

# CRÓNICAS EXTRANJERAS

## Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena (\*)

ELIO MORSELLI

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Perugia (Italia)

1. Conocemos todas aquellas múltiples respuestas que han sido dadas, por el curso de la historia, al dramático problema «¿por qué se pena?». Se ha hablado desde la antigüedad clásica de la pena como expiación del delito cometido, de la pena como catarsis o purificación, de la pena «medicinal», de la pena como instrumento de enmienda, de la pena como venganza, de la pena como vía para la reeducación del reo, y así sucesivamente, para terminar en nuestros días con la pena vista como medio y presupuesto para el tratamiento resocializante o directamente psicoterapéutico, del sujeto que haya delinquido. Todos conocen el célebre dilema de Seneca: «punitur ne peccetur» o bien «quia peccatum est»? Se pena para prevenir la comisión de futuros delitos al mismo sujeto que ha delinquido (la así llamada prevención *especial*), o bien a los otros sujetos (prevención *general*) o mejor se pena para retribuir, con el mal del sufrimiento, el mal causado por el delincuente, o sea «quia peccatum est». Se nos ha pedido en resumidas cuentas si el acto punitivo es fin en sí mismo o bien responde a una finalidad. ¿La pena tiene función retributiva o bien preventiva?

En el período sucesivo a la segunda guerra mundial la opinión de la mayoría de la doctrina parecía haberse estabilizado en torno a una respuesta de tipo ecléctico. Se admitió, esto es, en la pena una naturaleza o característica constitutiva, de índole retributiva, pero, al mismo tiempo,

---

(\*) Texto en lengua castellana de una conferencia pronunciada el 6 de mayo de 1993 en la *Escola paulista do Ministerio Publico* de São Paulo del Brasil para la inauguración del Curso de derecho y procedimiento penal.

se superaba la estrecha visión se las así llamadas teorías absolutas (Kant, Hegel, etc.), atribuyendo a la pena una *función* independiente de su naturaleza intrínseca, vale decir una finalidad *preventiva*. La pena, se decía en suma, tiene naturaleza retributiva, pero función preventiva. Y, a este modo ecléctico se había tenido definitivamente resuelto el viejo problema del «por qué se pena».

Si no que, a partir de los años cincuenta esta condición dogmática ha venido profundamente cambiando.

El desarrollo de la psicología, de la sociología y más tarde de la criminología, ha hecho considerar al reo bajo una nueva luz. Estas nuevas ciencias han contribuido a reconocer en el reo algo más que un culpable, o sea, un sujeto en todo y en parte psíquicamente anormal, un asocial, un desviado, una víctima de las propias distorsiones intrasíquicas, o bien de las malas influencias ambientales, sufridas si se quiere en la infancia, si se quiere en la edad adulta. Son además proseguidas a los estudios de la antropología criminal, iniciada por Lombroso, vueltos a ver en el reo una personalidad, biológica o genéticamente determinada hacia el anti-social. Más que sobre el reproche y sobre la consiguiente condena se ha por eso terminado con poner el acento sobre la *comprensión* del fenómeno de la criminalidad. Todo esto hasta llegar al punto de meter en crisis los fundamentos últimos del derecho de penar y, por consiguiente, de la pena misma, propio porque como advierte un viejo dicho francés «tout comprendre c'est tout pardonner!»

La mayor parte de los sistemas legislativos de tipo occidental han tenido en tal modo la influencia de aquella que sucesivamente ha sido denominada como «la ideología del tratamiento». Si es verdad que el legislador no ha podido abdicar al derecho de punir, y por lo consiguiente a la pena como sanción para conminar o infringir al reo, es también verdad que ellos se han preocupado de varios modos para hacer que la ejecución de la pena no permanezca como fin en sí misma sino que viniese finalizada, y por tanto realizada a través de toda una serie de medidas y de procedimientos de tipo resocializante o, como también se suele decir, reeducativo. El art. 27 inciso 2 de la Constitución Italiana, promulgada en los primeros años después de la segunda guerra mundial, recita expresamente así: «Las penas deben tender a la reeducación del condenado.» y esta resocialización y reeducación han también alcanzado en muchos casos la naturaleza de un tratamiento terapéutico, y, más precisamente psicoterapéutico. El que es tanto más digno de relevar en cuanto al tratamiento es dirigido no solo a los así llamados no imputables (inimputables), o sea a los enfermos o semienfermos de mente, pero también a los sujetos declarados, en sede de juicio, plenamente capaces de entender y querer, por lo consiguiente plenamente imputables.

