

LOS PROCESOS EN ITALIA Y ARGENTINA CONTRA EL “PLAN CÓNDOR”. UNA REFLEXIÓN SOBRE MODELOS DE IMPUTACIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES*

Emanuela Fronza / Pablo Eiroa

Profesora de Derecho Penal / Profesor Adjunto Interino de Derecho Penal y
Procesal Penal

Universidad de Bologna / Universidad de Buenos Aires

Title: *The processes in Italy and Argentina against the “Condor Plan”. A reflection
on the Modes of Liability for International Crimes*

Resumen: Los autores analizan los procesos en Italia y Argentina contra el “Plan Cóndor”, en particular, de qué manera se han imputado crímenes cometidos como fragmentos de un macrosistema criminal, que es el fenómeno en relación con el cual se ha desarrollado el derecho penal internacional, mediante las herramientas del derecho penal italiano, que adopta un modelo unitario, y del argentino, que adopta un modelo diferenciador. Con base en ese análisis, reflexionan acerca de la idoneidad de tales modelos normativos para reflejar las particularidades de aquellos hechos, no solo con el fin de satisfacer la pretensión de reconstruirlos históricamente, sino también con el de garantizar la sanción de todos los concurrentes de acuerdo con la medida de sus responsabilidades individuales, sin afectar el principio de taxatividad penal.

Palabras claves: Plan Cóndor; Crímenes internacionales; Modelos unitario y diferenciador; Responsabilidad penal individual; Principio de taxatividad.

* El texto que se presenta es el producto de una reflexión en común de los autores. En particular, Emanuela Fronza redactó los puntos 1, 3, 4, 6 y 7, mientras que Pablo Eiroa, los puntos 2, 5, 8, 9 y 10.

Abstract: *The authors analyze the proceedings in Italy and Argentina against the “Plan Condor”. In particular, they analyze which modes of liability have been applied for crimes committed as fragments of a criminal macro-system, which is the phenomenon in relation to which international criminal law has been developed, using the tools of Italian criminal law, which adopts a unitary model, and Argentine criminal law, which adopts a differentiating model. On the basis of this analysis, they reflect on the suitability of such normative models to reflect the particularities of those events, not only in order to satisfy the claim to reconstruct them historically, but also in order to guarantee that all participants are punished in accordance with the extent of their individual responsibilities, without affecting the principle of taxativity.*

Key words: *Plan Condor; International crimes; Unitary and differentiating models; Individual criminal responsibility; Principle of taxativity.*

Sumario: 1. Introducción. – 2. El Plan Cóndor: rasgos distintivos. – 3. El rol de los “cuadros intermedios”: la absolución en la sentencia italiana de primera instancia. – 4. La sentencia italiana de segunda instancia: la equiparación del aporte facilitador proveniente del ámbito político y militar de las dictaduras, y el reconocimiento de la responsabilidad penal de los “cuadros intermedios”. – 5. Las sentencias de primera y segunda instancia en Argentina. El Plan Cóndor como asociación ilícita y el concepto de autoría mediata como criterio para imputar los delitos cometidos por esa asociación. – 6. La aplicabilidad de la normativa italiana y argentina sobre intervención delictiva al caso del Plan Cóndor: ¿un *test* superado? – 7. La exclusión de la imputación por asociación ilícita en el proceso italiano. - 7.1. El mandato en blanco. – 8. La imputación del delito de asociación ilícita en el proceso argentino. – 9. Modelo unitario y modelo diferenciador en la persecución penal de crímenes internacionales. El caso de la Corte Penal Internacional. – 10. Conclusión.

1. Introducción

El 8 de julio de 2019 la Corte de *Assise* de Apelaciones de Roma condenó a prisión perpetua a veinticuatro acusados por delitos cometidos en el marco del “Plan Cóndor”¹. Esa decisión fue confirmada recientemente

¹ Cfr. Corte de *Assise* de Apelaciones de Roma, sentencia del 8 de julio de 2019 (publicada el 27 de diciembre de 2019), reg. 32: http://www.24marzo.it/index.php?module=pagemaster&PAGE_user_op=view_page&PAGE_id=578&MMN_position=200:200. La sentencia de primera instancia (Corte de *Assise* de Roma, del 17 de enero de 2017 [publicada el 10 de abril de 2017], reg. 310799, está disponible en: http://www.24marzo.it/index.php?module=pagemaster&PAGE_user_op=view_page&PAGE_id=573&MMN_position=196:196 (consultados el 12/5/21). La jurisdicción llamada de *Assise* tiene competencia penal para juzgar los delitos de mayor gravedad (cf. art. 5 del código procesal penal italiano), y está compuesta por órganos colegiados de integración mixta, en particular, dos jueces profesionales (uno que se desempeña como presidente y otro *a latere*) y seis jueces populares (cf. ley n° 287 del 5 de abril de 1951).

por la Corte de Casación italiana². Aparte de tal proceso, solo en Argentina se juzgó a acusados de cometer crímenes en ese mismo contexto, los que fueron condenados a penas de prisión de entre ocho a veinticinco años, confirmadas por la Cámara Federal de Casación Penal el 4 de mayo de 2018³.

En esos pronunciamientos se determinan responsabilidades penales individuales por crímenes internacionales con base en el derecho italiano y argentino, por lo que parece interesante analizarlos con el objetivo de precisar de qué manera los jueces de ambos países han abordado el tratamiento de una forma específica de criminalidad sistémica. En efecto, el Plan Cóndor consistió en la articulación de los aparatos de inteligencia y represión de la mayoría de los Estados del continente suramericano para detener ilegalmente, torturar y matar coordinadamente, en sus respectivos territorios, a quienes eran considerados opositores políticos a los regímenes que detentaban el poder público en la década del setenta del siglo pasado.

El caso merece atención porque se refiere a la imputación, mediante las herramientas del derecho penal italiano y argentino, de crímenes ejecutados como fragmentos de un macrosistema criminal que es, en rigor, el fenómeno en relación con el cual se ha desarrollado el derecho penal internacional. Nos referimos, en concreto, a la noción de criminalidad colectiva, realizada mediante aparatos de poder arraigados en el Estado o con capacidad para desafiar su poder territorial, integrados por una cantidad extraordinaria de agentes y estructurados en varios niveles jerárquicos y funcionales, lo que dificulta la demarcación de las responsabilidades individuales. Los crímenes internacionales resultarían, generalmente, injustos de sistema, en cuanto cometidos por aparatos organizados de poder con las características mencionadas, que se encuencan, en consecuencia, en el centro de la imputación penal y colectivizan la perspectiva clásica individual del derecho penal⁴.

² Sección I Penal, audiencias del 8 y 9 de julio de 2021. Para un comentario en la doctrina italiana: A. Gamberini, "Quando il male non è banale: l'Operazione Condor", en *Questione Giustizia*, 31/01/22 (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/quando-il-male-non-e-banale-l-operazione-condor>).

³ Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, CFP 13445/1999/TO1/CFC7, "Videla, Jorge Rafael y otros s/recursos de casación y de casación e inconstitucionalidad", reg. 449/18 (una copia simple de esa decisión está publicada en: <https://www.cij.gov.ar>).

⁴ Sobre la especificidad de los crímenes internacionales, cf. M. COSTI Y E. FRONZA, *Il diritto penale internazionale. Nascita ed evoluzione*, en E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Turín, 2020, pp. 1 y ss. Sobre el concepto de macrocriminalidad y los desafíos que le presenta al derecho penal, cf. A. APONTE CARDONA, *Agresiones sexuales en conflicto armado. Criterios de interpretación y fórmulas de imputación*, Grupo Editorial Ibáñez/Universidad de La Sabana, Bogotá, 2019, caps. I y II.

Nos interrogaremos, entonces, acerca de si los modelos normativos italiano y argentino sobre la intervención delictiva resultan apropiados para reflejar las particularidades de tales hechos, no solo con el fin de satisfacer la pretensión de reconstruirlos históricamente, sino también con el de garantizar una determinación del *quantum* de las penas que se adecue a la medida de las responsabilidades individuales.

Además, ese ejercicio de derecho comparado suscita interés porque el modelo normativo italiano es unitario, mientras que el ordenamiento penal argentino adopta el modelo diferenciador.

Como es notorio, un modelo unitario de intervención delictiva no distingue la contribución causal en el momento inicial de la imputación, sino que permite graduar la responsabilidad en el momento de la determinación de la sanción. Los partidarios de esta solución consideran que tal modelo tiene una mayor capacidad comunicativa en sentido simbólico-expresivo, en virtud de la elasticidad de los criterios a los que recurre⁵.

Por el contrario, el modelo diferenciador tipifica las conductas de los concurrentes de manera tal que se pueda distinguir varias formas de intervención, lo cual, por un lado, permitiría modificar continuamente la calificación de la conducta típica, con repercusiones sobre el derecho de defensa⁶, pero, por otro lado, resultaría más idóneo para “reflejar adecuadamente todas las formas particulares en las que un sujeto pue-

⁵ Cf., por todos, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padua, 2019, pp. 505-506.

⁶ Un ejemplo es el caso “Bemba”, en el que el imputado ante la Sala de Cuestiones Preliminares III de la Corte Penal Internacional (CPI) fue inicialmente acusado como coautor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 (3) (a) del Estatuto de la CPI (ECPI), pero luego, a requerimiento de la misma sala de cuestiones preliminares, el fiscal también lo acusó, alternativamente, como responsable por omisión en los términos del artículo 28 del mismo Estatuto. Finalmente, en la decisión de confirmación de cargos se optó por esta última calificación (cf. Sala de Cuestiones Preliminares II, caso ICC-01/05-01/08, “The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo” (situación de la República Central Africana), *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo* del 15/06/2009). Es importante señalar que aún no es claro si la forma de intervención punible prevista en el citado artículo 28 debe considerarse como autoría o participación. Cf., al respecto, P. EIROA, “La responsabilidad del superior por omisión en el artículo 28 del Estatuto de Roma”, en *Derecho Penal Internacional – II*, número extraordinario de la *Revista de Derecho Penal*, N. BARBERO (coord.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, pp. 63-100. Otro ejemplo de variación de la calificación del aporte del imputado, en el que resulta aún más evidente la afectación de la posibilidad de defensa eficiente, es el caso “Katanga”. En efecto, el imputado fue acusado como coautor mediato, de acuerdo con el artículo 25 (3) (a) del ECPI, pero, tras el comienzo del debate, la Sala de Juicio II modificó esa calificación y terminó condenando a Katanga como partícipe en la comisión de crímenes de competencia de la CPI por un grupo de personas con una finalidad común, según el artículo 25 (3) (d) del mismo Estatuto. Cf. Sala de Juicio II, caso ICC 1/04-01/07, “The Prosecutor vs. Germain Katanga” (situación de la República Democrática del Congo), *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, 7/3/2014, párrs. 1422-1691.

de contribuir a la comisión de un delito en el ámbito del derecho penal internacional”⁷.

Sin embargo, también se ha sostenido que el modelo diferenciador requeriría una búsqueda individualizada de la prueba, con el riesgo de provocar una fragmentación del proceso, y estimularía una expansión de las distintas categorías de intervención delictiva para satisfacer exigencias de narración simbólica e histórica⁸. En particular, se ha criticado la expansión de la categoría de autor en la jurisprudencia de la CPI, la que habría estado motivada, según se afirma, en el mensaje estigmatizador que buscaría transmitir ese tribunal, de acuerdo con la función simbólica y expresiva que se asigna a sus decisiones, sobre todo al tener en cuenta que la CPI, como en general se observa en la experiencia histórica de los tribunales penales internacionales, se limita a juzgar a quienes ostentaron las jerarquías altas o, a lo sumo, intermedias en las estructuras de poder mediante las cuales se cometieron los hechos, por lo que no se trata de los ejecutores⁹.

A esas cuestiones, entre otras, se refiere el vivaz y notorio debate entre Stewart¹⁰ y Jackson¹¹ sobre las opciones de técnica legislativa en relación con el concurso de personas. En síntesis, según Stewart, el modelo diferenciador debería ser reemplazado por el unitario, ya que el autor y el partícipe tienen la misma responsabilidad moral. Por el contrario, según Jackson, solo el modelo diferenciador permitiría atribuir de manera ecuánime la responsabilidad cuando hubiera distintos niveles de disvalor de acción¹². Stewart añade que la aplicación de un modelo

⁷ M. COSTI, “Autoria e forme di partecipazione criminosa”, en E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., p. 86.

