

Reseñas bibliográficas

**“COMPLICIDAD A TRAVÉS DE ACCIONES NEUTRALES: LA IMPUTACIÓN  
OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN. LA PROBLEMÁTICA DE LA  
RESPONSABILIDAD PENAL POR CONDUCTAS COTIDIANAS”, DE LUÍS  
GRECO**

Catalina PASTORIZA\*

---

Fecha de recepción: 18 de abril de 2018  
Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2018

**GRECO, Luis**, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación. La problemática de la responsabilidad penal por conductas cotidianas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, 211 pp.

### **I. Presentación de la obra**

GRECO escribió el libro en el año 2003 como fruto de las clases de un curso que impartió en la Universidad Federal de Río de Janeiro. Si bien la obra tiene como principal receptor al público brasileiro, es interesante y útil para cualquier académico, abogado u operador jurídico del derecho penal.

El objetivo de este trabajo de GRECO es proponer una teoría que brinde un criterio sobre la punibilidad de las contribuciones realizadas a través de las llamadas conductas neutrales o cotidianas que se prestan a terceros determinados a cometer un ilícito. La idea defendida por GRECO es que la respuesta a este interrogante debe analizarse en la tipicidad de la conducta, puntualmente en la pregunta acerca de si el riesgo creado por el agente que colabora con el hecho principal es un riesgo desaprobado o no. El problema específico es el de construir el concepto de

---

\* Abogada (UTDT). Docente de Derecho Penal (UTDT).

riesgo permitido para el tipo objetivo de la complicidad. La propuesta de GRECO es que si la prohibición de la conducta cotidiana que colabora con el ilícito —por ejemplo, la de un comerciante que vende un hacha a quien va a cometer un homicidio— no trae aparejada una mejora relevante para el bien jurídico en concreto —la vida de la víctima— no hay razón para punir el auxilio prestado. GRECO sostiene que lo que fundamenta la no punición en estos casos es la inidoneidad de la prohibición para proteger el bien jurídico en concreto y señala que si su trabajo ha de representar una contribución al debate, tal contribución no vendrá de la mano de una respuesta concreta, sino de consideraciones respecto de la pregunta misma.<sup>1</sup> Lo que tenemos que ver, explica el autor, es qué está detrás de la propuesta de eximir de pena ciertas conductas neutrales. Veamos entonces cuál es el camino que recorre GRECO para llegar a esa conclusión.

## II. El camino argumental recorrido por GRECO

GRECO comienza su obra con la exposición de nueve casos en los que hay un autor de un ilícito y un individuo que le brinda algún tipo de contribución y plantea la pregunta sobre la punibilidad de la conducta del individuo que contribuye. Entiendo que, a los efectos de esta reseña, resulta importante transcribir el caso uno y el caso dos (sin variante) ya que la preocupación central de esta obra de GRECO parecería ser la de encontrar una justificación para un tratamiento diferenciado entre estos dos casos.

Caso 1. A quiere matar a su esposa. Este va a la casa de su amigo B, le cuenta acerca de sus planes y le pide que le preste un hacha. El amigo accede. Esa misma noche A parte el cráneo de su esposa de un hachazo.

Caso 2. Y quiere matar a su esposa. Él va a la ferretería de Z, le cuenta sus planes y compra un hacha. Esa misma noche Y parte el cráneo de su esposa de un hachazo.<sup>2</sup>

Luego de presentar los casos de complicidad problemáticos que inspiran su trabajo, GRECO realiza algunas aclaraciones terminológicas preliminares e indica que, frente a las distintas posturas existentes respecto de las diversas formas de participación y la distinción tripartita del Código Penal brasileño, a los fines de su obra, solo hará referencia a dos formas de participación: la

---

<sup>1</sup> GRECO, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*; Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 131.

<sup>2</sup> *Supra* nota 1, p. 21.

instigación y la complicidad y, en particular, se concentrará en los supuestos de complicidad. El autor no niega la posibilidad de que una acción cotidiana genere en alguien la decisión de cometer un delito, lo que podría dar lugar a un supuesto de instigación. Sin embargo, GRECO aclara que no será ese el tema de su trabajo simplemente porque no ocupa un lugar central en la discusión respecto de la punibilidad de las acciones cotidianas.<sup>3</sup> GRECO también deja sentado que parte de la base de que la participación es accesoria y que adopta una teoría de la accesoriedad limitada.