Se debe decir que mucho fue hecho en tal dirección en los últimos 3 decenios, es decir, de 1950 a 1980. En Italia vino puesto en vigor un ordenamiento penitenciario, en el cual se tenían máximamente en cuenta tales directrices de política criminal. Surgieron también Institutos para

la observación y tratamiento del delincuente, como en primer lugar el de Roma-Rebibbia. Fueron efectuadas numerosas investigaciones científicas, y vino efectuada una serie de esmeradas y a menudo también autorizadas, publicaciones; una importante revista titulada «Quaderni di criminología clínica» se convirtió en el órgano científico de la Dirección general de los institutos de prevención y de pena del Ministerio de Gracia y Justicia. Análoga actividad se desarrolla en el exterior, sobre todo en los países Escandinavos (Dinamarca, Suecia, Noruega), en Alemania Federal, en Francia, en Gran Bretaña, en los Estados Unidos y otros.

Por años los resultados de estas investigaciones fueron notoriamente debatidos en toda una serie de congresos internacionales, sobre todo por obra de la Asociación Internacional de Criminología, de la Sociedad de Defensa Social y de la Fundación Penal Penitenciaria, además de la Organización de las Naciones Unidas.

Sino que ya en el curso de los años sesenta ha aparecido claro como el balance de todos estos intentos, fuese muy por debajo de las expectativas en esas respuestas. No obstante los esfuerzos hechos, el nivel de la delincuencia, lejos de regresar, iba en este intervalo aumentando. El mismo fenómeno de la reincidencia, también allá en donde mayor y más incisivos habían estado los intentos terapéuticos, no solo no se había logrado disminuir, sino francamente andaba aumentándose.

Temprano entonces se había pasado de la euforia a la desilusión. La ideología del tratamiento vino sin rodeos definida por muchas partes como una utopía, al punto que más de un autor (como en Italia Giuseppe Bettiol y en Dinamarca Alf Ross) andaban hablando del «mito del tratamiento». En contrario los sostenedores de la eficacia del tratamiento defendieron que la falta de éxito debió ser imputada al hecho que éste no había sido aplicado en el modo, y con la abundancia de medios que habían sido necesarios, y que, por lo tanto, lejos de decretar el fracaso, el legislador había debido ulteriormente incentivarlos.

Queda sin embargo el hecho que en el intervalo, y no solamente a causa de estos fracasos, el problema de las causas profundas de la criminalidad, y por consiguiente de la investigación de los medios y de los métodos para abatirla, ha ido revelándose mucho más complejo y de difícil solución de cuanto fue inicialmente previsto.

Ahora es absolutamente justo afirmar que ulteriores esfuerzos deban ser invertidos en tal dirección. Está de hecho sin embargo que buena parte del optimismo y del entusiasmo que durante tantos años ha sostenido esta perspectiva especial-preventiva ha ido en el intervalo perdiéndose. Esto es claramente reconocible también recorriendo la literatura jurídica y la criminológica de los países escandinavos aunque ella, más que ninguna otra, había estado decidida afirmante de aquella vuelta especial-preventiva, en vivaz oposición crítica a la tradicional concepción de la pena como sanción meramente aflictiva y retributiva.

Una cosa es cierta, toda esta vasta experiencia no ha sido inútil: está destinada a ser proseguida en el futuro con un conocimiento más madu-

ro, y sobre todo con unos mayores conocimientos científicos. Estos últimos, a nuestro parecer, deberán estar en mayor sintonía con las radicales investigaciones operadas sobre la psique humana por la psicología dinámica, o del profundo, y principalmente por el Psicoanálisis de Sigmund Freud. Esto por la amplísima razón que un correcto y eficaz tratamiento socio-terapéutico no es realizable sin adecuado conocimiento de la psicología humana.

2. Aparte del fracaso de los esfuerzos dirigidos hacia la prevención especial, la doctrina ha ido del mismo modo dándose cuenta como la ideología del tratamiento no está en cada caso en grado de suministrar ninguna cálida y coherente respuesta al interrogante del «por qué se pena». Como el nuestro, el gran Francesco Carrara había advertido ya en el siglo pasado, punir y curar, punir y reeducar, punir y enmendar son cosas entre ellas del tipo incompatibles y contradictorias, en cuanto punir quiere decir causar un mal, una aflicción, un «malun passionis», mientras curar, reeducar y enmendar quiere decir precisamente lo opuesto, es decir causar un bien grandísimo.