⁸ M. COSTI, *ibidem*. Para una crítica acerca de lo que se considera una extensión de la categoría de autor en la jurisprudencia de la CPI, cf. A. GIL GIL y E. MACULAN, “Current Trends in the Definition of ‘Perpetrator’ by the International Criminal Court: From the Decision on the Confirmation of Charges in the Lubanga case to the Katanga Judgment”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, n° 2, 2015, esp. pp. 351-362.

⁹ Cf. A. GIL GIL y E. MACULAN, ob. cit., pp. 362-363. La razón de tal expansión, según las mismas autoras, no puede ser la imposición de una pena más grave a los imputados, dado que el ECPI no prevé penas diferentes para autores y partícipes, aunque la regla 145, inc. 1º, letra “c”, de las Reglas de Procedimiento y Prueba, establece que las salas de la CPI deben tener en cuenta el “grado de participación del condenado” en la determinación de la pena. Al respecto, cabe señalar también que en la sentencia dictada en el caso “Katanga” se sostuvo que no siempre el perpetrador es visto como alguien más reprehensible que el cómplice, en tanto si bien el ECPI distingue ambos roles, ello no implica una cierta “jerarquía” en relación con la culpabilidad. Cf. la sentencia dictada en el caso “Katanga”, citada *supra*, nota 6, párrs. 1386-1387. En suma, parece que si bien el ECPI se basa en un modelo de imputación diferenciador al distinguir diversos grados de intervención punible, al establecer las penas exhibiría un modelo unitario.

¹⁰ J. STEWART, “The End of ‘Modes of Liability’ for International Crimes”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, n° 1, 2012, pp. 165-219.

¹¹ M. JACKSON, “The Attribution of Responsibility and Modes of Liability in International Criminal Law”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 29, n° 3, 2016, pp. 879-895.

¹² En realidad, depende, pues puede haber un modelo diferenciador que no realice distinciones en el plano de las penas, como en el ECPI.

unitario implica beneficios en el plano simbólico-expresivo, al permitir la vinculación directa con el crimen del comportamiento de cada sujeto, lo que garantizaría una función narrativa al proceso y la sentencia. Sin embargo, según Jackson, el modelo unitario violaría el principio de *fair labelling*, que exige que el título de la imputación describa adecuadamente la culpabilidad del autor y represente la ilicitud de su conducta de modo tal que pueda ser advertida *prima facie* por la colectividad.

Una comparación de los diversos ordenamientos jurídicos a nivel mundial muestra una mayor difusión del modelo diferenciador, dado que es considerado, entre otras cosas, más respetuoso de los principios de taxatividad y de la responsabilidad penal personal. Pues bien, a partir de ciertos aspectos de las sentencias emitidas en Italia y Argentina en el caso del Plan Cóndor, analizaremos no solo la funcionalidad de los códigos penales de ambos países, y, en particular, de los modelos unitario y diferenciador, para imputar crímenes contra la humanidad, sino también si este último modelo brinda mayores garantías al imputado en relación con aquellos principios¹³.

2. El Plan Cóndor: rasgos distintivos

El Plan Cóndor consistió en un acuerdo entre los gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay, Perú y Ecuador, dirigido a perseguir ilegalmente a opositores políticos. Paralelamente a las estructuras operativas propias de cada país, se establecieron redes de inteligencia e intercambio de información, se determinaron protocolos comunes de actuación, se llevaron a cabo operaciones conjuntas y se establecieron circuitos entre los centros clandestinos de detención que existían en las jurisdicciones participantes, en las que se secuestraba, torturaba y mataba discrecionalmente a los ciudadanos de aquellos Estados que se consideraban disidentes, independientemente del país en el que se encontraran. El acuerdo criminal incluyó la formación de equipos especiales de las naciones involucradas, que eran enviados a los territorios de las demás, a fin de capturar a determinadas personas exiliadas, las que podían ser trasladadas a las jurisdicciones interesadas, o bien privadas de su libertad, torturadas y asesinadas en el país de captura. En la mayoría de los casos tenidos por probados, los equipos especiales contaron con el apoyo, previamente coordinado, de los agentes militares y de seguridad civil del país miembro del plan en el que se realizaron los operativos.

En síntesis, el Plan Cóndor supuso la conformación de una estructura supranacional con una organización compleja, integrada por agentes con

¹³ Como se ha dicho, la sentencia de la Corte de Assise de Apelaciones de Roma fue confirmada por la Corte de Casación italiana. Sin embargo, nos referiremos solo a las sentencias italianas de primera y segunda instancia, ya que, a la fecha de culminación de este trabajo, todavía no se habían publicado los fundamentos de la sentencia de casación.

diversas jerarquías de las diferentes fuerzas armadas y de seguridad de los países implicados, que tuvo a su disposición las armas y los demás recursos estatales para la represión interna y la guerra, y que alcanzó a varias jurisdicciones nacionales con el objetivo concretado de reprimir ilegalmente a los disidentes políticos de los gobiernos de turno. La implementación del plan requirió que el personal operativo se desplazara libremente en el territorio de los otros Estados miembros para detener, interrogar, secuestrar o asesinar a sus connacionales.

La formalización de ese plan se remonta a una reunión realizada en Santiago de Chile, durante la última semana de noviembre de 1975, entre representantes de ese país y delegaciones enviadas por los gobiernos de Argentina, Paraguay, Uruguay y Bolivia. Más tarde se sumarían al concierto de voluntades el resto de los estados suramericanos mencionados. Las operaciones culminarían hacia principios de la década del ochenta del siglo pasado¹⁴.

3. El rol de los “cuadros intermedios”: la absolución en la sentencia italiana de primera instancia

La sentencia italiana se pronunció el 17 de enero de 2017. El proceso, iniciado el 12 de febrero de 2015, se basó en los criterios de nacionalidad activa y pasiva. El primer criterio se aplicó exclusivamente en relación con uno de los imputados, Jorge Fernández Troccoli¹⁵, pero legitimó la competencia de la jurisdicción del país europeo respecto de víctimas de nacionalidad distinta a la italiana. El segundo criterio fue el principal para el ejer-

¹⁴ Cf. Corte de *Assise* de Roma, sentencia citada, p. 1 y *passim*; Corte de *Assise* de Apelaciones de Roma, sentencia citada, p. 40 y *passim*; Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 (TOF n° 1) de la Ciudad de Buenos Aires, caso CFP 13445/1999/TO1, sentencia del 9 de agosto de 2016, punto III.3. Sobre el Plan Cóndor, desde una perspectiva histórica y política, cf., entre muchos otros, P. MCSHERRY, “Operation Cóndor: Clandestine Inter-American System”, en *Social Justice*, vol. 26, n° 4, 1999, pp. 144-174; “Tracking the Origins of a State Terror Network. Operation Cóndor”, en *Latin American Perspectives*, vol. 29, n° 1, enero de 2002; y “Operation Condor and Transnational State Violence against Exiles”, en *Journal of Global South Studies*, vol. 36, n° 2, 2019, pp. 368-398; S. Calloni, *Los años del lobo. Operación Cóndor*, Peña Lillo-Ediciones Continente, Buenos Aires, 1999; B. Garzón (dir.), S. Calloni (coord.), *Operación Cóndor. 40 años después*, Centro Internacional para la Promoción de los Derechos Humanos, UNESCO, Buenos Aires, 2016.

¹⁵ Entre 1974 y 1978, Jorge Néstor Fernández Troccoli fue funcionario del Servicio de Inteligencia de la Marina Militar uruguaya, el FUS.NA (Fusileros Navales), del que fue la máxima autoridad por un cierto período. También fue miembro del Órgano Coordinador de Operaciones Antisubersivas (OCAO). En el FUS.NA, hacia 1976, habría creado, junto a Juan Carlos Aguirregaray Larcebeau, la *Computadora*, un grupo de agentes que recababan información útil para las operaciones del Cóndor. El grupo se valía de amenazas, torturas y/o promesas de un trato más favorable respecto de quienes estaban detenidos en la sede en la que tenía su base.

cicio de esa jurisdicción, pues muchas víctimas tenían doble ciudadanía, lo que permitió juzgar en Italia a varios acusados de otra nacionalidad.

Los hechos imputados fueron calificados como homicidio pluriagravado y secuestro extorsivo. Esta calificación permitió el juzgamiento de hechos que constituyen el delito de desaparición forzada, el cual no está previsto en el código penal italiano¹⁶.

La sentencia condenó a la pena de prisión perpetua a ocho altos mandos de las fuerzas militares de Chile, Uruguay, Bolivia y Perú en la época considerada. Por otro lado, se declaró la imposibilidad de proceder contra seis imputados a raíz de su muerte, y se dictaron diecinueve absoluciones en favor de los llamados “cuadros intermedios”, respecto de los cuales se consideró no probada su intervención en los homicidios y extinguida la acción penal por prescripción en relación con los hechos calificados como secuestro¹⁷.

Como se ha dicho, ese pronunciamiento condena al nivel superior (la “cúpula”), pero absuelve al nivel inferior, es decir, a la mayoría de los imputados, que habrían sido los “cuadros intermedios” de la estructura represiva.

La fiscalía acusó a todos los imputados sin distinguir entre los distintos roles o aportes causales, de modo que omitió señalar quiénes ejecutaron los hechos y quienes los planearon. Por el contrario, los jueces de primera instancia consideraron necesario diferenciar, por un lado, las conductas de quienes se desempeñaron en los vértices políticos y militares, respecto de aquellas de los ejecutores de sus órdenes, y, por otro lado, verificar la existencia de la prueba sobre la intervención concreta de cada uno.

A ese respecto, se sostuvo que era posible afirmar “la plena participación material y moral” de quienes emitieron las órdenes en cada uno de los homicidios investigados, al considerarse “plenamente probada su responsabilidad penal”¹⁸. Por el contrario, se entendió que no podía decirse lo mismo respecto de los acusados de cumplir aquellas órdenes. En efecto, se ponderó que las pruebas reunidas difícilmente permitían

¹⁶ Sin embargo, Italia es parte del ECPI, y también ha suscripto la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

¹⁷ Muchas víctimas del Plan Cóndor permanecen todavía desaparecidas, sin que se sepa nada sobre su destino, por lo que es difícil determinar el momento de interrupción de la consumación del delito de secuestro, que tiene carácter permanente. En relación con uno de los casos juzgados, en la sentencia italiana se afirma al respecto: “al tener el secuestro extorsivo naturaleza permanente, los términos de la prescripción comienzan a correr desde el día en el que cesa la permanencia, lo cual, en el caso bajo examen, coincide al menos con la fecha de la orden ‘formal’ de liberación n° 52 firmada por el mayor Soto”; y por ello sostiene el tribunal que “la extinción del delito se ha cumplido ampliamente” (Corte de *Assise* de Roma, sentencia citada, pp. 131-132). Por el contrario, el delito de homicidio agravado está sancionado en Italia con la pena de prisión perpetua, por lo que resulta imprescriptible, de acuerdo con el artículo 157, último párrafo, del código penal de ese país.

¹⁸ Corte de *Assise* de Roma, sentencia citada, pp. 11-12.

identificar a los ejecutores materiales de los homicidios, pero en algunos casos resultaban suficientes para individualizar a ciertos cuadros intermedios como los autores de los secuestros o los responsables de mantener privados de su libertad a los secuestrados¹⁹. La distinción neta entre dirigentes y cuadros intermedios no tuvo en cuenta los elementos de prueba valorados en la decisión de segunda instancia, en la que se reconstruyó el nexo entre autores mediatos e inmediatos de los crímenes.

La prueba no fue considerada suficiente para atribuir los homicidios a los cuadros intermedios, ya que se concluyó que no era conjeturable que en una organización criminal como la analizada el poder hubiera estado distribuido. Por el contrario, se entendió que estaba reservado para pocas personas, en particular, quienes ocupaban los cargos más altos de la jerarquía, mientras que la "mera adhesión de los imputados al sistema de represión de los opositores políticos, junto al aporte que ellos brindaron a la gestión de los centros de detención clandestina, aun cuando fueron probados, no bastan para tener por configurada, más allá de toda duda razonable, su intervención en el delito de homicidio, al carecerse de prueba acerca de su contribución causal —moral o material— ulterior"²⁰. Se consideró posible, pero no demostrado, que "[...] los autores de los arrestos, los carceleros o los torturadores hayan imaginado que algunos de sus prisioneros estuvieran destinados a la muerte"²¹.