A lo largo de su obra, GRECO explica que él asume que todo concepto de la teoría del delito debe cumplir una determinada función político-criminal y deber ser construido de la forma que mejor atienda esa función.<sup>4</sup> En ese sentido, GRECO sostiene que hay una necesidad política criminal de restringir la punibilidad en ciertos casos de acciones neutrales<sup>5</sup> y la empresa de su obra parece ser encontrar el mejor fundamento y un criterio dogmático para lograr esa restricción deseada.

Antes de brindar su punto de vista sobre cómo abordar la cuestión, GRECO le presenta al lector los diversos modelos existentes en la materia y explica por qué, a su entender, ninguno resulta adecuado para resolver la problemática de la punibilidad de la complicidad a través de las conductas cotidianas. El autor divide las teorías existentes en dos categorías: clásicas y modernas.

Las teorías clásicas que analiza GRECO son la de la adecuación social, la prohibición de regreso, el principio de confianza y de insignificancia. A la teoría de la adecuación social la descarta como un instrumento apto para resolver la cuestión por su excesiva imprecisión y la falta de claridad respecto de si debe ser entendida como una teoría descriptiva o prescriptiva. A los postulados de las otras tres teorías los descarta como adecuados porque son modelos que fueron

---

<sup>3</sup> *Supra* nota 1, pp. 27 ss.

<sup>4</sup> El autor remite a otra de sus obras para justificar por qué la dogmática debe atender a las necesidades de la política criminal (p. 111).

<sup>5</sup> Más adelante en su obra, GRECO aclara que si bien la mayoría de los autores que estudiaron el tema de la punibilidad de las conductas neutrales están de acuerdo en que hay ciertas contribuciones causantes de resultado que no deben ser punibles, hay otras voces que no creen que deba haber un trato jurídico diferenciado entre el amigo que presta el hacha y el comerciante que vende el hacha. GRECO afirma que estos autores justamente tocaron el punto neurálgico del problema: la necesidad de saber por qué excluir la punición de ciertas acciones que contribuyen al resultado (pp 151-153). Este punto será explicado más adelante en la presente reseña.

pensados para resolver otro tipo de escenarios y no resultan aplicables a los casos que tiene en mente.

Por otro lado, dentro de las teorías modernas, realiza una subdivisión en tres grupos: teorías objetivas que abordan el problema sobre la base de criterios exclusivamente objetivos, teorías subjetivas y teorías mixtas que trabajan con ambas clases de criterios. GRECO también brinda ejemplos de autores que sugirieron soluciones casuísticas a la problemática. En todos los casos, GRECO llega a la conclusión de que no podemos esperar respuestas a la pregunta sobre la punibilidad de las acciones neutrales por parte de las distintas teorías existentes porque padecen de defectos que las tornan no viables. Las critica porque no atienden ciertas exigencias generales y necesarias para la construcción de una teoría plausible.

Las teorías que GRECO incluyó dentro de la categoría de objetivas son: la teoría de los roles de JAKOBS, de la participación como solidaridad con el ilícito ajeno de SCHUMANN, de la adecuación profesional de HASSEMER, de criterios cuantitativos de WEIGEND, de la ponderación objetiva de intereses de LÜDERSSEN y de la consideración de cursos causales hipotéticos de LÖWE-KRAHL. GRECO las critica porque, a su entender, no atienden ciertas exigencias generales y necesarias para la construcción de una teoría jurídica plausible, como claridad, precisión, consistencia interna o armonización con otras teorías conocidas.

A continuación, el autor analiza dos teorías subjetivas, la de la no punibilidad del dolo eventual postulada por OTTO y la de la necesidad de solidarizarían reconocida por el autor principal, de SCHILD y TAPPE. Según estas teorías no es posible no concluir que el tipo objetivo de la complicidad está completo en los casos que GRECO tiene en mente y proponen, entonces, resolver el problema reduciendo el alcance del tipo subjetivo de la complicidad. Tal como ya se señaló, GRECO no está de acuerdo con el punto de partida subjetivo, pero al analizar estas teorías no tiene en cuenta esto, sino que las critica de forma genérica también.