Así que, justa o no justa que sea la ideología del tratamiento en la dirección de una eficaz prevención especial, el problema de hallar el sentido, el valor y la función de la pena permanece en cada caso siempre abierto. Se puede curar o reeducar, *no obstante* la pena, y *durante* la ejecución de la pena, pero no se podrá jamás decir que la pena, *de por sí misma*, sirva, o *pueda servir* a curar o reeducar al condenado.

En modo más o menos consciente, la doctrina más moderna y penetrante ha pues terminado con comprender tan grave incongruencia de fondo. De modo que, en los últimos dos decenios en esa dirección se ha venido reponiendo de nuevo tan antiguo problema.

Las soluciones que han venido asomando en el proscenio son diversas y, bajo muchos aspectos, se devuelven en opuesta dirección.

Allí ha estado antes de todo quien —sobre todo en los países escandinavos, en Alemania y en los Estados Unidos— ha considerado poder evaluar la antigua concepción retributiva.

Retomándose a una serie de grandes dogmáticos —entre otros Beling, Richard Schmidt, Hellmuth Mayer, etc.— e inspirándose sobre todo en la psicología dinámica o del profundo, se ha observado de muchas partes —como, por ejemplo, Streng— que la pena constituye una reacción de la sociedad correspondiente a profundas e inconscientes «necesidades emotivas». En otros términos, frente a la comisión de un delito, surge en la sociedad una profunda exigencia de retorción, dirigida a descargar sobre el reo las cargas agresivas que la frustración derivada de la alarma social ha suscitado.

Con esta teoría de las necesidades emotivas de punición latentes en el seno de la sociedad, la concepción retributiva encontraría pues una nueva evaluación. No se trataría, esto es, más de una *abstracta* y *mecánica* exigencia de compensación del *malum actionis* col *malum passionis*, así como los grandes pensadores, de Platón a Tomas de Aquino, de

Kant a Hegel, *parecerían* haber configurado la instancia retributiva. Se trataría más bien de un fenómeno que tiene raíces profundas en la naturaleza humana, y que, como tal, por cuanto puede parecer irracional, y poco apreciable desde el punto de vista ideal y también ético, tiene una profunda y necesaria justificación en la así llamada *Natur der Sache*, o sea en la naturaleza de las cosas.

Sino que, esta solución al problema del fundamento de la pena devuelta hacia el *revival*, o sea en el «revivir» de la retribución, y llamada «neo-retribución», no satisface a una parte considerable de la doctrina. En efecto, el reconocimiento de tales necesidades emotivas de punición no constituye para tales autores motivo suficiente para su aceptación, y mucho menos para su legitimación. Se sostiene al contrario que en contra de semejantes exigencias inconscientes la sociedad debería llegar a oponerse en cuanto que son irracionales y no respetuosas de la dignidad humana: el hombre —afirma— no puede ser instrumentalizado para satisfacer semejantes deterioradas exigencias. Y, en cada caso —se insiste y además— si la conciencia social os adhiere incondicionalmente, no por esto el legislador debería hacer otro tanto; sería contrario a su deber de controlarlos y reprimirlos al máximo posible, en nombre de superiores instancias ético-jurídicas.

Estos críticos son por otros bien conscientes que, si también se refuta como cruel y de humana la concepción retributiva asimismo iluminada por las modernas perspectivas psicológicas, de otra parte no es ni siquiera posible adherir, *sic et simpliciter*, a la tradicional explicación, general-preventiva del *puniter ne peccetur*, fundada sobre la fuerza *intimidatoria* de la sanción penal. Se reconoce en verdad siempre válida la objeción de Kant según la cual, si la razón de la pena viene reconocida en la intención de impedir, a través de la intimidación, que otros miembros de la sociedad caigan en el delito, se termina entonces con la *instrumentalización*, en función de esa intimidación, del sujeto sobre el cual recae la ejemplaridad del castigo. Francamente, como dice Hegel, la teoría de la prevención general por medio de la amenaza considera el hombre «como cuando se alza un bastón contra un perro», y, por eso, «la persona humana viene tratada, antes que con debido respeto, exactamente como se trata a un can». Del momento en que el hombre es fin en sí mismo, él no puede convertirse ni en objeto ni en medio o instrumento para la realización de otra finalidad, a él extraña. En esto está toda la gran enseñanza del imperativo categórico de Manuel Kant.