En conclusión, se afirmó que "con una opinión distinta se llegaría a una hipótesis de responsabilidad objetiva, ante la falta de elementos de prueba específicos y particulares respecto de cada uno de los implicados"²².

4. La sentencia italiana de segunda instancia: la equiparación del aporte facilitador proveniente del ámbito político y militar de las dictaduras, y el reconocimiento de la responsabilidad penal de los "cuadros intermedios"

La sentencia de la corte de apelaciones altera significativamente las conclusiones de los jueces de la instancia anterior, al condenar a la pena de prisión perpetua a los diecinueve cuadros intermedios que habían sido absueltos²³.

¹⁹ Ídem, p. 12.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ La revocación de una absolución y la condena de los acusados fue aceptada por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que admitió la conclusión

Con base en una reconsideración del conjunto de la prueba colectada durante el juicio —“en gran parte ignorada por la primera instancia”²⁴— y de algunas aportadas ante la corte de apelaciones, se llegó a una equiparación de la contribución de los diversos intervinientes que conformaban el nivel político y el militar de las dictaduras cívico-militares, como articulación propia de las cúpulas políticas²⁵.

Ya en las primeras páginas de la sentencia, la corte de apelaciones expresa una lectura diferente “con respecto al concurso de personas en el delito de homicidio voluntario, porque el primer juez [habría omitido] considerar el resto del conjunto de la prueba documental, aportado por las partes, que tiene como objeto los perfiles personales de los imputados, las funciones que cumplieron en el período de referencia y la articulación de los aparatos represivos en cada país adherente al Plan Cóndor”²⁶.

Según tal perspectiva, los cuadros intermedios no eran algo distinto, sino una *longa manus* del “cerebro pensante” de la cúpula criminal. En efecto, la fase ejecutiva del Plan Cóndor fue realizada mediante la desviación²⁷ de las instituciones ya existentes de sus objetivos oficiales, por un lado, y mediante la creación, como se ha dicho, de organismos *ad hoc* de *intelligence* represiva, por el otro. Los funcionarios de estos organismos tenían relaciones con sus colegas homólogos de los otros Estados. Era personal experto y calificado, seleccionado por su crueldad e impiedad, al que los ideólogos del Plan Cóndor delegaban su realización material.

Al respecto, es significativo que se hubieron de requerir autorizaciones específicas no para matar, sino para abstenerse de hacerlo, como surge de la declaración del testigo Montedónico²⁸, quien dijo que la decisión de matar a todos los detenidos que pasaban por un centro clandestino de detención podía ser omitida solo ante una orden expresa del general Prantl, jefe del SID uruguayo (Servicio de Información de Defensa). El testimonio de Montedónico representa un ejemplo del razonamiento de

alcanzada por la casación italiana, con la condición de que se hubiera escuchado nuevamente a los testigos. A ese respecto, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones, pp. 24-28, en la que se cita la jurisprudencia de la corte europea (en part., p. 26).

²⁴ Ídem, p. 28.

²⁵ En la sentencia de segunda instancia se recepta tal categoría (la organización militar y las cadenas de mando), aun cuando en el plano jurídico implique considerar que los imputados, como se verá, brindaron un aporte facilitador.

²⁶ Corte de Assise de Apelaciones de Roma, sentencia citada, p. 26.

²⁷ Sobre la posibilidad de considerar como aparato de poder dirigido a la comisión de crímenes de masa a una parte desviada de estructuras estatales preexistentes, establecidas para alcanzar fines conformes al derecho nacional e internacional, cf. K. AMBOS, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori*, en K. AMBOS e I. MEINI (editores), *La autoría mediata: El caso Fujimori*, ARA, Lima, 2010, pp. 45 y ss.

²⁸ Corte de Assise de Apelaciones de Roma, sentencia citada, p. 100.

los jueces de apelación, según el cual “la lectura del testimonio completo induce a [afirmar] que la decisión de eliminar a todos los detenidos del centro clandestino de detención (los que habían sido alojados allí para ello) podía ser modificada excepcionalmente y solo ante la orden del jefe del SID uruguayo...”²⁹.

Los llamados “cuadros intermedios” tenían poder discrecional sobre la suerte de las víctimas, y eran conscientes de contribuir a alcanzar el objetivo perseguido por sus superiores, al dar un aporte relevante para su consecución. Sabían que, tras la identificación y el traslado de los detenidos, se produciría su muerte. Según la Corte de *Assise* de Apelaciones, los ideólogos del Plan Cóndor confiaron en personas que compartían sus objetivos y que podían realizar el plan ideado. Y dado que éste implicaba una ejecución a larga escala, los “cuadros intermedios” debían tener, necesariamente, la ya mencionada autonomía en cuanto a las modalidades mediante las cuales realizarían la política represiva (elección de los tiempos, de los lugares de intervención y de las personas a atacar, y capacidad de enfrentar imprevistos para asegurar el éxito de la operación). Un buen resultado del procedimiento represivo, caracterizado por la celeridad y el efecto sorpresa sobre las víctimas, requería que los rangos inferiores no necesitaran órdenes particulares para eliminar a cada una de ellas.

En suma, se los consideró culpables por los homicidios a título doloso. Se entendió que sus conductas no se agotaron en la represión individual, sino que se insertaron en un *contexto*, en la represión más penetrante y sistemática de los identificados como “enemigos”. Al respecto, cabe señalar que la información muy detallada que poseían respecto de cada damnificado tenía un peso específico para el aporte facilitador en la fase ideológico-preparatoria de los secuestros, las torturas y los homicidios.

La estructura dividida en compartimentos —considerada también por los jueces de primera instancia— no es suficiente para desmentir la consciencia efectiva sobre el plan criminal de los cuadros intermedios. En el caso en particular, *compartimentación* no significaba más que *autonomía para decidir*³⁰. Las estructuras sabían que podían contar con las demás, incluso con base en la conexión informativa, aunque faltara un acuerdo ideológico. Con apoyo en tales rasgos, los jueces optaron por

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ Por ejemplo, el Servicio de Información de Defensa (SID) argentino y el ya mencionado OCOA intercambiaban información, pero cada una de esas unidades operativas actuaba como grupo cerrado. Precisamente en virtud de esta autonomía y de haber ejecutado órdenes manifiestamente ilícitas, el tribunal italiano ha sostenido que no era aplicable a los cuadros intermedios la causa de justificación prevista en el artículo 51 del código penal (cumplimiento de un deber). Además, ha desconocido eficacia excusante al artículo 54 (estado de necesidad) porque, desde su punto de vista, si los cuadros intermedios hubieran desobedecido las órdenes, habrían incurrido en una responsabilidad de índole disciplinaria sin consecuencias para su vida.

aplicar el instituto del concurso de personas en un delito continuado, en tanto todos los intervinientes, según sus respectivas posiciones, y no solo los vértices, mediante la actividad de ideación y planificación, habrían contribuido a la realización de los homicidios³¹.

El delito cometido por un concurso de personas, a raíz de la estructura unitaria de este instituto en Italia, es el efecto de las conductas combinadas de todos los concurrentes, incluso de quien realizó una parte carente de los requisitos de la tipicidad. La medida relevante para la punibilidad del concurso se alcanza en relación con cualquier contribución, material o psicológica, aportada conscientemente a todos o algunos segmentos del *iter crimis* (ideación, organización y ejecución), con la condición de que haya conexión causal y conciencia del vínculo finalista entre los actos individuales.

5. Las sentencias de primera y segunda instancia en Argentina. El Plan Cóndor como asociación ilícita y el concepto de autoría mediata como criterio para imputar los delitos cometidos por esa asociación

El juicio realizado en Argentina comenzó el 5 de marzo de 2013 y culminó el 27 de mayo de 2016. Su objeto procesal abarcó los casos de más de cien víctimas, oriundas de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Un total de veintisiete imputados comenzaron a ser juzgados en el debate oral, pero solo diecisiete llegaron al final, ya que cuatro fueron apartados por razones de salud (suspensión del proceso a su respecto, de acuerdo con el artículo 77 del código procesal penal de la Nación —CPPN—) y seis fallecieron durante el juicio, entre ellos Jorge Rafael Videla, Jorge Olivera Róvere y Bernardo José Menéndez, por lo que se dictó su sobreseimiento (artículos 336, inc. 1, CPPN, y 59, inc. 1, del código penal —CP—).

El tribunal de juicio condenó a quince acusados. A la mayoría, doce en total, los consideró autores del delito de asociación ilícita y coautores mediatos de privación ilegal de la libertad cometida por funcionario público con abuso de funciones o sin las formalidades prescritas en la ley (artículo 144 *bis*, inc. 1, del CP, según ley 14.616, vigente en el momento de comisión de los hechos). Un imputado fue condenado solo como

³¹ De acuerdo con el artículo 81, segundo párrafo, del código penal italiano, será sancionado con la pena prevista para el delito más grave, aumentada hasta el triple, quien, mediante varias acciones u omisiones ejecutivas de un mismo plan criminal, cometiere, incluso en momentos diferentes, varias violaciones de la misma o distintas normas penales. En el sentido de esa norma debe entenderse el concepto de concurso de personas en un delito continuado o de intervención en un delito continuado, cada vez que se utilice en este texto en relación con la experiencia italiana.

autor del delito de asociación ilícita (Federico Antonio Minicucci), otro solo como coautor mediato de privación ilegal de la libertad, agravada por mediar violencia o amenazas, y tormentos (Miguel Ángel Furci), y el restante, el único de nacionalidad no argentina, como partícipe necesario de privación ilegal de la libertad cometida por funcionario público o sin las formalidades prescritas en la ley (Manuel Juan Cordero Piacentini)³².

A diferencia de lo ocurrido en Italia, todos los delitos imputados fueron considerados imprescriptibles al calificárselos como de lesa humanidad, de acuerdo con la consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a ese respecto. En extrema síntesis, se sostuvo que si bien los delitos de lesa humanidad no estaban tipificados en la legislación local antes de la comisión de los hechos, ya estaban reconocidos en el derecho internacional consuetudinario, vinculante para el país, al tratarse de normas de *ius cogens*. Sin embargo, como surge de lo dicho, no se utilizaron las disposiciones del derecho internacional consuetudinario para el encuadre típico de los hechos, ni para la determinación de las penas, sino que se aplicaron a ese respecto las normas nacionales. En suma, se efectuó una articulación normativa entre disposiciones del derecho penal nacional y del derecho internacional. Estas últimas fueron consideradas solo para atribuirles a los hechos las consecuencias que el derecho internacional establece para los delitos de lesa humanidad, en particular, la imprescriptibilidad³³.

Se tuvo por probado que, durante los años de referencia, rigió en Argentina un sistema de división territorial diseñado por las Fuerzas Armadas para ejecutar el plan de represión ilegal sistemática de los opositores políticos al gobierno, que funcionaba de acuerdo con órdenes operativas dictadas por los comandantes de zona, ejecutadas y retransmitidas sucesivamente por los comandantes de sub zona y los jefes de área o sub área, sin perjuicio de la orden que cada uno de ellos impartía *motu proprio* a sus subordinados para la consecución de los mismos objetivos. Los comandantes y jefes de las unidades militares emitían y recibían órdenes dirigidas a la detención, interrogatorio bajo tortura y eventual eliminación de aquellos opositores, y controlaban el debido cumplimiento en el ámbito de su competencia, de acuerdo con la división territorial aludida. En síntesis, garantizaban la operatividad dentro de ese ámbito espacial,

³² Cf. la sentencia del TOF n° 1, cit. Una síntesis puede verse en la página de Internet del Ministerio Público Fiscal (<https://www.mpf.gob.ar/plan-condor/el-juicio/>; consultado el 12/5/21).

³³ Cf. la sentencia del TOF n° 1, cit., pp. 556-570 y 620-643. Argentina incorporó los delitos de lesa humanidad a su legislación recién en el año 2001, mediante la promulgación de la ley de aprobación del ECPI (ley 25.390). Para un amplio análisis crítico de tal subsunción legal de los hechos ilícitos cometidos durante las dictaduras militares latinoamericanas de los años setenta del siglo pasado, cf. E. MACULAN, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2019, cap. II.

sin interferencias con otras fuerzas, las cuales, excepcionalmente, podían actuar allí con su apoyo, sea que se tratara de proveerles recursos o bien de asegurarles una “zona liberada”³⁴.