GRECO se concentra luego en las teorías mixtas de FRISCH, ROXIN y WOHLLEBEN y también las descarta.

Por último, atiende a las soluciones casuísticas que no formulan una teoría, sino que describen casos en los que la ayuda a través de una acción neutral debe permanecer impune. Este es el caso de AMELUNG, WHOLERS y PUPPE. GRECO realiza, en primer lugar, una crítica genérica al método casuístico de abordaje porque se pierden las ventajas que proporciona una teoría general, como,

por ejemplo, la simplificación y la uniformidad de soluciones, entre otras. A su vez, analiza los postulados de cada jurista y los critica en particular.

Luego de ese recorrido por las teorías y modelos existentes para abordar el problema, GRECO llega a una *conclusión intermedia*: el gran conflicto detrás de toda la discusión sobre la posibilidad de dejar de punir acciones neutrales consiste en que cada autor comienza anticipando las respuestas cuando lo que resulta poco claro es la pregunta. Los interrogantes que plantea GRECO, entonces, son: ¿Qué son las acciones neutrales? ¿Por qué se debe eximir de pena (ciertas) acciones neutrales? ¿Cuál es la relación entre el fundamento de punibilidad de las acciones neutrales y los diversos criterios propuestos para ese fin? GRECO sugiere que la falta de claridad sobre estas cuestiones es lo que inviabiliza todas las tentativas de resolverlas hasta ahora propuestas.<sup>6</sup>

Tal como se adelantó, GRECO brinda el criterio de la mejora relevante para abordar la punibilidad o no de las acciones neutrales. El camino que emprende para llegar a ese criterio es el siguiente: primero define qué se debe entender por acción neutral; luego, determina en qué estrato de la teoría del delito debe resolverse la cuestión sobre su punibilidad; a continuación, se pregunta por el fundamento para restringir la punibilidad en casos de acciones neutrales; y, finalmente, a partir del fundamento, elabora el criterio de la mejora relevante.

GRECO propone una definición meramente descriptiva de acción neutral. Son acciones neutrales *todas las contribuciones al hecho ilícito ajeno no manifestamente punibles*.<sup>7</sup> El autor aclara que los casos dudosos también deben ser tenidos como casos de acciones neutrales. La principal ventaja de esta descripción, según GRECO, es que por su carácter impreciso la solución defendida valdrá para toda la dogmática de la participación y no solo para los casos-límite. El carácter impreciso, explica GRECO, prácticamente nos fuerza a buscar una solución que se encuadra en la sistemática de una teoría general y así no se corre el riesgo de formular una teoría *ad hoc*.

El autor explica que el problema, a su entender, debe resolverse en el tipo objetivo de la complicidad, porque es función del tipo objetivo fijar los límites externos de lo prohibido y lo permitido.<sup>8</sup> El problema que tenemos delante de nosotros es justamente saber si al vendedor de herramientas le es permitido o prohibido vender el hacha a alguien que le confiese que quiere

---

<sup>6</sup> *Supra* nota 1, p. 130.

<sup>7</sup> *Supra* nota 1, p. 138.

<sup>8</sup> *Supra* nota 1, p. 142.

matar a su esposa. GRECO explica que el lugar sistemático adecuado para enfrentar el problema es la imputación objetiva y, puntualmente, la pregunta acerca de si el riesgo creado se encuentra permitido, o no.<sup>9</sup> GRECO explica que en los casos que tiene en mente, siempre hay una contribución —una acción—, un resultado —la comisión del hecho principal— y un nexo causal entre los dos. En estos casos también siempre hay creación de riesgo y un hombre prudente, dotado de los conocimientos especiales<sup>10</sup> del autor, hablaría de una posibilidad de daño. Entonces, el problema es si ese riesgo es considerado permitido o no. Ese es el componente del tipo objetivo competente para resolver el problema de si la creación de riesgo a través de la contribución no manifiestamente punible se encuentra permitida, o no.