3. Es verdad pues que la doctrina —como se ha visto en precedencia— no puede refugiarse en la solución especial-preventiva representada por la ideología del tratamiento. Pero es igualmente verdad que si de un lado es refuta la concepción retributiva, no puede de otro lado, ni siquiera acoger la clásica concepción general-preventiva, entendida en el sentimiento de la intimidación.

Una cómoda vía de escape ha aparecido en este caso: la que recientemente fue invocada por aquéllos que han criticado la así llamada *nue-*

va concepción retributiva, o «neo-retributiva», a favor de una diversa, nueva, concepción de la prevención general.

En Alemania Roxin, Hassemer, Jakobs y otros, y, en Italia, Mario Romano, Pagliaro y otros han distinguido la prevención general *intimidadora* o *negativa*, de un diverso tipo de prevención general, llamada *positiva* o *integradora*.

Según esta perspectiva, la pena desarrolla función de prevención general no solamente cuando opera, negativamente, como amenaza coactiva, o sea, como intimidación, sino también cuando, por el simple hecho de ser irrogada, después de la primera fase de la así llamada conminación, va positivamente a reforzar, a consolidar en el sentimiento colectivo la confianza en la autoridad del Estado y en la eficacia del ordenamiento jurídico.

Igualmente a este propósito no ha faltado una profundización de semejante perspectiva a la luz de la psicología dinámica o del profundo. Eso ha sido sobre todo mérito de Haffke, con su importante libro titulado «Tiefenpsychologie und Generalprävention» aparecido en 1976.

Se ha en suma «descubierto» que la pena más allá de los efectos *negativos-defensivos* de la aflicción y de la intimidación, tiene otros efectos general-preventivos *positivos-constructivos*, en cuanto absuelve a la función de sostener y consolidar el orden infringido por el delito y, más precisamente, la conciencia social, mediante la satisfacción o «reintegración» del sentimiento común de justicia, con la consecuencia de reforzar en los ciudadanos un durable comportamiento de fidelidad hacia la ley. En síntesis, la función general-preventiva de la pena consistiría esencialmente en el mantenimiento del sentido de justicia y, en tal modo del comportamiento de fidelidad a la ley por parte de la sociedad. Según esta concepción, no ocurriría por tanto replegar en la «nueva concepción retributiva» para dar una justificación a la pena.

4. Ahora bien, se debe reconocer que en todo esto hay mucho exacto. Es verídico que la pena —vista según la psicología de la sociedad, antes que según aquélla del delincuente— absuelve a la gran función de asegurar el profundo equilibrio intra-psíquico entre las fuerzas instintivas, esto es de satisfacer la suprema exigencia de la defensa del orden interior, aún antes de aquel exterior y en tal modo de impedir que la falta de control de estas fuerzas instintivas derive el caos en la vida psíquica, sea ésa individual y colectiva. Y es en el fondo verdadero que estas exigencias supremas de la defensa del orden interior vengán satisfechas por la pena, exactamente a través del mantenimiento de la consolidación de una serie de sentimientos fundamentales, como aquellos de la conciencia ética, de la justicia, de la fidelidad a la ley, de la autoridad del Estado y de la seguridad del orden jurídico.

Por consiguiente, todo esto es exacto. *Pero el error de los sostenedores de la así llamada prevención general integradora, o positiva, consiste en atribuir todo esto a la función general-preventiva de la pena;*

*mientras a nuestro juicio se trata simplemente de los efectos típicos de la función retributiva, clásicamente entendida.*

En último análisis, el error de los críticos de la concepción retributiva de la pena consiste en reservar a ésta una dimensión distorsionada y estrechamente reducida.

En efecto, *también el concepto de retribución tiene una doble dimensión: una negativa y una positiva. Retribución* no es sinónimo de sádico *escape* de instintos agresivos, *sic et simpliciter* y no es ni siquiera, necesariamente, sinónimo de *retorción*, o venganza como fin en sí misma. No es ni siquiera una respuesta a una exigencia meramente *abstracta* o *mecanicista* de compensación o nivelamiento de un *malum actionis*, con un *malum passionis*. Esa interpretación del pensamiento clásico es, repetimos, profundamente distorsionada y reductiva y absolutamente no respeta la idea inspiradora que está en la mente y el corazón de aquellos grandes escritores, notoriamente «retribucionistas», como fueron Platón, Dante Alighieri, Tomás de Aquino, Leibniz, Kant, Vico, Hegel, etc., limitándonos a los pensadores no juristas.