Los casos ejecutivos del Plan Cóndor por los que se dictó condena se distinguieron por la nacionalidad extranjera de la víctima, en la mayoría de los casos, y en todos ellos con base en la vinculación de aquélla con alguna agrupación considerada subversiva, radicada o que tuviera actuación en alguno de los países suramericanos que integraron aquel plan regional junto a Argentina. El intercambio de información entre los agentes de las fuerzas de seguridad de los distintos Estados permitía la identificación en Argentina de los blancos a capturar, los que luego de su secuestro eran alojados en centros clandestinos de detención y trasladados a los países requirentes, o bien interrogados bajo tortura y, eventualmente, eliminados. En muchos casos, se comprobó que la ejecución de los operativos era realizada por aquellas jefaturas en coordinación con agentes extranjeros (militares o de otras fuerzas), pertenecientes al país interesado en la captura, que actuaban en territorio argentino³⁵.

El tribunal de juicio sostuvo que todos los condenados, con la excepción de Furci y Piacentini³⁶, integraron aquel aparato represivo del Estado como jefes de zona, subzona, área o sub área, por lo que tuvieron el dominio de las actividades represivas que se ejecutaron en sus ámbitos de competencia territorial. Desde esa perspectiva, les fueron imputadas, salvo a Minicucci³⁷, las desapariciones forzadas ocurridas en esos

³⁴ Cf. sentencia del TOF n° 1, cit., pp. 4233-4237.

³⁵ Cf. ídem, pp. 5099-5100.

³⁶ Estos acusados fueron condenados como ejecutores directos de los hechos que se les atribuyeron, cometidos principalmente en el centro clandestino de detención conocido como “Automotores Orletti”. Según la sentencia, Furci intervino en esos hechos mientras se desempeñaba como agente de la SIDE (Secretaría de Informaciones del Estado), mientras que Piacentini, en su carácter de militar uruguayo asignado para prestar funciones en el SID, integró un grupo especial que actuó en Argentina, durante 1976, en la represión de opositores políticos al gobierno de su país, y se demostró su presencia continua en “Automotores Orletti” y su intervención en operativos de secuestro. Sin embargo, al no poder considerársele “funcionario público” de acuerdo con la legislación argentina, dado que se trataba de un militar uruguayo, y ser ésa una calidad requerida por el tipo de privación ilegal de la libertad cometida por funcionario público o sin las formalidades prescriptas en la ley, se calificó su intervención como participación necesaria (cf. sentencia citada, pp. 4854-4961 y 5140-5149).

³⁷ Según el tribunal oral, el imputado Minicucci, revistiendo la jerarquía de teniente coronel del Ejército, se desempeñó como Jefe del Regimiento de Infantería 3 “General Belgrano” con asiento en la localidad de La Tablada, Provincia de Buenos Aires, entre el 6 de diciembre de 1975 y el 5 de diciembre de 1977. Como tal, tuvo asignada la jefatura del Área 112 de aquella provincia, que incluía los partidos de Almirante Brown, Esteban Echeverría, Avellaneda, Lanús, Lomas de Zamora, San Vicente y Cañuelas. Con base en ello, se le imputó el secuestro de un ciudadano uruguayo, exiliado en Argentina, militante del Grupo de Acción Unificadora (G.A.U.), requerido por las fuerzas de seguridad de Uruguay. Sin embargo, si bien ese secuestro se habría llevado a cabo en Lanús, territorio controlado por Minicucci, se lo absolvió de tal imputación en tanto la fecha del secues-

territorios, con base en la famosa teoría de Claus Roxin sobre la autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder³⁸. En efecto, se sostuvo que, en su rol de eslabones intermedios, dominaron una parte de la organización criminal, lo que les permitió garantizar la comisión de aquellos hechos por terceros³⁹.

A los trece imputados que se desempeñaron como jefes militares de alguno de aquellos ámbitos territoriales se los condenó también como miembros de la asociación ilícita regional cuya expresión fue el Plan Cóndor.

Con base en los rasgos ya mencionados de ese plan⁴⁰, se tuvo por probada la existencia de tal asociación. En particular, se afirmó su permanencia, la pluralidad de miembros, su organización y su fin de cometer delitos indeterminados, a partir de un acuerdo entre las cúpulas militares de la mayoría de los países suramericanos, con el objetivo de perseguir a los opositores políticos de los gobiernos de turno por medio de privaciones ilegales de la libertad, interrogatorios bajo tormentos y homicidios, cometidos indistintamente en cualquiera de aquellos países por agentes de sus fuerzas armadas, de seguridad y organismos de inteligencia, con el apoyo de integrantes de cuerpos diplomáticos, migratorios y de otras estructuras estatales⁴¹.

En cuanto a la calidad de miembros de tal asociación, el tribunal de juicio sostuvo que, al haberse demostrado los aportes de los imputados para la consecución de los objetivos del Plan Cóndor, no podía existir duda acerca de que tenían conocimiento de su existencia y de que, en definitiva, tomaron parte en ese plan. Se aclaró que el dolo debía considerarse probado aun cuando aquéllos no hubieran participado en la reunión fundacional de la asociación, realizada en Santiago de Chile a

tro no coincide con el período en que el acusado desempeñó la jefatura de la zona. El tribunal oral tuvo por probada la intervención de Minicucci en otras tres privaciones de la libertad ligadas al Plan Cóndor, cometidas en el territorio correspondiente al Área 112 durante el período en el que él ejerció su jefatura, pero no se lo condenó por tales hechos en el proceso aquí examinado, ya que no fue acusado a ese respecto (cf. sentencia citada, pp. 4962-4999).

³⁸ Acerca de esa teoría, elaborada a partir del concepto de *Machapparate*, C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 7ª ed. alemana de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, 7ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 269 y ss. Cf. también, con algunas críticas, K. AMBOS, "Tatherrschaft und Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 145, 1998, esp. pp. 226 y ss.; y, DEL MISMO AUTOR, "Sobre la 'organización' en el dominio de la organización", en *InDret*, 3, 2011, pp. 2-25 (<https://indret.com/sobre-la-organizacion-en-el-dominio-de-la-organizacion>; consultado el 12/5/21).

³⁹ Cf. sentencia del TOF n° 1, cit., pp. 4233-5075 y 5131-5140.

⁴⁰ Cf. *supra*, punto 2.

⁴¹ Cf. sentencia del TOF 1, cit., pp. 5095-5098.

finés de noviembre de 1975, pues su voluntad de integrarla se verificó tácitamente mediante tales aportes⁴².

Recuérdese que los jefes militares de las zonas, sub zonas, áreas o sub áreas, según el tribunal de juicio, tenían el control operacional en los territorios bajo su competencia, lo que implicaba que garantizaban el cumplimiento de las órdenes superiores mediante la ejecución de éstas por sus subordinados, o bien al brindar apoyo activo o simplemente asegurar una “zona liberada” a los agentes de países extranjeros, miembros del plan, que se encargaban de tal ejecución de manera coordinada con las fuerzas locales. En los casos imputados a los condenados en la sentencia bajo examen, las detenciones de los privados ilegalmente de su libertad fueron requeridas por otros Estados miembros del Plan Cóndor; la mayoría de los detenidos eran ciudadanos de tales Estados, y muchos fueron trasladados a los países requirentes tras su secuestro⁴³.

En suma, el tribunal de juicio entendió que tales circunstancias demostraban que los imputados habían brindado su aporte a la asociación ilícita regional, de acuerdo con una función específica que tenían asignada para ello, y que lo hicieron con la conciencia de la existencia del Plan Cóndor y de sus objetivos.

Esa sentencia fue recurrida por los condenados. En cuanto al fundamento de la imputación, plantearon, en síntesis, que se basó exclusivamente en los cargos que ostentaron en la época de comisión de los hechos. Cuestionaron como carente de fundamentación que se los responsabilizara como miembros de una organización criminal regional por haber integrado el Ejército Argentino o alguna de las otras fuerzas de seguridad, en tanto los integrantes de esas agencias del Estado no asumen tal calidad con la voluntad de reunirse con otros para cometer una cantidad indeterminada de ilícitos, y recordaron que el Plan Cóndor se pactó en secreto entre las máximas autoridades de los países miembros, de modo que no podía tenerse por probado el conocimiento de los acusados, los cuales, como se ha dicho, fueron considerados “eslabones intermedios” en las estructuras de poder en las que se desempeñaron. Por otro lado, sostuvieron que la aplicación al caso de la teoría de la autoría mediata elaborada por Roxin transgrede el principio de legalidad, pues no se adecuaría a las normas del código penal argentino que regulan la intervención delictiva, y que no se había obtenido ninguna prueba acerca de que aquéllos hubieran retransmitido las órdenes de cometer las privaciones ilegales de la libertad que se les atribuyeron⁴⁴.

La cámara de casación rechazó tales planteamientos. Por un lado, en cuanto a la supuesta responsabilidad objetiva en que se habría fundado

⁴² Cf. ídem, pp. 5098-5100.

⁴³ Cf. ídem, pp. 4233-5075.

⁴⁴ Cf. decisión citada *supra*, nota 3, esp. pp. 20-24, 28, 32, 38, 43, 47-48 y 59-60.

la imputación de los hechos y el desconocimiento de los condenados respecto de la existencia del Plan Cóndor; recordó las diversas directivas y órdenes emitidas por las autoridades de las Fuerzas Armadas, tenidas en cuenta por el tribunal de juicio, de las que surgen los lineamientos que debían seguirse para cumplir con los propósitos de ese plan. En extrema síntesis, según la cámara, en esa normativa se identifica a las organizaciones suramericanas consideradas subversivas y se describen sus características esenciales; se establece como objetivo evitar que tales organizaciones brinden apoyo a sus pares locales; se señalan las medidas de control de las fronteras que debían adoptarse para impedir el tráfico de armas y la penetración de agentes de tales organizaciones extranjeras o bien su salida del país, como también la de agentes de las organizaciones locales; y se indican medidas dirigidas a controlar los accesos a las embajadas de los países suramericanos en Argentina, con el fin de evitar que integrantes de organizaciones extranjeras intentaran refugiarse allí y conseguir asilo. Tales instrucciones fueron replicadas, de acuerdo con la cámara de casación, en las órdenes de operaciones que sucesivamente libraron los comandos de zona y subzona, lo que demuestra que estaban en conocimiento del plan. A lo que se añade —concluye la cámara— su participación activa y sistemática en las actividades de represión de integrantes de organizaciones extranjeras, ejecutadas exclusivamente por sus subordinados o bien en colaboración con agentes de fuerzas de seguridad de otros Estados interesados en la captura de aquéllos, y el eventual traslado de los detenidos a esos Estados, lo que revelaría una acción mancomunada y coordinada también entre los “eslabones intermedios” de tales fuerzas⁴⁵.

En suma, desde la perspectiva de la cámara, los operativos aludidos, cuya existencia no fue objetada por los condenados, se adecuaron a los lineamientos de actuación previstos en la mencionada normativa castrense y se dirigieron a alcanzar los objetivos del Plan Cóndor. Además, fueron realizados por los subordinados de los condenados, o bien por otros agentes a los que éstos les brindaron apoyo en los territorios en los que ejercieron el control operacional de las fuerzas de seguridad. Todo lo cual se consideró suficiente para tener por demostrado, en conclusión, que conocían la existencia del plan y que dieron su aporte para llevarlo a cabo, de acuerdo con la distribución de roles previamente establecida con ese fin.

También se descartó la objeción referida a la imposibilidad de considerar a las Fuerzas Armadas una asociación ilícita. En rigor, en la sentencia no se sostuvo una tesis semejante, sino que se afirmó que nada impide que, dentro de una estructura estatal, es decir, una estructura asociativa lícita, se configuren y determinen los elementos típicos de una asociación ilícita. Lo determinante sería la finalidad preponderante que

⁴⁵ Cf. ídem, pp. 147-156.

une a los miembros de tal asociación en el período analizado, aunque ya tuvieran una relación lícita previamente establecida, de modo que, si en ese período resulta decisiva la voluntad individual y común de cometer ilícitos diversos e indeterminados, se configura una asociación ilícita que se independiza y diferencia de la estructura preexistente. En el caso analizado, como se ha dicho, se consideró probada la existencia de una organización internacional integrada por los más altos funcionarios de los Estados de la región, sus subalternos y quienes ejecutaron coordinadamente las decisiones tomadas por ellos⁴⁶.