Ahora bien, la valoración respecto de si el riesgo creado es o no jurídicamente desaprobado presupone una ponderación entre el interés general de libertad —de permitir la práctica de determinada clase de acciones peligrosas— y el interés de protección de bienes jurídicos —que sean prohibidas las acciones peligrosas—. Esta ponderación se realiza a través de criterios tales como la violación de la norma técnica, el principio de confianza, etc. De esta forma, GRECO precisa aun más la pregunta que busca responder: *¿Sobre qué presupuestos se puede declarar permitido el riesgo creado por la acción no manifiestamente ilícita que contribuyó al hecho injusto ajeno?*<sup>11</sup>

GRECO, de todos modos, afirma que detenernos en la pregunta sobre los presupuestos del riesgo permitido no es suficiente y propone ir más allá y explorar cuál es el fundamento del riesgo permitido en acciones neutrales. El autor explica que los presupuestos serán al final un reflejo del fundamento. Una vez respondida la pregunta del porqué —fundamento—, la pregunta sobre los presupuestos —criterio— estará automáticamente resuelta.

GRECO sostiene entonces que la pregunta fundamental que debemos responder (y que no respondieron los autores cuyas teorías revisó, lo que explicaría la confusión imperante en la doctrina en general) es la de por qué eximir de pena, afirmado un riesgo permitido, en el caso de ciertas acciones neutrales. En otras palabras, GRECO se pregunta por el fundamento político-

---

<sup>9</sup> *Supra* nota 1, p. 147.

<sup>10</sup> GRECO refiere que en otro trabajo (“Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens”, *ZStW*, t. 117 (2005), pp. 519 ss.) examinó y criticó exhaustivamente la postura sostenida por JAKOBS y su escuela respecto de la irrelevancia de los conocimientos especiales en el momento de formular el juicio sobre la creación de riesgo (p. 146).

<sup>11</sup> *Supra* nota 1, p. 149.

criminal de esta no prohibición de contribuciones riesgosas causantes del resultado ilícito: por qué no prohibir ciertas acciones servirá de directriz político-criminal para interpretar restrictivamente el tipo objetivo de la complicidad y excluir la prohibición de ciertas acciones.<sup>12</sup> Es este el camino que propone GRECO para arribar a una teoría consistente y bien fundada de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado en la participación.<sup>13</sup>

El fundamento de la no punibilidad de ciertas contribuciones neutrales es, según GRECO, la inidoneidad de la prohibición de esas conductas. Esto es lo que desemboca en el criterio para determinar cuándo el riesgo creado por estas conductas no manifiestamente ilegales es o no permitido: la mejora relevante de la situación de bien jurídico concreto.

Veamos, primero, cuál es la explicación que brinda GRECO acerca del fundamento de la no punibilidad para luego ver en detalle el criterio propuesto.

GRECO explica que FRISCH estaba en el camino cierto cuando señalaba que la prohibición de una acción no dotada de sentido delictivo sería una medida inidónea para proteger bienes jurídicos,<sup>14</sup> porque quien quiera valerse de ella podría recurrir a cualquier otra persona no dotada de conocimiento a través de la cual podría conseguir idéntica contribución y propone proseguir en esa línea, a través del principio de idoneidad de la prohibición. Para ello, GRECO recurre al principio de proporcionalidad constitucionalidad, que justamente establece criterios de idoneidad. Este último señalaría que solo es legítimo restringir la libertad de los ciudadanos en caso en que estas medidas limitadoras satisfagan tres requisitos: que sean idóneas para alcanzar un fin anhelado, que sean necesarias en el sentido de que no haya una medida menos gravosa que pueda alcanzar el mismo fin y que sean proporcionales en sentido estricto, en el sentido de que en una ponderación de intereses no se esté limitando la libertad de forma excesiva. Este principio debería ser, según GRECO, la directriz de interpretación para restringir el alcance del tipo objetivo de la complicidad.

---

<sup>12</sup> *Supra* nota 1, p. 150.

<sup>13</sup> Antes de dar su punto de vista propio sobre cuál es el fundamento de la exclusión de la tipicidad, el autor repasa la posición de autores que se han ocupado de pensar en los fundamentos y también los descarta. Estos son los casos de AMBOS y JAKOBS (pp. 153-163).

