras Completas del Profesor S. Freud*, Biblioteca Nueva, Madrid 1923 y Siegmund Freud, *Gesammelte Werke*, tomo XIII, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main 1999, p. 442.

Estos y similares hechos son parte de los catastróficos efectos secundarios de una intervención militar en territorio extranjero. La magnitud y forma de estos daños colaterales, sin duda, no fueron previsibles, aún así pertenecen en principio a toda acción militar y están cubiertos por el Derecho de Guerra². Se trata de penurias para la población civil que, aunque no queridas, son asumidas en general, independientemente de si en concreto fueron cometidas de forma culpable en sentido penal. En una cultura jurídica que aún se caracteriza por un pensamiento objetivo, estas desventajas para la población civil no pueden distinguirse fácilmente de ataques alevosos contra inocentes como eran típicos bajo el mando de Saddam.

Estos malentendidos mutuos han llevado la lucha de la «*Coalition of the Willing*» a veces al límite del absurdo. A ello se añade lo falso de dicha intervención en sus cimientos. Como es sabido, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas negó su asentimiento a causa de las investigaciones inconclusas de la Comisión Blix³. El gobierno norteamericano creyó tener informaciones del servicio de inteligencia secreto según las cuales no era preciso esperar a los resultados de la investigación de la ONU. Desde el punto de vista actual vemos que esta campaña militar en su conjunto ha sido una «quijotada».

* * *

¿Qué entendemos por «una quijotada»? En general el ejemplo más famoso, la lucha contra los molinos de viento, se suele presentar como la lucha sin probabilidad de éxito de un idealista. En este sentido se entiende al menos en alemán cuando se

² Véanse, por ejemplo, las conclusiones de la comisión de investigación establecida por el fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia sobre determinados daños colaterales de los bombardeos de la OTAN a Serbia: ICTY, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, PR/P.I.S./510-E, published on 13 June 2000, 39 (2000) I.L.M. 1257; véase con respecto a este interesante informe, *inter alia*, Michael Cottier, «Did NATO Forces Commit War Crimes During the Kosovo Conflict? Reflections on the Prosecutor's Report of 13 June 2000», in: Horst Fischer/Claus Kreß/ Sascha Rolf Lüder (ed.) *International and National Prosecution of Crimes Under International Law, Current Developments*, Bochumer Schriften zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht, tomo 44, Berlin Verlag Arno Spitz, 2001, pp. 505 y ss.

³ Véase Kai Ambos/Jörg Arnold (ed.), *Der Irak-Krieg und das Völkerrecht*, Juristische Zeitgeschichte, tomo 14, Berliner Wissenschaftsverlag, 2004, con varias contribuciones.

habla de un «*Kampf gegen Windmühlen*». Pero la mayor parte de las veces no se tiene en cuenta su elemento central que consiste en una falsa imagen de la otra parte como enemigo (como comparación pienso en mi perrito Montmorency que con frecuencia ladra a las escobas y las incita a pelearse).

Esta figura de la «quijotada» le llama comprensiblemente la atención de forma acentuada a un profesor de Derecho Penal. Uno está acostumbrado a explicarles a los alumnos el error sobre elementos del tipo y el error sobre las causas de justificación. También afectan al Derecho Penal situaciones de enfermos psíquicos⁴ que en sus anomalías creen tener que defenderse de presuntos atacantes, procedan tanto de su esfera familiar, como de otros ámbitos más lejanos. El hecho de que a raíz de dichas situaciones se cometan graves infracciones penales contra la vida o la integridad personal constituye, conforme al Derecho austriaco, un motivo legal de internamiento en un centro psiquiátrico⁵. En sentido estricto estas personas no cometen ningún crimen. El error excluye sea el dolo sea el conocimiento de obrar sin hechos justificantes. En los casos de estas anomalías psíquicas esto es así incluso según la estricta teoría de Hans Welzel («*strenge Schuldtheorie*»). La imputación penal en el ámbito de las medidas de seguridad requiere una desviación en la teoría del delito. Es preciso construir un nuevo concepto de delito abstraído de determinados elementos de la acción *punible*, en el sentido de la acción *sólamente amenazada con pena*.