En cuanto a la calificación de la intervención de los condenados, la mayoría de la cámara confirmó la decisión del tribunal de juicio de considerarlos autores mediatos por domino parcial de la organización delictiva que integraron, respecto de los hechos calificados como privación ilegal de la libertad. Contrariamente a lo objetado por los condenados, se afirmó que la citada teoría de Roxin es admitida por una parte significativa de la doctrina y la jurisprudencia argentina, que no ha advertido ningún impedimento para su aplicación mediante la legislación local⁴⁷. En efecto, se sostuvo que la norma del artículo 45 del código penal, según tal posición, no excluye la posibilidad de definir al autor con base en el criterio del dominio del hecho, y, en consecuencia, tampoco con base en el dominio de una organización que garantice el cumplimiento de una orden, al estar constituida por varios ejecutores fungibles con la misma tendencia a la comisión de hechos ilícitos, de modo que si uno se negara a la ejecución podría ser reemplazado inmediatamente por otro igualmente capaz de realizarla de manera efectiva⁴⁸.

Cabe destacar que la aplicación de tal teoría al caso en concreto no implica que los condenados deberían ser responsabilizados por todo acto ilícito ocurrido en el territorio bajo su competencia o en el que hayan tenido intervención sus subordinados durante el período de tiempo en el que ejercieron sus funciones de jefes de área, subárea, zona o subzona. En rigor, como surge de lo dicho, la imputación de los hechos de la

⁴⁶ Cf. ídem, pp. 983-984. Sobre tal cuestión particular, cf. en la doctrina, entre otros, M.A. SANCINETTI y M. FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 247-248; y P. ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 81-82.

⁴⁷ Un sintético repaso de la aplicación de la teoría de Roxin en la jurisprudencia argentina sobre crímenes contra la humanidad puede verse en D.E. ADLER, *Autoría y delitos contra la humanidad*, EUDEM, Mar del Plata, 2018, pp. 40-42 y 116-120. Malarino ha señalado que, en rigor, la teoría en cuestión no ganó en la doctrina argentina la aceptación que sí tiene en la jurisprudencia. Cf. E. MALARINO, "Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Breve exposición del caso argentino", en Id., *Derechos humanos y derecho penal*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, pp. 142-144. Para una de las críticas más recientes a la teoría de Roxin en la doctrina argentina, cf. A. FALCONE, *Fundamentos de intervención delictiva*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 475 y ss.

⁴⁸ Cf. decisión citada *supra*, nota 3, pp. 976-979 y 1012-1013.

causa se basó en las siguientes premisas: (i) las autoridades argentinas del momento pactaron con sus pares regionales un plan de represión y eliminación de los opositores políticos en el continente; (ii) para la ejecución de ese plan, se valieron de las fuerzas armadas y de seguridad civil; (iii) los acusados se encontraban en un nivel jerárquico intermedio en esas estructuras; y (iv) los hechos fueron ejecutados con la intervención exclusiva de sus subordinados o de forma coordinada con agentes extranjeros o de otras fuerzas locales, y coincidieron con la parte del plan que aquéllos debían llevar a cabo de acuerdo con sus respectivos roles.

De conformidad con esas mismas premisas, y al tener en cuenta que los condenados, según se tuvo por probado, tenían el control operacional de las tareas represivas que se realizaban en los territorios de su competencia, sea mediante la posibilidad de disponer la intervención de sus subordinados como ejecutores o fuerzas de apoyo, o bien de garantizar simplemente una "zona liberada" a agentes de otra jurisdicción, carecen de eficacia las objeciones referidas a la falta de prueba sobre las órdenes específicas que habrían emitido. Negar que las impartieron implicaría admitir que sus subordinados actuaron por su propia cuenta, o bien que otra autoridad les ordenó proceder de esa manera omitiendo la cadena de mando establecida, sin que se advierta ninguna razón para explicar esta hipotética circunstancia.

6. La aplicabilidad de la normativa italiana y argentina sobre intervención delictiva al caso del Plan Cóndor: ¿un test superado?

Las sentencias examinadas brindan la oportunidad para reflexionar acerca de la idoneidad de los modelos de imputación italiano y argentino para juzgar delitos cometidos mediante una organización criminal con una estructura transnacional organizada, integrada por una extraordinaria cantidad de agentes, y rígidamente segmentada y jerarquizada, como en el caso del Plan Cóndor.

El modelo diferenciador de distintos grados de intervención delictiva, como el argentino, es considerado por una parte de la doctrina italiana como preferible respecto del unitario, en cuanto garantizaría mayor taxatividad y determinación⁴⁹. Sin embargo, la calificación de los hechos y la valoración del aporte de cada uno de los responsables en el proceso

⁴⁹ G. VASSALLI, *Ultimi scritti*, Giuffré, Milán, 2007, p. 97; M. DONINI, "La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, pp. 178 y ss.; acerca del carácter indeterminado de la normativa italiana, S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffré, Milán, 1987, pp. 263 y ss.; y G. INSOLERA, "Nozione di responsabilità individuale e collettiva", en *Indice penale*, n.º 2, 1996, pp. 259 y ss.

italiano podría ser un ejemplo para cuestionar aquella idea, al menos en relación con este caso específico.

Si bien la complejidad, el carácter transnacional y la extrema gravedad de los hechos demuestran que fue necesario un esfuerzo criminal colectivo con base en roles diferenciados y claramente determinados, las conductas imputadas —según se entendió en la sentencia italiana de primera instancia— “[...] pueden considerarse ligadas por el vínculo concursal, aunque sea moral, en cuanto encaminadas a la realización de un querer común”, y en la medida en que el agente haya aportado una contribución que hubiera favorecido, hiciera “más probable, más inmediata, la comisión del hecho”⁵⁰. Este cuadro descriptivo se adapta al sistema de colaboración criminal que habría caracterizado al Plan Cóndor.

Durante el proceso de segunda instancia en Italia, la acusación se apoyó en que, en virtud del modelo unitario del concurso de personas, todos los imputados debían responder incluso por el acto final, aun cuando hubieran realizado otros segmentos del *iter criminis*. En línea con tal afirmación, los jueces de dicha instancia observaron que “la actividad constitutiva del concurso, en rigor, no consiste solo en la intervención en la ejecución del delito, sino que también puede estar representada por cualquier contribución, material o psicológica, aportada conscientemente a todas o algunas de las fases de ideación, organización o ejecución de la actividad criminal, con la condición de que existan, en el plano objetivo, la conexión causal de los actos de cada uno de los concurrentes y, en el plano subjetivo, su conciencia acerca del vínculo finalista entre esos actos”⁵¹.

Con base en esas premisas, el modelo unitario previsto en el artículo 110 del código penal italiano captura al concurso de personas en la comisión sistemática de delitos de suma gravedad, por lo que permite atribuir los ilícitos juzgados, sin mengua para el principio de culpabilidad, incluso a sujetos que no hubieran determinado materialmente el acto lesivo final (en el caso en concreto, como se ha dicho *supra*, puntos 3 y 4, el homicidio de los secuestrados).

En particular, la corte de apelaciones, al valorar las pruebas colectadas, concluyó que la comisión de las conductas delictivas derivaba de una orden que existía *ab origine* y requería a los subordinados que ejecutaran un programa criminal de cuyo desarrollo y objetivos eran perfectamente conscientes.

Del análisis del pronunciamiento de segundo grado surge de manera evidente que la norma general de igual responsabilidad y punibilidad,

⁵⁰ Corte de Assise de Roma, sentencia citada, p. 10.

⁵¹ Corte de Assise de Apelaciones de Roma, sentencia citada, p. 105.

según lo previsto en el citado artículo 110, juega un rol de primer plano. A diferencia del código Zanardelli⁵², derogado en 1930, el legislador italiano, mediante el código Rocco, actualmente vigente, realiza una opción precisa a favor del llamado modelo unitario de imputación delictiva, basado en el criterio de la eficiencia causal de la conducta de cada concurrente, que debe probarse junto a la condición psicológica de conciencia y voluntad de los responsables de contribuir al desarrollo de la acción criminal.

Ya el título de la norma (artículo 110 del código penal: "Pena para quienes concurren en el delito") revela la renuncia a tipificar distintas figuras y la atribución a la discrecionalidad de los jueces de la tarea de determinar las penas individuales. La estructura del ilícito concursal se basa en la necesaria eficacia condicionante de la conducta⁵³, con el resultado de una máxima expansión de la categoría, que alcanza a toda forma posible de participación. En consecuencia, los inferiores jerárquicos adquieren la misma relevancia de quienes se encuentran en las posiciones de vértice, por lo cual, en los términos del artículo 110, se pueden subsumir en la hipótesis concursal todos los comportamientos con eficacia etiológica respecto del hecho lesivo, mientras que resulta irrelevante la distinción entre formas primarias y secundarias de intervención punible⁵⁴.

Además, es interesante remarcar el rol relevante del encuadramiento de las conductas en el modelo del delito continuado. La Corte de *Assise* de Apelaciones observa que "los hechos, tal como han sido reconstruidos, deben encuadrarse (...) en el instituto del concurso de personas en un delito continuado, porque todos los concurrentes, según las posiciones que ocuparon, es decir, los vértices políticos y militares mediante la ideación del Plan Cóndor, y el resto de los imputados que operaron en la imprescindible fase de recolección, elaboración e intercambio de información, o bien en la del arresto, detención y tortura de las víctimas, contribuyeron a la realización del evento lesivo (muerte de las víctimas)"⁵⁵.

⁵² En efecto, el código Zanardelli de 1889 distinguía entre las diferentes intervenciones de los concurrentes.

⁵³ G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffré, Milano, 1986, pp. 21-43; y, del mismo autor, "Profili di tipicità del concorso: casualità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, pp. 440 y ss.

⁵⁴ G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, cit. Autor y partícipe, instigador y ejecutor, no son figuras previstas en un tipo autónomo con su respectiva pena, a diferencia de la mayoría de los sistemas penales del mundo, y tal como se establecía en la tradición histórica moderna, antes de la Unidad de Italia e incluso en el código Zanardelli. Cf. M. DONINI, "Il concorso esterno 'alla vita dell'associazione' e il principio di tipicità penale", en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017 (<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5166-il-concorso-esterno-alla-vita-dellassociazione-e-il-principio-di-tipicità-penale>; consultado el 12/5/21).

⁵⁵ Corte de *Assise* de Apelaciones, sentencia citada, pp. 104-105.

Según esa posición, las conductas de todos los imputados fueron la exteriorización particular de un contexto represivo más amplio que las englobaba, y que consistía en la supresión generalizada de todos los opositores a los regímenes dictatoriales: los vértices políticos y militares con un rol de ideación e impulso; los otros imputados con un rol en la fase preparatoria de recolección, elaboración e intercambio de información sobre las víctimas, como en la de su arresto, detención y tortura⁵⁶.

Nos podemos preguntar si el instituto de la continuación contribuya a trazar un perfil preciso de las conductas ejecutivas del Plan Cóndor. A ese respecto, el artículo 81 del código penal italiano requiere la comisión de los comportamientos imputados en el ámbito del “mismo plan criminal”⁵⁷. Esa conexión parece describir adecuadamente la naturaleza segmentada y compartimentada pero unitaria del plan estratégico del terrorismo de Estado realizado mediante el Plan Cóndor. En otras palabras, la continuación cumple un rol decisivo en el plano descriptivo de las conductas materiales, las cuales, mediante la imputación basada en el citado artículo 81, son relacionadas entre sí, no solo desde el punto de vista etiológico, sino también finalista, al acentuar el involucramiento causal de los comportamientos⁵⁸. La confirmación de la existencia de un programa criminal proviene también de la naturaleza premeditada de los delitos continuados, ya que la consumación de las conductas nunca fue una decisión repentina, sino fruto de una atenta ideación y planificación.

En Argentina no existe una figura como la italiana del concurso de personas en un delito continuado. Como se ha dicho, no solo el concurso de personas está regulado de manera diferenciada de acuerdo con la relevancia del aporte de cada interviniente, sino que también —se añade ahora— el delito continuado adquiere otro significado, el cual excluye la posibilidad de considerar como tal a conductas tipificables como

⁵⁶ En apoyo de dicha postura, se menciona una sentencia de la corte de casación según la cual: “El hecho del delito concursal, dada la estructura unitaria de ese delito, debe considerarse el efecto de la conducta combinada de todos los concurrentes, incluso de aquellos que realizaron una parte carente de los requisitos de la tipicidad” (Corte de Casación, Sección 5, sentencia n° 40449 del 10/07/2009), citada por la Corte de Assise de Apelaciones de Roma, p. 105.

⁵⁷ Respecto de esa norma del código penal italiano, cf. *supra*, nota 31.