<sup>14</sup> *Supra* nota 1, p. 162.

GRECO entonces aplica el principio de proporcionalidad al problema de las contribuciones no manifiestamente punibles y declara que solo pueden ser punibles si la prohibición (de realizar esas contribuciones) se mostrara idónea para proteger el bien jurídico en concreto. Una prohibición, esto es, la orden para que no se practique determinada acción, se podrá considerar idónea si la no realización de la acción prohibida sirve de medio para alcanzar un fin. Ese fin, según GRECO, es la protección del bien jurídico en concreto. La prohibición (la orden para que no se realice la contribución) será idónea si la no realización de la contribución mejora de alguna manera la situación del bien jurídico en concreto. Mejorar, en el sentido del criterio propuesto por GRECO, presupone una mejora relevante, menor que salvar, pero mayor que modificar.<sup>15</sup> En la generalidad de los casos de participación, la prohibición es idónea, pero esa idoneidad no está presente en todos los casos. Las contribuciones neutrales, justamente por no ser manifiestamente ilegales, suelen poder ser obtenidas en varios lugares y sin mayor dificultad, lo que puede tornar inútil la prohibición de que se preste esta contribución.

Por ejemplo, en el caso 2 citado, dado que hay ferreterías en todos lados, GRECO se pregunta para qué serviría prohibir a nuestro vendedor vender el hacha al futuro homicida, si este podría adquirirla en la próxima esquina con un vendedor menos informado. Limitar la libertad del comerciante no tiene la menor idoneidad para proteger la vida de la víctima, toda vez que el autor ya decidido a cometer el hecho puede caminar cien metros e ir a otro comercio. Las contribuciones que pueden ser obtenidas en cualquier otro lugar, de cualquier otra persona que actúa lícitamente, sin cualquier ulterior dificultad para el autor principal, no pueden considerarse prohibidas porque tal prohibición sería inidónea para proteger el bien jurídico concreto. La falta de idoneidad de la prohibición para proteger el bien jurídico en concreto se revela como un punto de vista del cual se puede esperar alguna contribución para solucionar nuestros problemas.<sup>16</sup>

Ahora bien, este fundamento, la inidoneidad, desemboca en el criterio de la mejora relevante de la situación del bien jurídico concreto.<sup>17</sup> La propuesta de GRECO es que si la no realización de la contribución no mejora en un sentido relevante la situación del bien jurídico concreto no hay riesgo jurídicamente desaprobado. Solo habrá riesgo no permitido cuando la no realización de la contribución mejore de modo relevante la situación del bien jurídico concreto. Si la prohibición

---

<sup>15</sup> *Supra* nota 1, p. 167.

<sup>16</sup> *Supra* nota 1, p. 165.

<sup>17</sup> *Supra* nota 1, p. 169.

mejorara de modo relevante la situación del bien jurídico, y dificultara de alguna forma su lesión, ya sería legítima y el riesgo creado sería jurídicamente desaprobado.

GRECO defiende que el criterio propuesto no es un criterio *ad hoc* destinado a resolver únicamente los casos de complicidad a través de acciones neutrales sin el menor sustento en el sistema, sino que, por el contrario, el criterio propuesto puede ser universalizado y es aplicable a otros casos similares. De hecho, sostiene que el principio de la idoneidad atraviesa todo el sistema de la teoría del injusto y filtra aquellos casos cuya prohibición no se muestra como un medio eficaz de protección del bien jurídico. GRECO defiende tal afirmación con los casos de no punición en los supuestos de autoría e instigación. Por ejemplo, explica que, a su entender, los casos de no punición de tentativas inidóneas y de los supuestos de comportamientos alternativos conforme a derecho que ni siquiera disminuirían el riesgo de producción del resultado tornan particularmente visible la incidencia del principio de idoneidad.

Finalmente, GRECO dedica un capítulo a la resolución de los casos expuestos en el primer capítulo con el criterio desarrollado en su obra.