Se yerra totalmente si se piensa que todos estos grandes intelectuales, así determinantes para la historia de la civilización, concibieron la pena simplemente como *pública venganza* y por eso se limitaron a entenderla, en sustancia, como mero *escape* de necesidades o exigencias emotivas intra-psíquicas de punición en el seno de la sociedad. Si bien se miran sus obras, se verá más bien que fueron propiamente ellos a concebir la pena en función de la realización, y por lo consiguiente de la consolidación y del reforzamiento de los sentimientos profundos de *justicia* y, a través de esto de los sentimientos de fidelidad a la ley y al orden constituido. En breve, todos estos grandes pensadores concibieron la pena en función de la justicia, y no simplemente de la venganza. Si es verdad que el sentimiento de justicia tiene sus raíces en el deseo de venganza, es también verdad que al mismo tiempo ese lo supera y lo sublima, en el cuadro de las más profundas instancias éticas del ser humano.

Todo esto significa que no es de «prevención general integradora» que se debe propiamente hablar sino de *retribución integradora*, o mejor, de la restitución de aquel significado positivo y constructivo que ha estado siempre propiamente en la idea retributiva clásica. La prevención general no es otra cosa que *prevención de futuros delitos*; pero, a su vez, esta prevención no es otra cosa que un «efecto inducido» por la retribución: efecto negativo de intimidación y efecto positivo de consolidación de sentimiento colectivo de justicia.

5. Hecha esta importante rectificación, y de este modo reintegrada en su significado más profundo la concepción retributiva clásica, es necesario en este punto examinar si esa concepción clásica, vista a la luz de la moderna psicología dinámica o del profundo, pueda encontrar una aún más correcta y persuasiva justificación *criminológica*.

A tal fin se toma como punto de partida la concepción hegeliana de la así llamada *retribución jurídica*. Hegel dice que la pena es «la nega-

ción de la negación» representada por el delito, y, por eso, precisa que «Die Strafe ist das Aufheben des Verbrechens, das sonst gelten würde, und ist die Wiederstellung des Rechts», vale decir que «la pena es la remoción del delito y, en tal modo la reconstitución del derecho».

Ahora bien, por cierto, ¿qué significa este misterioso discurso?

Nos parece que revisándolo a la luz de la actual visión científica, puede así ser ulteriormente traducido en términos modernos de la psicología dinámica, o del profundo. «la pena sirve a la *remoción* del campo a la conciencia, de la turbación, o sea, de la alarma social, provocada por el hecho criminoso, con la siguiente *reconstitución* del equilibrio intra-psíquico sea individual o social, o sea, del orden colectivo y, por consiguiente del ordenamiento jurídico constituido».

En tal modo es el propio Hegel, al cual se debe la máxima expresión filosófica de la concepción retributiva (la así llamada retribución jurídica), a ofrecernos la clave para la solución «moderna» del problema del fundamento de la pena.

El mecanismo por el cual la sociedad inflige un sufrimiento, o sea un *malum passionis* a quien haya cometido un *malum actionis*, no es pues fin en sí mismo, y no es ni siquiera vuelto simplemente a la satisfacción de las necesidades emotivas de punición, o sea de las necesidades sociales de venganza, pero absuelve a una función mucho más profunda y constructiva en seno de la psique humana. Para nosotros, en Italia, y creo también para otros países, allí está todavía, aún cuando en vía de debilitación, la costumbre según la cual a media noche de San Silvestre, o sea a la media noche de final de año, la gente bota fuera por la ventana los objetos que retienen inservibles, como vasos, vajillas y otros. Y bien ¿qué función intra-psíquica tienen esta usanza? Simplemente de remover en modo definitivo del campo de la conciencia, y por eso de la propia memoria, todos los episodios «malos» y sus consecuencias negativas, que han perturbado el equilibrio intra-psíquico durante el curso del año viejo que está por terminar, se dice en efecto: «año nuevo, vida nueva»!

Ahora la pena opera al interior como un mecanismo de saneamiento y equilibrador que es sustancialmente lo mismo. El delito ha turbado con su alarma social el equilibrio ínsito en la conciencia colectiva. Es aquí entonces que interviene la pena para construir este equilibrio, *neutralizando* los efectos del delito, y por esto el peligro del desequilibrio intra-psíquico y de la consiguiente ruptura del orden interior.