⁵⁸ Cf. G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, cit., pp. 48 y ss.; y, del mismo autor, “Profili di tipicità del concorso. Causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione”, cit., pp. 440 y ss.; S.CANESTRARI, F.M. IACOVIELLO y G. INSOLERA, “Opinioni a confronto. Il concorso esterno in associazione mafiosa”, en *Criminalia*, 2008, Edizioni ETS, Pisa, 2009, pp. 288 y ss.; G. INSOLERA, “Causalità e reati plurisoggettivi”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 565 y ss.; del mismo autor, (voz) “Concorso di persone nel reato”, en *Digesto Discipline Penali*, primera actualización, Turín, 2000, pp. 66 y ss.

privación ilegal de la libertad y homicidio, por más que respondan a un mismo plan criminal⁵⁹.

En el proceso argentino contra el Plan Cóndor no se imputaron homicidios, por lo que no existió la necesidad de determinar la responsabilidad penal de los cuadros intermedios por ese delito cometido en perjuicio de aquellos a quienes privaron ilegalmente de su libertad. Sin embargo, con base en las mismas circunstancias fácticas tenidas en cuenta en la sentencia italiana de segunda instancia, se los habría podido condenar por aquella imputación.

En efecto, si en Argentina se tuviera por probado, tal como en el proceso italiano, que un ex agente de la estructura criminal dirigida a la ejecución del plan en cuestión brindó un aporte para la identificación de un individuo a secuestrar, o bien intervino en la ejecución de su secuestro o en el mantenimiento de su cautiverio, con el conocimiento de que el plan incluía como regla —según se consideró demostrado en aquel proceso— la eliminación de los privados de su libertad en centros de detención clandestina, nada impediría que, de consumarse ese desenlace fatal, se le atribuyera como responsabilidad suya. Pues si el acusado fue consciente de que su conducta generaba un riesgo jurídicamente desaprobado para la vida del detenido, no podía confiar en que ese riesgo no se concretaría y, finalmente, esto fue lo que ocurrió, solo puede concluirse que se encuentran corroborados todos los presupuestos de la imputación penal⁶⁰. La diferencia con el caso italiano residiría, entonces, en la necesidad del juez argentino de determinar el grado de intervención punible de cada imputado, con el consiguiente impacto en la medida de la pena⁶¹.

⁵⁹ Cf., entre otros, E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA y A. SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, 2° ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 861-865; y E. RIGHI, *Derecho Penal. Parte General*, 1° ed., 2° reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 446-447.

⁶⁰ Cf., a ese respecto, C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de D.M. Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997, §§ 11 y 12, punto I. En la jurisprudencia argentina, cf. Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, causa n° 14.321, "Amelong, Juan Daniel y otros /recurso de casación e inconstitucionalidad", sentencia del 5/12/13, pp. 133-135 de la copia publicada en Internet: <https://www.cij.gov.ar/nota-12659-Lesa-humanidad--Casaci-n-confirm--condenas-por-cr-menes-en-Santa-Fe.html> (consultado el 12/5/21). La misma posición fue sostenida por la Procuración General de la Nación en el dictamen emitido el 12/08/19 en el caso FSA 7308430811975/TO11111RH1, "Ríos Ereñú, Héctor Luis y otros s/incidente de recurso extraordinario" (https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2019/ECasal/agosto/R_E_Hector_FSA_73084308_1975_TO11111RH1.pdf; consultado el 12/5/21).

⁶¹ Si bien el marco punitivo es el mismo para el autor, el cómplice necesario y el instigador (artículo 45 del código penal), en la doctrina se sostiene —aunque la posición no es unánime— que "resulta adecuado mantener el criterio general de que el dominio del hecho establece un mayor contenido de ilicitud que, cuando no modifica el marco punitivo, debe tener incidencia en el ámbito de la individualización de la pena, de forma que siempre la autoría resulte más punible que cualquier modalidad de participación criminal". Cf. E. RIGHI, ob. cit., p. 537. En sentido análogo, P.S. ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc/Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, Buenos Aires, 1996, p. 132.

Las conductas de la mayoría de los acusados en el proceso argentino también fueron equiparadas, al considerárselas como autoría, a las de las autoridades que revistaron en los cargos más altos de la estructura de poder, pero no porque, como se sostuvo en el proceso italiano de acuerdo con la legislación de ese país, baste para ello con corroborar que cada aporte estuvo dirigido conscientemente a la consecución del objetivo común y tuvo eficacia causal, sino porque se entendió, como se ha dicho, que dominaron una parte de aquella estructura de acuerdo con la distribución de competencias establecida a los fines de la represión ilegal.

A pesar de que la equiparación de los aportes de los eslabones altos e intermedios en la cadena de mando resulta de la aplicación de criterios jurídicos distintos, no se advierte que esa diferencia haya provocado variaciones sustanciales en la valoración del fenómeno criminal analizado en ambos procesos. Tanto en Italia como en Argentina se sostuvo que el Plan Cóndor fue un acuerdo entre las más altas autoridades civiles y militares de los gobiernos de la mayoría de los países suramericanos, con el objetivo de reprimir a los opositores políticos. Ese plan implicó la conformación de una estructura supranacional con una organización rígidamente jerarquizada, integrada por una cantidad extraordinaria de agentes de las diferentes fuerzas armadas y de seguridad de los países involucrados, a los que les fueron asignadas competencias específicas para el cumplimiento del plan, de modo tal que se desvió la actuación de aquellos funcionarios hacia la consecución de fines ilícitos⁶².

Como se ha dicho, en la sentencia de condena italiana se afirmó que los cuadros o eslabones intermedios no podían considerarse algo distinto, sino una *longa manus* del “cerebro pensante” de la cúpula criminal. La estructura rígidamente jerarquizada y compartimentada de la organización no impidió que esos cuadros intermedios tuvieran autonomía para decidir a quiénes capturar y cuál sería su destino, pues la ejecución a larga escala del plan tornaba imposible la emisión de una orden para proceder respecto de cada una de las víctimas. En suma, se concluyó que la orden de cometer los delitos que requería la ejecución del plan existía *ab origine*, y no se refería a cada víctima en particular, cuya selección, en definitiva, quedaba a cargo de los cuadros intermedios.

En el caso argentino, la caracterización de los cuadros intermedios como *longa manus* con relativa autonomía respecto de la cúpula militar y política, no solo resulta de la descripción de los hechos, sino de la calificación del aporte de aquéllos como autores mediatos por dominio parcial del aparato organizado para la ejecución del plan. Como explica el tribunal de juicio, Roxin sostiene que tal autoría requiere cuatro requisitos: (i) existencia de un poder de mando en el autor mediato dentro de una estructura organizada de forma piramidal y jerarquizada; (ii) la

⁶² Cf. *supra*, puntos 3, 4 y 5.

desvinculación del derecho de ese aparato de poder; (iii) la fungibilidad de los ejecutores; y (iv) la elevada disponibilidad al hecho del ejecutor. Estos cuatro requisitos, que Roxin señala para fundamentar el dominio sobre el curso causal del "hombre de atrás", muestra por qué es posible la conformación de una cadena de autores mediatos, como ocurrió en el caso del Plan Cóndor. Los cuadros intermedios pertenecían a instituciones con una estructura rígidamente piramidal y jerarquizada, como las fuerzas armadas y de seguridad civil; para el cumplimiento del plan, se creó en esas instituciones una organización desvinculada del derecho, con los mismos rasgos de verticalidad y jerarquía de aquéllas; y todos los miembros de esta organización fueron seleccionados por su elevada disponibilidad a la ejecución de los hechos del plan⁶³.

En rigor, se advierten dos diferencias destacables entre las experiencias de ambos países. Por un lado, la calificación del Plan Cóndor como asociación ilícita en Argentina, descartada en Italia, y, por otro lado, la circunstancia de que, como veremos, el instituto italiano del concurso de personas en un delito continuado habría permitido atribuir hechos delictivos cometidos en ejecución del mismo plan criminal incluso a quien hubiera brindado un aporte causal indirecto a esos hechos en particular, al haber contribuido a la realización del objetivo común de la organización. Estos aspectos serán analizados en los puntos siguientes.

7. La exclusión de la imputación por asociación ilícita en el proceso italiano

En su recurso contra la sentencia de primera instancia, la defensa de algunos imputados planteó la posible subsunción del *pactum sceleris* del Plan Cóndor en el tipo de asociación ilícita⁶⁴.

El planteamiento resultaba relevante desde el punto de vista de la prueba de la responsabilidad de cada imputado. En efecto, según el defensor de los acusados Blanco, Morales Bermúdez Cerruti, Richter Prada y Ruíz Figueroa, los miembros de la asociación ilícita responden

⁶³ Cf. pp. 5131-5140 de la copia de la sentencia del TOF n° 1, ya citada.

⁶⁴ Abogado Luca Milani, *Dichiarazione di Appello e Motivi Contestuali a favore di Juan Carlos Blanco, Francisco Morales Bermudez Cerrutti, Pedro Richter Prada e German Ruiz Figueroa*, 30/05/2017, p. 12 (http://www.24marzo.it/index.php?module=pagemaster&PAGE_user_op=view_page&PAGE_id=574&MMN_position=198:198, consultado el 12/5/21). Si la pretensión defensiva hubiera sido acogida, los jueces habrían tenido que demostrar un aporte causal directo de cada uno de los concurrentes a los delitos ejecutivos del plan. Como veremos, mientras que en el concurso de personas en un delito continuado no se requiere un aporte de esas características para la atribución de los delitos cometidos en ejecución del plan común, la figura italiana de la asociación ilícita es autónoma respecto de los delitos cometidos por el grupo, tal como en Argentina, de modo tal que para la imputación de estos delitos se requiere la prueba de aquel aporte.

únicamente por los hechos para cuya realización han brindado un aporte material efectivo, voluntario y consciente. Por lo tanto, no es posible sostener que la mera circunstancia de ser miembro de la asociación resulte suficiente para atribuir responsabilidad al imputado por los delitos cometidos por esa asociación de acuerdo con su programa criminal⁶⁵. Por el contrario, como veremos, en el caso del concurso de personas en el delito continuado, según la Corte de *Assise* de Apelaciones, no se requiere la prueba de un aporte causal directo a cada hecho en particular, sino que basta con demostrar que el imputado realizó un aporte efectivo para alcanzar el objetivo criminal común.

Por otro lado, el planteamiento no tenía relevancia desde el punto de vista de la determinación de la pena, ya que la acción por el delito de asociación ilícita estaba prescripta. En rigor, habría tenido incidencia, además de lo dicho en el párrafo anterior, en la descripción del fenómeno criminal analizado, en particular, en el significado que debía atribuirse a las campañas de represión institucionalizada que se realizaron en el continente suramericano.

El fundamento en el que se apoyó tal planteamiento consistió en la invocada naturaleza permanente de la asociación criminal que se estableció mediante el Plan Cóndor. Sin embargo, la Corte de *Assise* de Apelaciones desestimó el argumento, no solo porque el delito de asociación ilícita no integró la acusación, sino también —según afirmó— “porque el Plan Cóndor constituyó solo un acuerdo de colaboración para la realización de un proyecto específico de eliminación de una categoría limitada de víctimas, aunque no estuvieran identificadas nominativa y personalmente, sin que se hubiera creado una asociación estable”⁶⁶.

Los jueces se refirieron a los elementos que determinan la diferencia entre asociación ilícita y concurso de personas, con base en una doctrina consolidada de la jurisprudencia italiana. En particular, según dicha jurisprudencia, en la asociación ilícita el vínculo no es ocasional y resultan indeterminados los delitos a cometer y sus víctimas, lo que la diferencia del concurso de personas.

En efecto, la corte de casación italiana entiende, desde hace varios años, que la asociación ilícita se caracteriza por (a) el vínculo asociativo tendencialmente permanente o, en cualquier caso, estable, destinado a durar más allá de la comisión de los delitos programados en concreto; (b) la tendencial indeterminación del programa criminal; (c) la existencia de una estructura organizativa, aunque sea mínima, pero idónea y,

⁶⁵ Cf. Documento de interposición del recurso de apelación elaborado por el abogado Luca Milani, citado en la nota anterior, pp. 12-23.

⁶⁶ Cf. Corte de *Assise* de Apelaciones de Roma, sentencia citada, p. 106.

sobre todo, adecuada para realizar los objetivos criminales perseguidos⁶⁷. En particular, "la diferencia entre el delito asociativo y el concurso de personas en el delito continuado se encuentra en el objeto del acuerdo. En el primer caso, ese acuerdo está dirigido a la realización de un vasto programa criminal, encaminado a la perpetración de una serie indeterminada de delitos, con la permanencia de un vínculo asociativo entre los intervinientes; por el contrario, en el caso del concurso de personas el vínculo se establece de modo ocasional y limitado, al estar dirigido solamente a la comisión de delitos determinados⁶⁸.