### **III. El fundamento como punto de partida para la elaboración de un criterio en la obra de GRECO. ¿Fundamento de la punibilidad de la participación? ¿Qué es lo que torna ilícita una contribución en un ilícito ajeno?**

Antes de adentrarme en lo que creo que es una de las mayores virtudes de esta obra de GRECO, quiero destacar que el libro devela un estudio detallado del tema y una generosidad intelectual por parte del autor, quien se esforzó en presentar las distintas posturas existentes de forma tal que estén al alcance de quien quiera estudiar la cuestión. Y el autor no se detuvo en la exposición de las distintas posturas, sino que brindó una crítica de cada una que obliga al lector a continuar el riguroso ejercicio intelectual emprendido. Además, la obra de GRECO tiene un claro sentido práctico a partir de un entendimiento teórico profundo y es, sin dudas, un punto de partida más que interesante para quien quiera especializarse con mayor profundidad en el estudio de la responsabilidad penal por conductas neutrales.

Más allá del tema puntual de la obra y de su contenido, creo que lo que más vale la pena resaltar es el ejercicio intelectual que realiza y propone GRECO para arribar a su conclusión y a la tesis que formula. GRECO afirma, correctamente, que elaborar un criterio o tomar una decisión sobre la aplicación o no de un instituto jurídico es apelar al fundamento del instituto que estamos

evaluando. En el caso puntual, la duda pasa por la permisión o no de determinada conducta. La propuesta es que ante la incertidumbre sobre la aplicación o no de un instituto jurídico, veamos cuál es su fundamento. A través del estudio de este último y su aplicación en el caso concreto vamos a elaborar criterios adecuados de dogmática penal.

Esta forma de entender y aplicar el derecho puede parecer obvia cuando es expuesta de esa manera pero, sin embargo, en más de una ocasión, las decisiones judiciales se desentienden de los fundamentos de los principios e institutos jurídicos que aplican, lo que puede, en algunas ocasiones, llevar a conclusiones o decisiones que consideramos, por alguna razón, injustas.

Sin embargo, son tres los interrogantes que pretendo abrir luego de la lectura de la argumentación de GRECO.

El primer interrogante tiene que ver con la virtud ya señalada. GRECO explica que su criterio es un reflejo del fundamento de la no punición de ciertas conductas neutrales y sus esfuerzos se concentran en la búsqueda de tal fundamento. Ahora bien, lo que resulta un tanto desconcertante es por qué GRECO indaga sobre cuál es el fundamento de la no punibilidad sin antes dejar en claro (al menos de forma explícita) cuál es, a su entender, el fundamento de la punibilidad por participación. Es una pregunta que GRECO menciona pero no desarrolla en profundidad y sobre la cual no expone su postura (al menos no de una forma explícita) al lector.

Al desarrollar la teoría de SCHUMANN sobre la punibilidad de las conductas neutrales, GRECO realiza un pequeño excurso dedicado la pregunta sobre el fundamento de la responsabilidad penal por participación.<sup>18</sup> El propósito de este excurso es poner en contexto al lector que desconozca la discusión para que entienda mejor la postura de SCHUMANN, quien propone una teoría sobre el fundamento de la punibilidad del partícipe basada en que la participación representa una solidaridad con el hecho principal. GRECO advierte: “*si el lector ya estuviese familiarizado con la discusión, simplemente ignore este excurso*”. Así, el autor brinda un breve resumen de las teorías existentes en la materia, sin adoptar una postura determinada. Luego, al criticar la teoría de SCHUMANN, GRECO descarta el fundamento de la solidaridad sobre la base de problemas de fundamentación, pero, de nuevo, no deja entrever cuál es su postura al respecto. Otro momento

---

<sup>18</sup> *Supra* nota 1, pp. 67-69.

de la obra en que GRECO hace mención al fundamento de la participación es cuando desarrolla la teoría de SCHILD y TAPPE y realiza las mismas consideraciones.<sup>19</sup>