Esa neutralización de conflictos intra-psíquicos no es otro que uno de los fundamentales mecanismos de control y defensa del Yo, *dirigidos a finalidades sanas y vitales*, al punto que sin ese la vida del hombre sería imposible: exactamente el mecanismo de la psicología dinámica suele llamar con el nombre de *remoción* (en alemán: «Verdrängung»). Puniendo al delincuente, el delito viene por así decirlo eliminado de la conciencia, y por consiguiente del recuerdo colectivo.

6. Las conclusiones a las cuales llegamos son, entonces, en síntesis las siguientes:



Es erróneo considerar la consolidación y el refuerzo de los sentimientos de justicia, de la fidelidad a la ley y de la conciencia jurídica colectiva como objetivos últimos de la pena en el ámbito de la concepción de la prevención general.

Estos son mejor para considerar como «efectos inducidos», o sea indirectos, de la función *retributiva* de la pena. Bien entendido, esta función va vista en la satisfacción de las necesidades emotivas de la pena; una satisfacción que no es fin en sí mismo, si bien dirigida al absolvi-miento de un mecanismo más profundo de defensa del Yo del individuo y de la sociedad, y más exactamente a la exigencia de neutralizar, o sea de *remover* los efectos de la turbación del equilibrio intra-psíquico colectivo, o sea de la alarma social, ocasionado por el hecho criminal en la conciencia colectiva.

Y es propio a través de ese mecanismo de neutralización o remoción de la alarma social, activado con la punición del reo, que consigue dichos efectos de consolidación y refuerzo de los sentimientos de justicia de fidelidad a la ley y de la conciencia jurídica colectiva.

*Integradora*, o mejor reintegradora, de los valores fundamentales de la vida colectiva *es la pena solo cuanto sea entendida en función retri-butiva*, o sea como adecuada al mal inferido por el reo a la sociedad. Si se termina con perder de vista este necesario significado ontológico de adecuación de un *malum actionis*, por ver en la pena únicamente un *instrumento de política criminal*, entonces no sería posible conseguir la susodicha neutralización de la alarma social, ni por tanto la reconstitución del equilibrio intra-psíquico individual y colectivo. De consecuencia ni el sentimiento de justicia ni la conciencia jurídica social encontrarán la necesaria satisfacción y consolidación.

En la más reciente doctrina penal alemana e italiana se va abriendo paso la tendencia a abandonar los tradicionales esquemas dogmáticos, basados en el fundamental principio de la culpabilidad, o sea de responsabilidad ético-jurídica. Tanto la teoría del delito como aquella de la pena vienen ahora reconstruidas por autores como Roxin y Jacobs, según significados del todo pragmáticos, orientados únicamente hacia preocupaciones y soluciones de *política criminal*. La justificación de la pena en el cuadro de la así llamada prevención general integradora — que ya habíamos examinado y criticado— es precisamente, uno de los tantos frutos —el más visible, pero también el más capcioso— de tal nueva concepción de la dogmática penal. A través de la demostración de su inconsistencia y de su esterilidad *escasamente sobre el plano de los efectos prácticos*, nosotros creemos haber dado una contribución central en la defensa de perspectiva de la dogmática tradicional.

Debería ser para todos claro que si se le niega a la pena su naturaleza retributiva, entonces, necesariamente se viene también a negar que la base de la responsabilidad penal está en la culpabilidad.

Si después se le atribuye al concepto de culpabilidad un significado distinto a aquel tradicional, que es propiamente aquel de «reprochabili-

dad por haber actuado diversamente de como se debía actuar», entonces no se comprende a que cosa venga a ser conmesurada la necesaria proporcionalidad de la pena; o sea que no se alcanza a ver cuál sea la pena justa, capaz, esto es, de compensar el mal que se ha metido, y *de este modo se termina por no comprender qué esa sea la pena misma.*

Si finalmente se renuncia también a basar la pena sobre la culpabilidad, entonces no se alcanza a percibir cuál sea su fundamento mismo del concepto de delito, desde el momento que el hecho cometido por el sujeto no culpable, en cuanto no sea susceptible de juicio de culpabilidad, podía en fin de cuentas ser considerado como un puro ilícito *administrativo.*

A estas inaceptables consecuencias se llega pues si se intenta concebir la dogmática penal sobre bases no ontológicas, pero sólo de política criminal, refutando la idea de retribución por basar la pena exclusivamente sobre finalidades de prevención general.