Además, la corte de casación aclaró que "el rol de interviniente, incluso en una posición jerárquicamente dominante en el ámbito de la estructura organizativa criminal, no es suficiente para declarar la responsabilidad por los delitos que son el fin de la asociación"⁶⁹. Los sujetos que están en el vértice de una asociación ilícita no pueden responder por el "delito-fin", como, por ejemplo, un homicidio, solo con base en el vínculo asociativo, pues ello estaría prohibido por el requisito según el cual la conducta debe estar ligada con el evento de la muerte.

La Corte de *Assise* de Apelaciones consideró que el pacto estipulado entre los vértices de las dictaduras que marcó la creación del Plan Cóndor no era subsumible en el delito de asociación ilícita, porque generó un contexto de apoyo recíproco para la realización de numerosas conductas criminales distintas, pero predeterminadas o, en cualquier caso, que podían predeterminarse. Según aquella corte, si se admitiera la existencia de una trama asociativa se correría el riesgo de desvirtuar y debilitar el fin específico de los regímenes del Cono Sur, al insertarlo en un magma criminal indefinido en el cual se desvanecerían los contornos marcadamente políticos de la acción represiva. La naturaleza vaga e indefinida del programa asociativo provocaría que los secuestros y los homicidios políticos debieran considerarse solo algunas de las tantas acciones delictivas de la organización.

7.1. *El mandato en blanco*

De conformidad con los criterios formulados por la corte de casación, en la sentencia de segunda instancia se excluye, entonces, la imputación por asociación ilícita. Al respecto, se afirma que "ni siquiera el número elevado de víctimas es manifestación de la existencia de una asociación dirigida a la comisión de una serie indeterminada de delitos, porque aun cuando los blancos a atacar fueron identificados en función de su

⁶⁷ Corte de Casación, sección penal III, sentencia del 17/04/2018, n° 17126. En sentido conforme, cf. Corte de Casación, Sección penal I, sentencia del 10/01/2014, n° 9284.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Corte de Casación, Sección penal I, sentencia del 30/01/2018, n° 10237.

pertenencia a grupos específicos de oposición, se observa, como lo ha aclarado la jurisprudencia, la hipótesis del llamado ‘mandato en blanco’, que integra el concurso de personas en el delito”⁷⁰.

Nos interesa profundizar esa referencia al concepto de “mandato en blanco”. Se trata de una forma de mandato para cometer un delito que incluye criterios para determinar a la víctima, pero no su determinación precisa. Si bien la consideración del mandato en blanco revela un razonamiento atento de los jueces de segunda instancia, creemos oportuno señalar que tal diferencia entre concurso en un homicidio y el programa criminal de una asociación ilícita resulta un terreno muy inestable, pues determinación vaga e indeterminación son conceptos muy fronterizos.

La referencia al mandato en blanco legitima la atribución del delito con base en el concurso moral en la comisión de todos los hechos de los que resultaron víctimas las personas identificadas de acuerdo con los criterios de determinación. La Corte de *Assise* de Apelaciones cita jurisprudencia en la que se afirma que el concurso moral no es incompatible con el principio de la responsabilidad penal personal, en la medida en que no se atribuya el hecho al dirigente de la organización solo por la circunstancia de su adhesión al programa criminal, ni por ocupar una posición de vértice, sino por “la contribución causalmente determinante a la iniciativa ilícita”⁷¹. Se diferencia del programa de una asociación ilícita por la posibilidad de determinar a las víctimas, ausente en el programa genérico para la futura comisión de delitos, típica del acuerdo que funda aquella asociación⁷².

⁷⁰ Corte de *Assise* de Apelaciones de Roma, sentencia citada, p. 106. Según la Corte de Casación, sentencia n° 48590 del 23/10/2017, “configura una hipótesis de concurso moral en el delito de homicidio el llamado ‘mandato en blanco’, es decir, la orden impartida por el agente de matar personas aludidas de acuerdo con su pertenencia a un cierto grupo, siempre que esas personas, aun cuando no fueran señaladas individualmente, puedan determinarse con base en características selectivas que respondan al objetivo perseguido por el agente”.

⁷¹ Corte de Casación, sección penal I, sentencia del 17/10/2017, n° 48.590.

⁷² En un caso de mafia, la corte de casación aclaró, mediante la sentencia n° 47.739 del 12/11/2003, que el mandato genérico de eliminar a todos los miembros de un clan rival implica el concurso del mandante en todos los homicidios. El margen de indeterminación debido a la generalidad de la orden no sería incompatible, según la posición sostenida, con el principio de culpabilidad, porque tal orden se habría referido a un ámbito definido de víctimas posibles. Por lo tanto, no debe confundirse con el programa criminal genérico, típico de la asociación ilícita. En la sentencia citada en la decisión de segunda instancia sobre el Plan Cóndor (n° 48.590/2017), la corte de casación se pronunció sobre el caso en el cual el imputado Schiavone, del Clan de los Casaleses, “había ordenado matar a los extracomunitarios que comercializaban droga en el territorio del clan”. En suma, no eran víctimas que habían sido señaladas individualmente, pero la corte de casación consideró, de acuerdo con la opinión del tribunal que emitió la sentencia recurrida, que había un proyecto criminal preciso dirigido contra un conjunto de traficantes, identificados con base en su grupo de pertenencia. El mandato en blanco se concreta también cuando el programa criminal, aunque resulte impreciso e indeterminado, sea de todas formas “*determinable con base en características selectivas que respondan a la finalidad perseguida*”.

Por lo tanto, según los jueces de segunda instancia, es posible confirmar, por ejemplo, la responsabilidad del imputado peruano Bermúdez y la del boliviano Arce Gómez incluso en los casos en los que las detenciones de las víctimas no ocurrieron en Perú o Bolivia, sino en Brasil, y fueron ejecutadas por un batallón argentino, al sostener la existencia de un concurso moral en el delito de homicidio determinado por el “mandato en blanco”. En esos casos, el aporte causal relevante, según la Corte de *Assise* de Apelaciones, habría sido la adhesión al Plan Cóndor y la puesta a disposición de medios y hombres para alcanzar el objetivo criminal común.

En síntesis, el mandato en blanco tiene carácter concreto, lo que se contrapone a la abstracción del acuerdo delictivo propio de la asociación ilícita⁷³. El plan criminal es concreto en el caso del concurso de personas porque está elaborado de modo preciso, y también son concretas las víctimas porque pueden ser identificadas según características que las distinguen. Tales elementos se habrían advertido en los hechos del proceso en cuestión: el Plan Cóndor se caracterizó, según los jueces italianos de segunda instancia, por ser un acuerdo preciso, definido y dirigido a la eliminación, mediante acciones específicas (entre ellas, la desaparición forzada), de sujetos identificados como enemigos en cuanto adversarios políticos.

El precedente en el que se apoya la Corte de *Assise* de Apelaciones constituye una evolución respecto del uso del concepto del mandato en blanco en el marco del juzgamiento de delitos excelentes cometidos por los vértices de una asociación mafiosa⁷⁴. En los casos de criminalidad de tipo mafioso en los que fue elaborado el concepto, se trataba de imputar a los órganos de vértice de una organización un delito particular ejecutado por terceros, y la responsabilidad de aquéllos se fundó en su calidad de dirigentes de esa organización. Por el contrario, en el caso aquí analizado el problema fue el inverso: distinguir la responsabilidad por la organización en cuanto tal de la comisión de los delitos que fueron su fin.

La decisión de aplicar en un ámbito distinto —el del terrorismo de Estado mediante crímenes contra la humanidad— un instituto que, hasta ahora, se había relacionado con los mandatos de mafia resulta significativa y podría constituir un precedente útil para la jurisprudencia penal internacional.

⁷³ Ello muestra la conciencia de los jueces de la corte de apelaciones acerca de los riesgos de no aplicar el artículo 416 del código penal italiano, que prevé el tipo de asociación ilícita.

⁷⁴ Cf. G. CANZIO, “Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità dei partecipi nei reati-fine. La responsabilità dei capi di “Cosa nostra” per gli ‘omicidi eccellenti””, en *Il Foro Italiano*, 1996, p. II, columna 587.

8. La imputación del delito de asociación ilícita en el proceso argentino

Ya nos hemos referido a las circunstancias que llevaron a calificar como asociación ilícita al Plan Cóndor en el proceso argentino. En particular, se señalaron las características de la permanencia, la pluralidad de miembros, su organización y su fin de cometer delitos indeterminados⁷⁵.

Como surge de lo dicho previamente, en Italia no se desconocieron las características de la pluralidad de miembros y la organización, sino que se negó el carácter indeterminado del Plan Cóndor y, en consecuencia, la estabilidad o permanencia de la organización. Al respecto, se afirmó que aquel plan se elaboró de manera precisa, de modo tal que fue posible conocer de antemano cuáles serían los ilícitos que se habrían cometido, y se establecieron criterios para la determinación de las víctimas, aunque se tratara de criterios vagos, tales como “subversivos” u “opositores políticos”. Con base en ello se descartó la comisión del delito de asociación ilícita.

Por el contrario, en la sentencia argentina de primera instancia se señaló que si bien el Plan Cóndor se fundó en el invocado propósito de maximizar los resultados de la denominada “lucha contra la subversión” a nivel regional, el término “subversivo” devino en un “significante vacío”, al que los ejecutores del plan le atribuyeron, con absoluta discrecionalidad, el sentido que quisieron, por lo que resultaron víctimas desde activistas políticos hasta meros disidentes o personas cuyas acciones, de cualquier índole que fueran, podían “incomodar” a los gobiernos dictatoriales. Además, se cometieron un sinnúmero de delitos, como secuestros y detenciones ilegales, interrogatorios bajo tortura, homicidios, desapoderamientos ilegales de bienes muebles e inmuebles, supresión y alteración del estado civil de menores, desapariciones forzadas y eliminación y ocultamiento de las pruebas de tales hechos para lograr la impunidad⁷⁶, cuya diversidad permitiría identificar, según la fiscalía, una pluralidad de proyectos delictivos⁷⁷.

Aun cuando no se compartiera esa valoración de la fiscalía en relación con el fin delictivo indeterminado de la organización regional, lo cierto es que, según la doctrina argentina, basta para la verificación de aquel elemento objetivo que los delitos a cometer por la asociación no estén en su totalidad establecidos de antemano pues, en ese caso, “de-

⁷⁵ Cf. *supra*, punto 5.

⁷⁶ Cf. la citada sentencia del TOF n° 1, esp. pp. 1220-1236.

⁷⁷ Cf. *idem*, pp. 112-113. En rigor, la fiscalía sostuvo que el Plan Cóndor incluía, como proyectos delictivos, el financiamiento de grupos totalitarios, el contrabando de armas, la eliminación de enemigos ideológicos y la desestabilización política de los gobiernos democráticos (cf. *ibídem*).

caería el disvalor característico de la asociación ilícita en favor de una mera reiteración de hechos cometidos por los mismos intervinientes en concurso real"⁷⁸. Además, "[l]a circunstancia de que existan planes que ya estén 'determinados', por ejemplo, porque se trata de una asociación ilícita cuyos miembros son sumamente previsores y eficientes, no excluye la tipicidad, en tanto lo que la define, además de la pluralidad de planes, es la 'permanencia', es decir, la confianza en la subsistencia del grupo organizado, que pone a cubierto también frente a posibles cambios en los planes"⁷⁹. En suma, según los jueces argentinos, el Plan Cóndor presentaba tales características que definirían el elemento objetivo de la indeterminación de los delitos a cometer por la asociación.

Como también surge de lo dicho, la mencionada diferencia en la calificación del fenómeno criminal Plan Cóndor llevó a que en Italia se recurriera a un instituto que permitió fundar la imputación de hechos cometidos por la organización regional en premisas distintas a las que presupone la existencia de una asociación ilícita. En efecto, el concurso de personas en un delito continuado, según la legislación italiana, permitiría imputar un ilícito sin necesidad de demostrar que el acusado colaboró directamente en su comisión, tal como es requerido, tanto en Italia como Argentina, para imputar a un miembro en particular de una asociación ilícita hechos cometidos por esta asociación. Mediante aquel instituto, la imputación se apoya en la contribución que el concurrente habría brindado para la realización del objetivo común, como poner a disposición de la organización armas y agentes de inteligencia, independientemente de que estos recursos se utilizaran para la comisión de un hecho en particular. A este respecto, la Corte de *Assise* de Apelaciones afirmó que la adhesión al plan común y la puesta a disposición de medios idóneos para su realización son suficientes para responsabilizar a los imputados por los delitos cometidos en ejecución de aquel plan, pues se trata de aportes que contribuyeron concretamente a reforzar la determinación de quienes los ejecutaron, al haber tenido conciencia de que podían contar con la ayuda eficiente de aquéllos⁸⁰.