Desde ya que hay una lectura posible del asunto: dado que la idoneidad de la prohibición es lo que fundamenta la no criminalización, debemos entender que la idoneidad de la prohibición para proteger el bien jurídico en concreto es lo que justifica la criminalización. En otras palabras, el fundamento de la responsabilidad penal por participación sería que la existencia de una norma que criminaliza el contribuir en el ilícito ajeno resulta idónea para la protección de bienes jurídicos. Recordemos a esta altura que el criterio propuesto por el autor está destinado a servir no solo a los casos-límite de la dogmática de contribuciones a través de acciones cotidianas (el panadero que vende el pan utilizado para envenenar a la víctima, el funcionario bancario que realiza la transferencia que lleva a la evasión tributaria, etc.), sino a toda forma de participación. Por consiguiente, considero que, a diferencia de lo manifestado por GRECO en su excurso, la discusión sobre el fundamento del castigo en la participación es una discusión que no debía ser evitada.

El segundo interrogante se presenta si se asume que el fundamento de la punibilidad de estos casos es la idoneidad de la prohibición. En otras palabras, si el hecho de que una prohibición penal sirva para un determinado fin justifica la asignación de responsabilidad, sin ninguna aclaración ulterior (de nuevo, al menos no de manera explícita). Y es que el umbral de permisión de libertad parece tener que ver meramente con las consecuencias de la conducta o con cuestiones que nada tienen que ver con la corrección o incorrección de la conducta en sí. Desde ya que con esto no quiero implicar que las consecuencias no importan: de hecho, es un principio rector de todo derecho penal liberal que una conducta que no acarrea daño (en algún sentido relevante) no puede ser legítimamente criminalizada. El problema, creo, aparece cuando nos concentramos nada más en las consecuencias sin tener en cuenta ningún tipo de consideración sobre cuál es el desvalor (o valor) o la incorrección (o corrección) de la conducta.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> *Supra* nota 1, pp. 93-98.

<sup>20</sup> Sobre la relación entre derecho penal y moral, véase FERRANTE, "Filosofía del Derecho Penal", en FABRA/SPECTOR (eds.), *Manual de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. III, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México; PÉREZ BARBERÁ, "El ilícito material del delito tributario. En torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales", en ROBLIGLIO (dir.), *Institutos del Derecho*

El problema puntual que quisiera señalar es que, según el criterio postulado por GRECO, si castigar es útil para el fin propuesto, consideramos que la conducta superó el umbral del riesgo permitido y castigamos. Ahora, si castigar no sirve, no castigamos. La conducta de un comerciante que vende un hacha en una ciudad poblada de ferreterías no constituiría un supuesto de complicidad de homicidio típica. Empero, la conducta de un comerciante que vende un hacha en un pueblo alejado donde no hay otros comercios similares cerca sí sería típica. La única diferencia en estos casos es la cantidad de comercios disponibles para al autor del plan homicida, pero la conducta de los comerciantes *es la misma*. Esa diferencia justificaría un tratamiento jurídico diferenciado, ya que en un caso el castigo, al incidir en la motivación del comerciante, dificulta los planes del autor y, por ende, mejora la situación de la víctima del homicidio. En el otro, aun cuando la norma tenga este efecto disuasorio, los planes homicidas no se verían seriamente entorpecidos, por lo que la vida de la víctima no estaría en una mejor situación. Sin embargo, repito, en ambos casos los dos comerciantes llevaron a cabo la misma conducta y sobre esto parecería sensato señalar que si queremos fundar un tratamiento jurídico diferenciado deberíamos exigir más que solamente consideraciones sobre las consecuencias (contingentes) de la no realización de la conducta, que nada tienen que ver con la acción del supuesto cómplice. Esto da lugar a que con el fundamento y criterio propuesto por GRECO no nos quede claro todavía qué es lo que consideramos especialmente reprochable de la conducta del comerciante del pueblo alejado y por qué no podemos hacerle ese reproche al comerciante de la ciudad que llevó a cabo exactamente la misma conducta. Estos interrogantes no implican negar que tenga que haber un tratamiento diferenciado, sino simplemente que la diferencia de castigo o no castigo tiene que tener que ver con un reproche a la conducta en sí y no meramente con las consecuencias del castigo. Creo que ese enfoque de la pregunta está ausente en la argumentación de GRECO. Y la solución a este inconveniente se vincula nuevamente con el primer interrogante: ¿cuál es el fundamento de la punibilidad de la responsabilidad por participación que acompaña (o, mejor dicho, inspira) el criterio propuesto en la obra de GRECO?