⁴ No quiero aquí de ninguna manera tomar partido sobre la posible naturaleza psicopatológica de las reacciones del Quijote. Ni siquiera Freud lo consideró adecuado. Más bien caracterizó al Quijote como una personalidad que provoca compasión y simpatía. La extendida opinión popular de su personalidad como divertida o apropiada para libros infantiles se queda corta. En la obra *Der Witz und seine Beziehung zum Unbewußten* (Gesammelte Werke, tomo VI, p. 264, nota 1) Freud califica al ingenioso hidalgo «*eine Gestalt, die selbst keinen Humor besitzt und uns in ihrem Ernst eine Lust bereitet, die man eine humoristische nennen könnte, obwohl deren Mechanismus eine wichtige Abweichung von dem des Humors erkennen lässt [...] Nachdem [...] der Dichter diese lächerliche Person mit der tiefsten Weisheit und den edelsten Absichten ausgestattet und sie zum symbolischen Vertreter eines Idealismus gemacht hat, der an die Verwirklichung seiner Ziele glaubt, Pflichten ernst und Versprechen wörtlich nimmt, hört diese Person auf, komisch zu wirken*».

⁵ Parágrafo 21 (1) Código Penal austriaco (compárese con el art. 96 (2) cifra 1 y art. 101 (1) Código Penal español.

El gran reto para el dogma de la teoría de la «acción amenazada con pena» consiste en definir hasta qué punto se puede realizar una abstracción de la «acción punible». En el tratamiento del error de hecho es necesario limitar la excepción a errores provocados por la anomalía psíquica. La diferenciación tradicional entre errores que excluyen el dolo y los que conducen a creer la existencia de hechos justificantes es problemática pero no se puede prescindir de ella hasta que se cree una teoría completa sobre la «acción amenazada con pena».

* * *

La palabra «pena» nos lleva de vuelta a Don Quijote. ¡Qué *pena* los perjuicios que el hidalgo tiene que sufrir a consecuencia de sus acciones quijotescas! Y qué impresionantes insinuaciones hace Cervantes sobre la pena, seguramente a causa de su autobiografía. También se puede plantear la siguiente cuestión: ¿no es el concepto de pena *per se* una pura «quijotada»? Al menos desde el momento en que uno abandona la teoría absoluta kantiana y se esfuerza en justificar la pena desde el punto de vista de la necesidad social surge el problema de los daños colaterales. Por supuesto la teoría de la prevención general aminora el problema porque dicha teoría afirma la imposición de la pena cuando sea considerada justa.

En cuanto al reo, sigue quedando el hecho que en determinadas circunstancias – como criticó Kant – se le hace chivo expiatorio de la sociedad. Evitar esta conocida antinomia de los fines de la pena para sustituirla por un sistema de medidas de defensa social, debe de reconocerse como positivo. Por otro lado, la pena ofrece la ventaja de la limitación liberal según la cuantía de la culpa. El debate al que me refiero es un tema central y muy conocido en el Derecho penal y política criminal⁶. Ambos peligros hacen que el recorrido de este camino sea un acto de auténtico equilibrio.

⁶ Véanse, por ejemplo, las contribuciones recientes al coloquio «*Muss Strafe sein?*» (Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Heike Jung) publicados en el libro de mismo título de Henning Radtke/Egon Müller/Guido Britz/Heinz Koriath/Heiny Müller-Dietz (ed.), Nomos, Baden-Baden 2004.

Este equilibrio sólo se ha llegado a alcanzar con grupos de personas como los menores. Como ha sido mostrado en el XVII congreso de A.I.D.P. en Pekín y en los informes nacionales preparatorios⁷, existen todavía muchas diferencias en cuanto al estado de desarrollo en los distintos ámbitos jurídicos en el mundo. En 2004 el autor de estas letras tuvo el placer de participar en dicho congreso de Pekín bajo la presidencia de Luis Arroyo Zapatero y las reflexiones sobre qué le aporta la novela cervantina como penalista se deben a una conversación que tuvo lugar en aquel contexto con él.

(Traducción del alemán por Laura García Marqués).

⁷ Véase XVII Congreso internacional de Derecho Penal, Coloquio preparatorio, Sección I, «La responsabilidad penal de los menores en el orden interno e internacional», 26-28 Septiembre, 2002, Viena (Austria), 75 (2004) R.I.D.P. pp. 101 y ss. (por lo informe general de Reynald Ottenhof en versión castellana véase ibidem pp. 75 y ss.; también por lo informe de Silvia Larizza por el C.N.P.D.S. véase pp. 555 y ss.).