9. Modelo unitario y modelo diferenciador en la persecución penal de crímenes internacionales. El caso de la Corte Penal Internacional

Tras el análisis realizado, podemos intentar responder a la pregunta planteada en la introducción acerca de la funcionalidad de los modelos

⁷⁸ Cf. P.S. ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, cit., p. 81.

⁷⁹ Cf. ídem, pp. 80-81.

⁸⁰ Cf. Corte de *Assise* de Apelaciones de Roma, sentencia citada, p. 107.

unitario y diferenciador para la persecución de crímenes internacionales, sin menoscabar el principio de legalidad.

En primer lugar, tal análisis revela que el *punctum dolens* en el plano teórico y práctico es siempre la dificultad para encontrar criterios útiles de identificación de las conductas jurídicamente relevantes. En otros términos, nos referimos a la identificación del umbral mínimo de relevancia de la contribución punible y, en consecuencia, a la demarcación de los confines externos del concurso de personas. En rigor, la identificación de la contribución suficiente para suscitar una respuesta punitiva es una exigencia tanto de una disciplina como la prevista en los artículos 110 y siguientes del código penal italiano, como también respecto de cada forma específica de intervención punible prevista en un modelo diferenciador como el argentino o el adoptado en el ECPI, pues incluso allí donde se distingue entre un “organizador”, un “ejecutor” o un “cooperador”, persiste el problema de determinar cuál es la magnitud del aporte requerido en cada caso.

Por otro lado, el modelo diferenciador tendría el mérito de adaptarse de manera muy adecuada al contexto de crímenes cometidos por estructuras rígidamente jerarquizadas, como las SS, la SD, la Gestapo o las dictaduras latinoamericanas que ejecutaron el Plan Cóndor, pero no lograría captar las particularidades de estructuras organizadas de modo no tan rígido⁸¹, salvo que se acepte, desde una perspectiva político criminal, que no debería considerarse problemático que los altos mandos de las organizaciones delictivas que cometan crímenes internacionales sean condenados como partícipes.

A ese respecto, debemos recordar que el ECPI establece que comete un crimen (es decir, actúa como autor) quien lo hace incluso “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable” (artículo 25 [3] [a]), y que ese tribunal internacional ha optado por la teoría del dominio del hecho mediante el control de estructuras organizadas de poder, elaborada por Claus Roxin, para explicar el contenido de esa norma⁸².

Sin embargo, como se ha dicho, la teoría de Roxin podría fundamentar la autoría de los mandos altos y medios en la estructura de poder mediante la cual se cometieron los crímenes, es decir, de quienes no los ejecutaron, cuando el poder en esa estructura se encuentre rígidamente centralizado en ciertos órganos directivos. A lo que se ha objetado que

⁸¹ S. MANACORDA Y C. MELONI, “Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise. Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n° 1, 2011, p. 171.

⁸² Cf. la sentencia dictada en el caso “Katanga”, citada *supra*, nota 6, esp. párr. 1398-1416. Como se ha dicho, la jurisprudencia argentina, indudablemente mayoritaria, también recurre a la teoría de Roxin en el marco de los procesos por delitos internacionales cometidos durante la última dictadura para calificar como autoría la intervención de los mandos altos e intermedios, tal como lo demuestra la sentencia del Plan Cóndor.

los crímenes de competencia de la CPI no son cometidos en todos los casos mediante estructuras con esas características, como lo demostrarían varias de las situaciones actualmente bajo la competencia de ese tribunal. En particular, se ha señalado que en muchos de los movimientos insurgentes africanos, sospechados de haber cometido aquellos crímenes, el poder está descentralizado entre los diversos líderes de las milicias regionales, lo que no es una consecuencia de la delegación voluntaria de las más altas autoridades del movimiento sino, antes bien, una usurpación consumada desde abajo por esos mismos líderes, quienes tienen sus propias agendas de objetivos a alcanzar. De modo tal que existe una suerte de acuerdo implícito entre tales líderes y aquellas autoridades, según el cual éstas no se oponen a que las milicias compensen sus esfuerzos en favor del movimiento mediante saqueos de las aldeas enemigas, abusos sexuales y otros crímenes, o bien lleven a cabo "venganzas" en contra de sus adversarios. Esa realidad no se adecuaría precisamente a la citada teoría de Roxin, por lo que podría dejar a las máximas autoridades de tales movimientos fuera del alcance del concepto de autor⁸³.

Incluso es posible conjeturar casos, como el analizado en los procesos contra el Plan Cóndor, en el que los líderes de diversas estructuras de poder organizadas de acuerdo con una rígida jerarquía vertical acuerden la realización de un plan criminal común, por lo que no resultaría posible afirmar que cada uno de ellos tiene el control de cada una de esas estructuras. Sin embargo, la CPI ha interpretado que el artículo 25 (3) (a) también contiene, aunque implícitamente, la forma de imputación definida como coautoría mediata, de modo tal que un dirigente debe ser considerado coautor cuando haya acordado con otro u otros la comisión de un plan criminal, y haya brindado un aporte concreto a la realización de ese plan, aun cuando no tuviera el dominio sobre los ejecutores de los hechos. En efecto, en el caso Katanga y Ngudjolo Chui, la Sala de Cuestiones Preliminares I afirmó:

no hay fundamentos jurídicos para limitar la comisión con otros exclusivamente a los casos en los cuales los autores realizan una parte del delito ejerciendo un control directo sobre la misma. Antes bien, a través de una combinación de la responsabilidad individual por la comisión del delito por conducto de otras personas junto con la atribución recíproca entre los coautores en el nivel del liderazgo, surge una forma de responsabilidad que permite a la Corte valorar adecuadamente la reprochabilidad de los "altos dirigentes" [...] No puede decirse que un individuo que no tiene control sobre la persona a través de la cual el delito sería cometido cometa el delito por conducto de esa persona. Sin embargo, si actúa conjuntamente con otro individuo —uno que controla a la persona utilizada

⁸³ Cf. M. OSIEL, *Perpetration by Hierarchical Organization*, Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, La Haya, 22 de abril de 2009, esp. pp. 14 y 25 (<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FCE9732-65A3-4997-B74E-A4B3ABE144CF/280586/Presentation-MOsiel.pdf>; consultado el 12/5/21).

como instrumento— el delito puede serle atribuido con fundamento en la atribución recíproca⁸⁴.

En la doctrina se ha señalado que, en tales casos, solo es posible hablar de un dominio funcional del hecho sobre el suceso total cuando no solo las personas de atrás sino también los instrumentos colaboran entre sí. Por lo tanto, no sería suficiente si el plan común solo hubiese considerado la comisión separada de crímenes a través de diferentes estructuras organizadas de poder, pues a falta de una contribución de cada uno a la ejecución del hecho por parte del aparato de poder del otro, no habría coautoría mediata⁸⁵. La CPI no ha aclarado este punto, cuya solución no es pacífica en la doctrina⁸⁶, pero no hay duda de que los hechos analizados en la sentencia citada implicaron la comisión conjunta de crímenes internacionales por parte de los subordinados de quienes elaboraron el plan común de acción⁸⁷.

En síntesis, nos parece que la interpretación de la CPI no presenta diferencias sustanciales con el uso que ha hecho la Corte de *Assise* de Apelaciones en el proceso contra el Plan Cóndor del instituto italiano del concurso de personas en un delito continuado. En efecto, es cierto que en ese proceso, como se ha dicho⁸⁸, se consideraron responsables a eslabones intermedios de estructuras de poder por hechos en cuya ejecución no intervinieron sus agentes, sino solo los de otra estructura, pero se entendió que existía un concurso moral en los delitos cometidos, pues aquellos eslabones intermedios habrían brindado un aporte causal relevante dado por la adhesión al Plan Cóndor y la puesta a disposición de medios y hombres para alcanzar el objetivo criminal común, lo que habría reforzado la determinación al hecho de los ejecutores. En suma, tales eslabones intermedios habrían brindado un aporte también para la

⁸⁴ Cf. Sala de Cuestiones Preliminares I, caso ICC-01/04-01/07, “The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui” (situación de la República Democrática del Congo), *Decision on the confirmation of charges*, 30/09/08, esp. párr. 492-493. Para un amplio análisis del concepto de coautoría mediata en la jurisprudencia de la CPI, cf. H. OLÁSULO, *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*, tiran lo blanch, Valencia, 2013, pp. 551-618. En la doctrina se ha destacado la falta de fundamentación teórica de la calificación como autor del dirigente que no tuviera el control sobre los ejecutores de los hechos, y se ha propuesto como tal la atribución del carácter de persona colectiva al grupo responsable del plan criminal. A este respecto, cf. J.D. OHLIN, “Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, n° 3, 2012, pp. 771-797.

⁸⁵ G. WERLE y B. BURGHARDT, “La co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana en el Derecho Penal Internacional?”, trad. del alemán de J. Couso, en *Revista Penal México*, n° 2, julio-diciembre 2011, pp. 134-135.

⁸⁶ Por ejemplo, Ambos sostuvo, contrariamente a lo afirmado por Werle y Burghardt, que lo decisivo para la imputación en tales casos, en su opinión, no es la ejecución conjunta, sino la elaboración en común del plan de ejecución. Cf. K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1: *Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 157-158.

⁸⁷ Cf. G. WERLE y B. BURGHARDT, ob. cit., pp. 134-135.

⁸⁸ Cf. *supra*, punto 7.1.

comisión de hechos cometidos sin la intervención de sus subordinados, por lo que su responsabilidad no se habría basado únicamente en la circunstancia de su adhesión al programa criminal o su posición en la estructura en la que se desempeñaron.

10. Conclusión

Según el análisis realizado, la aplicación del modelo unitario en Italia y del diferenciador en Argentina no se habría basado en presupuestos incompatibles para la imputación de los hechos en el caso del Plan Cóndor, salvo en lo referido al comentado instituto italiano del concurso en un delito continuado. Aun así, la teoría unitaria adoptada en el sistema italiano está prevista en una norma (el citado artículo 110 del código penal) que presenta límites dúctiles, genéticamente indeterminados, sumamente eficaces para garantizar la represión penal en tanto adecuados para reflejar las particularidades de los hechos, pero que pueden entrar en tensión con el principio fundamental de legalidad⁸⁹.

Sin embargo, el modelo diferenciador, adoptado tanto por el ordenamiento argentino como por el ECPI, permitiría modificar continuamente la calificación de la conducta típica, con repercusiones sobre el derecho de defensa, requeriría una búsqueda individualizada de la prueba, con el riesgo de provocar una fragmentación del proceso, y estimularía la expansión de la categoría de actor para satisfacer exigencias de política criminal. A estos problemas generados en torno a la aplicación de aquel modelo, en comparación con la más simple imputación legitimada por el modelo unitario, no parecería corresponderles necesariamente un aumento de la taxatividad.

Por otro lado, aun partiendo de presupuestos teóricos distinguibles en abstracto, la aplicación jurisprudencial de un modelo unitario o diferenciador llegaría a conclusiones análogas cuando se trata de determinar las responsabilidades individuales por crímenes internacionales, tal como parecen demostrarlo los procesos en Italia y Argentina sobre el Plan Cóndor y la posición prevaleciente, hasta ahora, en la CPI acerca de la interpretación de los institutos de la intervención punible.

⁸⁹ Se acerca a la flexibilidad del modelo unitario previsto en el artículo 110 del código penal italiano, la disposición residual prevista en el artículo 25 (3) (d) del ECPI. En efecto, en el ámbito de una regulación sobre el concurso de personas que adopta el paradigma diferenciador, en tal estatuto se ha introducido una norma de apertura que extiende la punibilidad a quien *"in any other way contributes to the commission or attempted the commission"* de un delito. Para que se verifique esta hipótesis es necesario que los agentes conformen un grupo de personas no necesariamente estructurado, pero que tenga un propósito común y que el individuo haya aportado una *"significant contribution"*.