Sería valioso que en la construcción sobre una teoría sobre la responsabilidad por la participación a través de conductas cotidianas se tuvieran en cuenta consideraciones sobre qué es lo intrínsecamente disvalioso o incorrecto de la conducta del que contribuye con el ilícito ajeno a través de una conducta cotidiana. La argumentación de GRECO atiende a las consecuencias de la

---

*Penal Tributario*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2017; GREEN, *Mentir, hacer trampa y apropiarse de lo ajeno*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.

criminalización, pero no queda claro, al menos de forma explícita, qué es lo disvalioso o incorrecto de la participación.

Hay un tercer interrogante que se desprende de la lectura de la obra. Creo que no termina de quedar del todo claro cuál es la relación que presupone el autor entre la existencia de la prohibición penal y la no realización de la conducta. Parecería que es la siguiente: dado que la prohibición existe, el comerciante que sabe que el comprador va a utilizar el hacha para cometer un homicidio se motivaría en esa prohibición que amenaza con pena la venta del hacha con conocimiento de su posterior uso y se abstendría de venderla. Las siguientes partes del libro me llevaron a pensar en esto: 1) Cuando GRECO explica por qué su teoría no es *ad hoc* y resulta aplicable también en el campo de la autoría refiere que: "*como el agente domina el hecho, está en sus manos decidir si el bien jurídico es o no lesionado, de modo que una prohibición que quiera ser eficaz, debe, justamente, prohibir la práctica de la acción peligrosa*".<sup>21</sup> 2) Más adelante, indica que "*La prohibición dirigida a todos es, por regla, un medio idóneo para proteger un bien jurídico concreto. Si un policía tortura a un preso, sabiendo que, frente a su omisión, un colega lo haría, la norma penal puede actuar en la motivación tanto del primer agente, cuanto en la del agente sustituto. De ahí por qué la prohibición es idónea: si los agentes se comportasen como la norma ordena, el bien jurídico sería beneficiado*".<sup>22</sup>

Parece que lo central es, entonces, el efecto disuasorio de la pena. El criterio propuesto por GRECO entonces parece adoptar una mirada al futuro y no al pasado. En esa mirada al futuro se esconde alguna justificación de tinte consecuencialista. Esto, sumado, a la ausencia sobre consideraciones de otra clase, puede hacer que la argumentación se gane un problema, porque parecería que tendría que hacerse cargo de las clásicas objeciones a las teorías consecuencialistas sobre justificación del castigo. Habría que ver si en la actualidad GRECO está dispuesto a sostener esta mirada, dado que justamente su tesis doctoral es conocida por ofrecer una justificación del castigo dualista, en tanto las consideraciones (meramente) consecuencialistas se encuentran limitadas por ciertas restricciones laterales de carácter deontológico.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> *Supra* nota 1, p. 170.

<sup>22</sup> *Supra* nota 1, p. 173.

<sup>23</sup> Para una revisión de la tesis doctoral de GRECO, véase, en esta revista, DIAS, "Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal" de Luis Greco, en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 1, 2015, pp. 207-212.

En síntesis, son tres las cuestiones que me generaron interrogantes en la lectura de la obra de GRECO. Por un lado, la elección por centrar la argumentación en el fundamento de la no punibilidad de las contribuciones a través de conductas cotidianas, en lugar del fundamento de la responsabilidad por complicidad. En segundo lugar, el hecho de que GRECO recurre a un fundamento y un criterio que se concentra en las consecuencias de la prohibición de la conducta para decidir o no por su punibilidad sin que haya un desarrollo sobre qué es lo fundamentalmente incorrecto o reprochable de este tipo de contribuciones a través de conductas cotidianas. En tercer lugar, hay una lectura posible de la argumentación según la cual esconde razones de índole exclusivamente consecuencialistas.

Más allá de estos interrogantes, se trata de una obra intelectualmente interesante y desafiante para el lector, que, a su vez, brinda un panorama claro sobre las teorías existentes para estudiar la responsabilidad por conductas neutrales.